



**Cópia:**

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 08/2017, em que é recorrente **Judy Iki Hills** e recorrido o **Supremo Tribunal de Justiça**.

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## ACÓRDÃO N.º 27/2018

(Autos de Recurso de Amparo 8/2017, **Judy Ike Hills v. STJ**, sobre violação de garantia de inviolabilidade de domicílio, de correspondência e de telecomunicações e de garantia da presunção da inocência na sua dimensão de *in dubio pro reo*)

### I. Relatório

O relatório deste processo já constava de dois acórdãos tirados por este Tribunal, o Acórdão 21/2017, de 5 de outubro de 2017, Rel: JP Pinto Semedo (de aperfeiçoamento, não publicado, mas que pode ser consultado em <https://www.tribunalconstitucional.cv/index.php/acordaos/>) e o Acórdão n.º 22/2017, de 9 de novembro, Rel: JP João Pinto Semedo, publicado pelo *Boletim Oficial*, I Série, n.º 78, de 22 de dezembro de 2017, pp. 1689-1692 e *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Praia, INCV, 2018, v. IV (2017), pp. 311-323, de modo que, nesta fase, limitamo-nos a recorrer ao que deles consta, adicionando, no segmento final deste relato, as informações sobre a tramitação subsequente à fase de admissibilidade.

Assim, até ao momento do primeiro acórdão mencionado regista-se o relatório que contém as seguintes informações: “**1. Judy Ike Hills**, “mcp Djosa, Ucho ou José”, com os demais sinais de identificação nos autos, não se conformando com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que confirmou a pena de prisão em que foi condenado no âmbito do recurso n.º 141/2016, interpôs, ao abrigo do artigo 20.º, n.º 1, alíneas a) e b) e n.º 2 da Constituição da República de Cabo Verde (CRCV), o presente recurso de amparo, com base nos fundamentos que, sucintamente, se apresentam:

*O recorrente desde o início do processo vem suscitando [um] conjunto[] de questões que tem a ver com a interpretação e aplicação das normas constitucionais, por entender que houve vários atropelos a constitucionalidade das normas; competência dos OPC e*

*comunicação ao MP; inconstitucionalidade na interpretação do princípio da livre apreciação da prova; violação dos métodos de obtenção e recolha das provas; violação do Princípio da Igualdade; presunção da inocência; intromissão na Vida Privada; violação do direito de liberdade. Que durante todo o processo o recorrente [suscitou] a inconstitucionalidade das normas, mas mesmo assim os tribunais recorridos fizeram tábua rasa nas questões que efectivamente lesa[m] os direitos constitucionalmente salvaguardado[s] ao recorrente.”*

*1.1. Concluiu a sua petição da seguinte forma: Os atos de investigação da PJ constantes dos presentes autos, foram praticados fora do âmbito da sua competência cautelar própria; constituem um método proibido de obtenção de prova, por violação do disposto nos artigos 35.º, n.º 8, CRCV e 178.º, n.ºs 2 e 3, do CPP, ou seja, intromissão na casa alheia, violação de correspondência, de telecomunicações e direito à liberdade; os OPC têm uma obrigação genérica de comunicar ao MP todas as notícias do crime de que tenham conhecimento, devendo transmitir também as denúncias; as normas e princípios constitucionais do processo penal cabo-verdiano impõem que a notícia do crime deve ser comunicada ao MP num prazo nunca inferior a 48 horas; qualquer interpretação no sentido de considerar tal comunicação por tempo indeterminado está ferida de inconstitucionalidade, por violação dos artigos 35.º, n.ºs 1 e 6, 41.º e 225.º, CRCV; os factos e elementos de provas junto aos autos permitiam uma outra conclusão ao tribunal recorrido, mas mesmo assim optou por violar [o] princípio da presunção de inocência; há violação do princípio da igualdade previsto no artigo 24º da CRCV;*

*1.2. Finalmente, formula os seguintes pedidos: Seja julgado procedente e revogado o acórdão de 24/07/17 do Supremo Tribunal de Justiça; Seja decidido sobre as inconstitucionalidades suscitadas; Seja condenado o Estado a ressarcir o recorrente de todos os prejuízos sofridos, com a privação da sua liberdade.*

*2. Cumprindo o estabelecido no artigo 12.º da Lei do Amparo, foram os autos com vista ao Ministério Público para emitir o parecer sobre a admissibilidade do recurso. Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República emitiu o douto parecer constante de fls. 28 a 31 dos presentes autos, tendo formulado, em síntese, as seguintes conclusões: E não se pode esquecer que, por força da al. c) do art. 8.º da Lei do Amparo, o recorrente deve, na petição, indicar com clareza os direitos, liberdades e garantias violadas e não invocar apenas toda e qualquer inconstitucionalidade que possa conjecturar, divisar ou imaginar e requerer a sua resolução pelo Tribunal. Da leitura do acórdão junto resulta que esse princípio do in*

*dubio pro reo em nenhum momento foi violado, já que os elementos de prova apreciados não deixavam qualquer margem para dúvidas. Pelo que, não parece minimamente que esteja em causa a violação do princípio da presunção de inocência. Importa ainda dizer que o ressarcimento dos danos resultantes de detenção ou prisão não é da competência do Tribunal Constitucional. Pelo menos em primeira instância. Considerando aquilo que se lê no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, não houve qualquer discriminação, em violação do princípio da igualdade consagrado no art. 24.º da Constituição. E conclui que, porque não se mostra minimamente que tenha havido qualquer violação de nenhum direito, liberdade e garantia amparável, é de parecer que o presente recurso deve ser rejeitado nos termos da al. e) do número 1 do art. 16.º da Lei do Amparo.”*

2. Contudo, este mesmo acórdão veio a concluir “*que a petição de recurso não observa os requisitos previstos nas alíneas b), c) [e] d) [do n.º1] e no n.º 2 do artigo 8.º da Lei do Amparo*”, daí que “*Os Juízes Conselheiros do Tribunal Constitucional reunidos, em Plenário, decid[iram] ordenar que seja notificado o recorrente para, querendo, e no prazo de dois dias, sob pena de rejeição do recurso: a) Indicar com precisão o ato, facto ou a omissão que, na sua opinião, violou os seus direitos, liberdades ou garantias fundamentais; [b]) Indicar com clareza os direitos, liberdades e garantias que julga terem sido violados pela decisão recorrida; [c]) Reformular o pedido, indicando o amparo que entende dever ser-lhe concedido, tendo em conta o disposto no n.º 2 do artigo 8.º da Lei do Amparo.*”

3. De acordo com a certidão junta a fls. 47 dos autos, o recorrente foi notificado do referido acórdão no dia 23 de outubro de 2017, e, no dia 25 de outubro de 2017, apresentou a peça processual constante de fls. 48 a 52, a qual foi oportunamente apreciada.

4. Na peça de correção que apresentou, relatou, no essencial, o desenrolar dos seguintes eventos:

4.1.1. “*Os presentes autos fo[ram] desencadeado[s] através de uma denúncia das autoridades policiais Inglesa[s], conforme “Auto de Notícia” de fls. 03 a 10, datada de 30 de Junho de 2015, a Polícia Judiciária (PJ), dando conta de uma encomenda (Trólei de viagem) contendo estupefaciente proveniente de Bogotá. Colômbia. A informação é que a encomenda foi enviada por **Luís Eduardo Torres**, destinada a cidad[ã] cabo-verdiana de nome **Ronise Helena Semedo**. A partir daquela data, a PJ desencadeou um conjunto de diligências investigatórias, inclusive pedindo colaboração dos serviços do DHL, no sentido de ter o*

*controlo sobre a referida encomenda. Durante as investigações, a polícia fez revistas e buscas nas residências, fizeram apreensão de documentos e telemóveis e fotografaram [a]s residências dos suspeitos. Para de seguida, por iniciativa própria fazer a leitura da memória do telemóvel, sem que para tanto estivessem munidos de mandado judicial ou tive[ssem] consentimento do recorrente, tiraram informações da vida pessoal, ou seja, intimidade do suspeito, (cf. fls. 26, 27 e 28). Ademais, a PJ juntou documentos nos autos, por iniciativa própria e omitiram informações muito pertinentes e relevantes para a descoberta da verdade material, (cf. fls. 18). Por outro lado, a PJ abriu a encomenda na ausência da real destinatária, proprietária, ou seja, a suspeita Ronise Helena Semedo. [E] com base em todo esse manancial de informações, dados, documentos, a PJ propôs ao Mº Pº, a 02 de Julho de 2016, a validação das apreensões, sem sequer relatar que foi apre[e]ndido na posse do arguido Ayo Obire a referida Tro[lley] de viagem contendo droga. Ora, a PJ teve conhecimento dessa encomenda no dia 18 de Junho de 2015 e só vieram a dar conhecimento ao MP sobre essa denúncia no dia 22 de Junho de 2015, ou seja, quatro dias depois, solicitando deste passo para dar seguimento a entrega controlada. E só depois da PJ ter[] efectuado apreensão e abertura da encomenda é que pedi[u] a autorização para fazê-lo. (cf. fls. 30, 32, 64 a 70, de 78 e 79). Proposta com a qual o Mº Pº concordou e promoveu em conformidade (cf. fls. 06 e 7). As ditas diligências (fls. 3 a 10 e 25 a 28) foram cruciais na decisão judicial em condenar o recorrente na pena de 7 anos e 10 meses de prisão.*

4.1.2. Daí considerando que foram violados os seguintes direitos, com base na seguinte fundamentação:

***“a) Competência dos OPC e comunicação ao MP.***

*Conforme reza os artigos 225.º, n.º 2, [da] Constituição da República de Cabo Verde (CRCV) e 68º do CPP, [] “O Ministério Público representa o Estado, é titular da ação penal e participa, nos termos da lei, de forma autónoma, na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania”. A iniciativa do MP no exercício da ação penal, a direção da instrução e a legitimidade para promover o processo penal são competências indelegáveis do MP. Ora, no caso dos autos, os tribunais recorridos validaram atos praticados pela PJ que é da competência do MP, com isso violaram flagrantemente o artigo [225º,] nº 2 da CRCV.*

**b) Inconstitucionalidade na interpretação do princípio da livre apreciação da prova e Presunção da inocência;**

*Os tribunais recorridos formularam as suas conclusões e condenaram o recorrente com base no princípio da livre apreciação de provas, esquecendo[,] no entanto, de que o referido princípio não pode em momento algum colidir com o princípio da presunção da inocência, constitucionalmente salvaguardado ao recorrente. O princípio da livre apreciação não significa que o tribunal possa utilizar essa liberdade à sua vontade, de modo discricionário e arbitrário, decidindo como entender, sem fundamentação. Contudo, a liberdade de apreciação da prova não significa que o julgador possa no momento valorativo da mesma, tomar uma decisão consoante o seu livre arbítrio, sem que aquela corresponda materialmente a um suporte probatório, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [de Portugal] de 04-07-2007 (processo 07P2304, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). O princípio da livre apreciação da prova não é absolut[o], deve ser limitado, designadamente, pelo respeito da presunção de inocência e da salvaguarda do princípio do in dubio pro reo, artigo 35º nº [1] da CRCV, acórdãos do TC [de Portugal] n.º 394/89, 172/92, 212/93, 1183/96, 87/99).*

**c) Violação dos métodos de obtenção e recolha das provas e Intromissão na Vida Privada,** (Inviolabilidade do domicílio, correspondência e telecomunicações);

*Os agentes da PJ desprovidos de qualquer mandado judicial e sem a autorização do recorrente, entraram no interior da residência do mesmo, efetuaram revistas e buscas, apreenderam telefone do recorrente e conseqüentemente procederam a leitura da memória do cartão do telefone e recolheram provas que foram cruciais na sua condenação. [O]s agentes da PJ intrometeram[-se] na vida e intimidade privada, direitos esses constitucionalmente salvaguardados ao recorrente, artigos 40º, 42º e 43º todos da CRCV. Assim sendo, tais actos ao serem validad[o]s pelos tribunais recorridos e conseqüente a condenação do ora recorrente, é prova ma[i]s do que suficiente de que não respeitam os princípios procedi[.]mentais nem muito menos constitucionais. Contudo, não existe qualquer so[m]bra de dúvidas de que os presentes autos estão feridos de nulidades e de que houve graves atropelos a constitucionalidade, com violação dos direitos fundamentais, tais como ao domicílio, correspondência e telecomunicações, da presunção da inocência, [e] por outro[.] lado regras de competências e métodos proibidos de obtenção de provas, (princípios do processo penal).”*

4.1.3. O recorrente conclui dirigindo os seguintes pedidos ao Tribunal: A) Ser admitido, por ser legalmente admissível, nos termos do art. 20.º, n.1 e 2, da Constituição da República de Cabo Verde; B) Ser julgado procedente e, conseqüentemente, revogado o

*acórdão de 24/07/17 do Supremo Tribunal de Justiça, com as legais consequências; C) Decidir sobre as inconstitucionalidades suscitadas e consequentemente restabelecer os direitos, liberdades e garantias fundamentais violados; D) Ser oficiado ao Supremo Tribunal de Justiça para juntar aos presentes autos a certidão de todo o processo de Recurso nº 141/2016;*

5. Ato subsequente, o Tribunal, por meio do Acórdão nº 22/2017, de 9 de novembro, Rel: JP Pinto Semedo, considerando que o recorrente corrigiu na sua peça de aperfeiçoamento as insuficiências de que a sua petição inicial padecia, admitiu o pedido de amparo do recorrente decidindo no essencial que: *“Nestes termos, os Juízes Conselheiros do Tribunal Constitucional, reunidos em Plenário, decidem admitir o presente recurso.”*

6. Uma vez admitido, os presentes autos foram distribuídos no dia 11 de novembro de 2017, ao JC Pina Delgado, dando entrada no respetivo gabinete no dia 16 de novembro do mesmo ano (fl. 64).

6.1. No dia 17 de novembro de 2018, o Juiz Relator ordenou a notificação da entidade requerida para os efeitos do nº 2, do artigo 18 da Lei de Amparo e do Habeas Data, o que veio a acontecer de facto no dia 22 de novembro do mesmo ano (fls. 65 e 67).

6.2. Decorrido o prazo para a resposta sem que a entidade requerida a tivesse emitido, o Juiz Relator ordenou que se enviasse o processo para vista final do Ministério Público, no dia 1 de dezembro de 2017, para os efeitos decorrentes do artigo 20 da Lei de Amparo e do *Habeas Data* (fls. 69 e 70).

Em resposta, o Ministério Público emitiu o seu parecer final, nos seguintes termos: *“1. O Ministério Público (...) de harmonia com o disposto no artigo 20.º d[a] Lei n.º 109/IV/94[,] de 24 de outubro «Lei do Amparo», vem oferecer a sua promoção ao amparo interposto por Judy Ike Hills do acórdão n. 53/2017 do Supremo Tribunal de Justiça. 2. O recorrente invoca, entre outras, mas com prevalência para o objeto legal de amparo, a violação dos princípios da igualdade e da presunção de inocência. 3. Na promoção constante dos autos a fls. 28 a 31 o Ministério Público considerou que os direitos fundamentais que o recorrente alega que foram violados pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça não foram violados e concluiu que «[] não se mostra minimamente que tenha havido violação de nenhum direito e garantia amparável, devendo assim o presente recurso ser rejeitado nos termos da al. e) do número 1 do art.º 16 da Lei do Amparo». Compulsado os autos verifica-se que após a promoção inicial*

*do Ministério Público, o aperfeiçoamento da petição inicial não trouxe elementos novos, na medida em que o recorrente manteve a causa de pedir e formulou os mesmíssimos pedidos. Termos em que, reiterando a promoção inicial, somos de parecer que o presente recurso deve ser considerado improcedente por não terem sido princípios constitucionais fundamentais e susceptíveis de amparo invocados no recurso”.*

6.3. A 30 de outubro de 2018 o recorrente dirigiu requerimento aos venerandos juízes conselheiros do Tribunal, solicitando o reexame da medida de coação de prisão preventiva e a sua respetiva alteração pela medida de apresentação periódica a autoridade e interdição de saída do País, na medida em que considera que *“10. Uma vez que o requerente está preso preventivamente há pelo menos três anos e quatro meses sem pelo menos conhecer a decisão final do seu recurso de Amparo, ou seja, da última instância e nem reexame dos pressupostos da sua prisão, a sua prisão ainda que preventiva tornou-se manifestamente ilegal e inconstitucional. 21. Num Estado organizado e de Direito, a liberdade é a regra e a sua restrição é exceção, e mesmo assim existe[m] limites e regras para a sua restrição.”* Pelo que *“Nestes termos (...) requer-se a Alteração da Medida de Coação aplicad[a] [] (prisão preventiva) por uma outra, Apresentação Periódica a Autoridade e Interdição de Saída do País”* – fls. 89 a 91.

Por meio do despacho de 13 de novembro de 2018, o Juiz Conselheiro Relator respondeu ao requerimento do recorrente indeferindo-o utilizando para tal os seguintes argumentos de base: *“6.3. O Tribunal Constitucional não está propriamente nesta cadeia decisória ordinária, nem os seus juízes são juízes normais, como já se clarificou várias vezes. Outrossim, as suas competências são muito especiais, não fazendo parte da sua natureza lidar com as questões que o requerente coloca a um nível primário, mas, no que diz respeito aos tribunais ordinários, sindicar as situações que se descreveu supra. E não é este o caso que se tem em mãos neste momento. (...) vem a lei de organização dos tribunais de justiça estabelecer no seu artigo 17 que “os tribunais judiciais administram a justiça em matéria civil e criminal”, que “compete ainda aos tribunais judiciais a administração da justiça em tudo quanto não esteja reservado, por lei, a outra jurisdição”. Portanto, a fixação das medidas de coação e todas as vicissitudes que delas irradiem são da competência dos tribunais judiciais e não da Corte Constitucional cabo-verdiana. 6.5. Assim sendo, considerando que o Tribunal Constitucional não tem jurisdição para reexaminar a medida de coação de prisão preventiva aplicada, falece igualmente competência a este relator para*

*conhecer e examinar o pedido concreto que lhe foi dirigido, devendo indeferir o mesmo. 8. Pelo exposto, indefere-se o pedido”.*

7. Posto isto, o projeto de acórdão foi depositado pelo Juiz Relator a 18 de dezembro de 2018, sendo imediatamente marcada sessão de julgamento pelo Presidente do Tribunal através do competente despacho de f. 105 v.

7.1. A referida sessão realizou-se no dia 20 de dezembro deste ano com a presença de mandatário do recorrente.

7.2. Depois de apresentação de versão resumida do projeto da lavra do relator, intervieram pela ordem o JC Aristides R. Lima e o JCP Pinto Semedo, que, concordando com as soluções propostas em toda a sua extensão, deu o voto favorável, com as seguintes observações:

7.2.1. O primeiro, no seu voto, sublinhou a necessidade de o Tribunal não atribuir preferência abstrata às liberdades em detrimento do interesse público e de fazer sempre uma ponderação caso a caso sempre que entrarem em colisão;

7.2.2. O segundo destacou a importância do princípio da dignidade da pessoa quando se interpreta as normas da Constituição Processual Penal – relevantes, em concreto, para a presente situação – por ser, no seu entender Direito Constitucional Aplicado.

8. Consideradas estes contributos, o relator elaborou a versão final do acórdão, que depositou a 18 de janeiro.

## **II. Fundamentação**

1. Admitido o recurso por meio do Acórdão n. 22/2017, de 9 de novembro, Rel: JP João Pinto Semedo, cumpre apreciar a decidir a respeito da possível violação de direitos por parte do poder judicial ordinário, não sem antes abordar as questões preliminares que se colocarem. Especificamente a de o recorrente não ser nacional cabo-verdiano, do que pode decorrer tanto dúvidas sobre o reconhecimento da titularidade de direitos, liberdades e garantias no geral, como dos direitos específicos com base nos quais requer amparo, e, consequentemente, se o recorrente, sendo titular dos mesmos, pode figurar no polo ativo de um recurso com esta natureza.



1.1. Estas questões já tinham sido largamente ultrapassadas pelo acórdão de admissão deste recurso, o Acórdão 22/2017, de 9 de novembro, Rel: JP Pinto Semedo, tanto na perspetiva de alguns dos direitos em causa serem direitos, liberdades e garantias suscetíveis de amparo, como na dimensão de se identificar o recorrente como titular desses mesmos direitos, não se constituindo a sua nacionalidade num problema. Portanto, aqui, o Tribunal, como tem sido sua prática, não inova em relação à decisão de admissibilidade, limita-se a densificar os fundamentos utilizados.

1.1.1. Com efeito, o facto de ser estrangeiro não constitui no geral problema, pois largamente superado nesta fase. Eventuais dúvidas que existissem já tinham sido superadas pela jurisprudência do próprio Tribunal que tem admitido vários recursos de amparo interpostos por pessoas de nacionalidade estrangeira. Partindo do pressuposto de que o direito de amparo, em situações específicas, depende da titularidade de um direito, e, na medida em que o princípio da universalidade emite uma orientação de extensão na máxima intensidade compatível com a natureza da cidadania e da pertença a estrangeiros e apátridas que estejam debaixo da jurisdição do Estado de Cabo Verde, intuitivamente emergiria sempre o entendimento de que tal direito havia de ser reconhecido a recorrentes de nacionalidade estrangeira.

1.1.2. No caso concreto, o Tribunal já havia considerado de forma incremental que os direitos ligados à proteção judiciária, normalmente denominados de direitos de acesso à justiça, são de titularidade de qualquer pessoa, inclusive de estrangeiros e apátridas, e especificamente no Acórdão 20/2018, de 16 de outubro, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 68, 25 de outubro de 2018, pp. 1639-1648, tirado no caso *Uchechukwe Vitus Ezeonwu & Chizioke Duru v. STJ*, que, na esfera penal, a garantia de prisão preventiva na sua dimensão de *in dubio pro reo*, e, consequentemente, a liberdade em que se justifica, a liberdade sobre o corpo, de estrangeiros, são amparáveis.

1.1.3. O que ficou consagrado em trecho relevante deste último aresto conforme o qual: *“O Tribunal já vinha admitindo, sob as mesmas premissas outros recursos de amparo interpostos por entidades estrangeiras, tendo na sua base direitos associados à proteção judiciária. Foi o que aconteceu, nomeadamente, com a decisão tirada no caso CIMA v. STJ, em que explicitamente se considerou que “o artigo 25º reconhece o tratamento nacional aos estrangeiros e apátridas, salvo os direitos políticos e outros reservados aos nacionais” (p. 1275) ((Acórdão 12/2018, de 7 de julho de 2018, Rel: JC Aristides R. Lima, publicado no*

*Boletim Oficial, I Série, n. 49, 20 de julho de 2018, pp. 1270-1276), ponto mais tarde desenvolvido com a decisão de admissão do recurso Luigi Zirpoli v. 2º Juízo Cível do Tribunal Judicial da Comarca da Praia, Acórdão nº 16/2018, de 28 de junho de 2018, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no Boletim Oficial, I Série, nº 49, 20 de julho de 2018, pp. 1298-1302), quando se deixou lavrado que “o facto de o recorrente ter declarado ser de nacionalidade italiana e, por conseguinte, estrangeiro, não impede que se lhe reconheça legitimidade para interpor recurso de amparo, se tivermos em conta, desde logo, a própria redação do artigo 20º da Constituição, ao reconhecer a todos os indivíduos o direito de requerer ao Tribunal Constitucional, através do recurso de amparo, a tutela dos seus direitos, liberdades e garantias fundamentais, e o disposto no artigo 25 (...)” (p. 1301). E, sendo questão que deve ser colocada de forma preliminar a resposta que engendra é relativamente simples, pois o artigo 25 da Magna Carta da República acolhe o princípio da extensão dos direitos a não nacionais, sejam eles estrangeiros ou apátridas, na máxima intensidade compatível com a não pertença à Comunidade Política, nomeadamente ao sustentar que “com a exceção dos direitos políticos e dos direitos e deveres reservados constitucional e legalmente aos cidadãos estrangeiros e apátridas que residam ou se encontrem no território nacional gozam dos mesmos direitos, liberdades e garantias que os cidadãos cabo-verdianos”. Trata-se de refração evidente do princípio da universalidade para proteger de modo compatível o estrangeiro ancorando-se numa aplicação similar, atendendo às circunstâncias da nacionalidade, do que dispõe o artigo 23, redigido em termos segundos os quais “todos os cidadãos gozam dos direitos, das liberdades e das garantias e estão sujeitos aos deveres estabelecidos na Constituição”, não deixando igualmente de se associar ao subsequentemente apresentado princípio da igualdade conforme o qual “ninguém podendo ser privilegiado, beneficiado ou prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de raça, sexo, ascendência, língua, origem, religião, condições sociais e económicas ou convicções políticas ou ideológicas”, considerando que nele se pode incluir também um tratamento diferenciado por motivos de nacionalidade que, caso seja arbitrário e motivado por razões insuficientes, sempre seria discriminatório. Não se podendo afastar desta consideração igualmente o dever de o Estado “garantir aos estrangeiros que habitem permanentemente ou transitoriamente em Cabo Verde, ou que estejam em trânsito pelo território nacional, um tratamento compatível com as normas internacionais relativas aos direitos humanos e o exercício dos direitos que não estejam constitucional e legalmente reservados aos cidadãos cabo-verdianos”, que se encontra consagrado na alínea l) do artigo 7º da Lei Fundamental”. Por conseguinte, todas elas disposições que explicitam uma*

*abordagem muito generosa do legislador constituinte para com o elemento humano estrangeiro ou apátrida que esteja em território nacional, demonstrativo de um certo cosmopolitismo e humanismo constitucionais que se projeta de forma indelével sobre as disposições de garantia de direitos. Assim sendo, e, em abstrato, por interpretação negativa do número 1 do artigo 25, em princípio, todos os direitos, liberdades e garantias individuais, assim com exceção dos direitos de pertença ligados ao direito à nacionalidade (proibição de extradição, com as exceções constitucionais limitadas; vedação de expulsão de território nacional e garantia de não privação da nacionalidade) ou a direitos de cidadania, devem ser estendidos, na sua máxima intensidade aos estrangeiros e apátridas que estejam em território nacional. Deste modo, todo o direito que, pelo seu foco de proteção, vise essencialmente proteger o indivíduo enquanto ser humano e não como cidadão membro desta República deve ser reconhecido igualmente ao não-nacional que se encontra entre nós.*

*Mas, mesmo que inexistissem tais indicações, o facto é que os próprios direitos que podem estar em causa nesta situação são explicitamente reconhecidos como direitos de titularidade individual, pois assim são tidos o direito à liberdade sobre o corpo (“Todos têm direito à liberdade (...)”, nos termos do número 1 do artigo 30º); a garantia de prisão preventiva na sua dimensão de in dubio pro reo (“Todo o arguido presume-se inocente até ao trânsito em julgado da sentença condenatória (...)”). Portanto, não subsistindo a mínima dúvida a respeito da titularidade dos direitos, a amparabilidade dos mesmos é inquestionável”.*

1.2. Os demais direitos que podem estar envolvidos no pedido que nos foi dirigido não haviam ainda sido considerados por este tribunal, mas também cairiam na mesma lógica do princípio da universalidade, pois não há razão nenhuma para não os estender a estrangeiros e apátridas que estão no território cabo-verdiano. Ademais, direitos como as garantias de inviolabilidade do domicílio, a reserva de correspondência e a reserva de telecomunicações, como regra, são formulados de forma universalista, conferindo titularidade a qualquer pessoa.

A exceção seria, no entanto, do próprio direito à privacidade que servem, explicitado de forma diferente, pois utiliza a expressão “o cidadão”. Ao que se deve acrescentar o reflexo que tem em sede processual penal, considerando que o número 8 do artigo 35 estabelece a nulidade das provas obtidas através da violação dessas garantias sem, contudo, indicar o sujeito titular. Penderiam a este último nível – que é, diga-se, decisivo – em função do

princípio geral da extensão de direitos, liberdades e garantias, dúvidas geradas pela omissão do sujeito ou até pela limitação do âmbito subjetivo ao “cidadão”.

Contudo, no primeiro caso, a questão da omissão do sujeito não é propriamente um problema atendendo que o preceito em que se insere é um número de um dispositivo inteiramente dedicado à enunciação de garantias fundamentais do arguido, como decorre dos seus números 1, 2, 3 e 5, que justifica que, por exemplo, o número 7 já se limita a usar a expressão dos “seus”, como sinónimo de arguido.

No concernente à segunda questão, mesmo que se considerasse que a palavra “cidadão” tem a suas consequências do ponto de vista da determinação subjetiva, em última instância exigir-se-ia uma interpretação mais abrangente, designadamente em razão da aplicação do número 3 do artigo 17 da Constituição, que consagra o princípio de integração e harmonização da Constituição com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, nos termos já definidos por este Tribunal (Acórdão nº 7/2016, de 28 de abril, *Fiscalização Abstrata Sucessiva de Constitucionalidade do artigo 9º, nº 2, da Lei de Organização do CSMJ, que impede o acesso a cargo de Vice-Presidente do CSMJ a magistrado judicial*, Rel: JC Pina Delgado, reproduzido no *Boletim Oficial*, I Série, n. 35, 10 de maio, pp. 1224-1252 e *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Vol. I, Praia, INCV, 2016, pp. 19-98 (parágrafo 2.10.); Acórdão nº 11/2017, de 22 de junho, *Maria de Lurdes v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, reproduzido no *Boletim Oficial*, I Série, n. 42, 21 de julho, pp. 933-950 e *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Vol. III, Praia, INCV, 2018 (2017), pp. 423-477 (parágrafo 2.1.6.); Acórdão nº 6/2018, de 22 de março, *Adilson Danielson v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, reproduzido no *Boletim Oficial*, I Série, n. 21, 11 de abril, pp. 495-505 (parágrafos 5.1.2. e 5.2.2.); Acórdão nº 13/2018, de 7 de junho, *Manuel Fonseca v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, reproduzido no *Boletim Oficial*, I Série, n. 49, 20 de julho, pp. 1277-1285 (p. 1280)), o que remete para o artigo 12º deste instrumento internacional, que relativamente ao direito em causa utiliza o termo “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio e na sua correspondência (...). Contra tais omissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei”. Esta mesma lógica seria aplicável às garantias de proteção de dados pessoais.

1.4. Portanto, sendo titular dos direitos subjetivos que invoca, o Senhor Judy Ike Hills também assume, no caso concreto, a titularidade do direito ao amparo nos termos da

Constituição, e, conseqüentemente, é forçoso reconhecer-lhe legitimidade processual perante a lei para pedir, por esta via, a proteção daqueles direitos substantivos.

2. Contornada esta primeira questão preliminar, atendendo às condutas – ambas comissivas – designadamente associadas a violação e que terão sido concretizadas pelo mesmo ato do poder público judicial através do acórdão de nº 53/2017, de que são impugnadas, seria de se verificar se os direitos que alegadamente foram violados são direitos, liberdades e garantias suscetíveis de amparo, nomeadamente o princípio consagrado pelo artigo 225 (2) e direitos emergentes dos artigos 35(8) e 35 (1), todos da Constituição.

2.1. O Tribunal através do Acórdão nº 22/2017, de 9 de novembro, Rel: JP João Pinto Semedo, que admitiu o recurso, aceitou conhecer e escrutinar eventuais violações aos direitos previstos nas duas últimas disposições a envolver lesões às garantias de presunção da inocência, de inviolabilidade de domicílio, de reserva de correspondência e de reserva de telecomunicações. Ao referir-se explicitamente que o recorrente connexionou as condutas impugnadas aos seus “*direitos, liberdades e garantias*”, tendo mencionado “*expressamente as normas e os princípios jurídico-constitucionais que, na sua perspetiva, terão sido beliscados, designadamente os princípios da presunção da inocência, os direitos à inviolabilidade do domicílio e de correspondência dos artigos 35º, 42º e 43º da Constituição, respetivamente*”. Não se referiu ao princípio do artigo 225(2) da Constituição da República, na medida em que consagra o princípio da titularidade da ação penal pelo Ministério Público, como parâmetro do escrutínio, apesar dele ser mencionado de alguma forma mesmo na peça de aperfeiçoamento submetida pelo recorrente. Supõe-se que este se terá conformado com esta exclusão, atendendo que não reagiu através dos meios processuais disponíveis.

2.1.1. Mas, mesmo que não tenha sido este o caso, por razões muito evidentes, que ultrapassam a questão de o referido princípio ter cobertura jurídica ou não, pois, estando vertido para o 225.º (2) da Constituição da República de Cabo Verde e para o artigo 68º do Código de Processo Penal, dúvidas não subsistiriam, o problema a resolver é se dele decorre uma dimensão subjetiva consagradora de posições jurídicas fundamentais com natureza de direito, liberdade ou garantia suscetível de amparo.

Colocando a hipótese de a referência ter na sua base apenas o papel de auxiliar argumentativo na peça de amparo, se a pretensão era defini-lo como parâmetro de controlo, esta disposição, em princípio, deve ser descartada enquanto base de aferição de conduta, a

menos que seja mera manifestação de um direito previsto pela Constituição ou se possa dizer que se trata de direito fundamental atípico, baseado numa das cláusulas de abertura, ou o número 1 do artigo 17 ou, porventura, por se se tratar de uma liberdade decorrente do número 2 do artigo 29 da Constituição.

A norma constitucional dispõe que “o Ministério Público representa o Estado, é o titular da ação penal (...)”. Em si, apesar de explicitar um princípio importante em matéria de organização judicial, com refrações sobre o direito penal e processual penal nacional, não parece conter elementos de subjetivação. Resultado diferente não resulta de qualquer exegese que se dirija ao artigo 68 do Código de Processo Penal que se limita a estatuir que “1. Competirá ao Ministério Público, no processo penal, colaborar com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito, obedecendo em todas as intervenções processuais a critérios de estrita objectividade. 2. Competirá, em especial, ao Ministério Público: a) Receber as denúncias, as queixas e participações e apreciar o seguimento a dar-lhes, nomeadamente abrindo a instrução; b) Dirigir a instrução; c) Deduzir acusação ou abster-se de acusar, verificados os respectivos pressupostos definidos no presente Código; d) Interpor recursos, ainda que no exclusivo interesse da defesa; e) Promover a execução das penas e medidas de segurança”; neste caso, além de um apuramento de subjetividade haveria que se fazer um completo apuramento de fundamentalidade.

Isso, sem embargo de, em última instância, praticamente todas as normas constitucionais remeterem para os direitos das pessoas não fosse esta a base e razão de ser do próprio sistema constitucional. Porém, isso não é suficiente para garantir que uma norma constitucional possa ser objeto de um amparo. Outrossim, deve ter um nível de subjetivação direta, que essa norma não contém.

2.1.2. Assim sendo, como a prática deste Tribunal tem reiterado sistematicamente, poderiam até estar em causa a aplicação de uma norma pelo órgão judicial recorrido que atingisse de forma inconstitucional o princípio em causa, passível de abarcar uma dimensão meramente interpretativa da norma, caso fosse efetivamente aplicada.

E até a questão tem sido colocada pela doutrina cabo-verdiana mais autorizada, nomeadamente no artigo de Jorge Carlos Fonseca, “A intervenção dos Órgãos de Polícia Criminal no Processo Penal de Cabo Verde: Condicionanismos e Limite”, *Revista de Derecho Procesal*, n. 1 (Homenaje al Professor Pedro Aragoneses Alonso), 2009, pp. 443-468, em que

apresenta leitura conforme a qual *“pareceu ser mais adequado e conforme ao desenho constitucional do M.P., enquanto, por um lado, magistratura autónoma (não verdadeiramente parte), e, por outro lado, como titular da ação penal - autonomia e titularidade que, de alguma forma, são exigidas pelo princípio da legalidade a que está sujeito, constitucionalmente -, que deva ser ele o órgão de topo da investigação pré-acusatória, isto é: aquele conjunto de atividade de recolha e valoração de indícios que sustentem (ou não) a dedução de uma acusação. Mais: pelo estatuto constitucionalizado referido que lhe confere ou deve conferir uma posição capaz de garantir a manutenção e o respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos, o M.P. deve assumir a direção técnica e substantiva da instrução, (...). O que pode suscitar dúvidas (sobre a constitucionalidade da solução penal) quanto à solução, acolhida entre nós (nº 2 do art.º 306.º) como em Portugal, que possibilita a delegação genérica de competências de investigação aos OPC nesta fase”* (pp. 449-451).

Contudo, para tal situação estaria disponível para o recorrente o recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade por violação do princípio da titularidade da ação penal do Ministério Público. Um que incidisse especificamente sobre a disposição constitucional que o acolhe porque a disposição legal citada, o artigo 68 do Código de Processo Penal, por si só, não faz parte das situações de ilegalidade material que o Tribunal pode eventualmente conhecer por via de fiscalização normativa, até porque a sua vigência seria discutível perante o que veio mais tarde a estabelecer o número 2 do artigo 4º da Lei de Organização da Investigação Criminal, que *“a autoridade judiciária pode delegar nos órgãos de polícia criminal, nos limites do Código de Processo Penal e da presente Lei a realização de atos ou diligências de investigação”*.

E aqui sempre teria tal pedido de se confrontar com a decisão já proferida pela jurisdição constitucional a este respeito no quadro de importante parecer de 2007 em que se considerou que *“Do teor dessa disposição constitucional não decorre, ao menos na interpretação estritamente literal, que o Ministério Público detém o exclusivo do exercício da ação penal, o pressuposto invocado pelo requerente para sustentar a inconstitucionalidade material da norma em apreço. E não existe qualquer outra disposição constitucional de onde se possa extrair elementos que permitam fundamentar a tese do monopólio ou da exclusividade do exercício da ação penal pelo Ministério Público. A citada disposição constitucional limita-se a incluir no elenco das funções do Ministério Público a competência para o exercício da ação penal, a par de outras funções, como a representação do Estado, a defesa da legalidade democrática, dos direitos dos cidadãos, o interesse público e demais*

*interesses que a Constituição ou a lei determinarem. Mas, o exercício dessas funções há de ser feito em conformidade com o que for estabelecido na lei. Tanto assim é que nunca se aventou e nem parece sustentável que a Constituição tenha conferido ao MP o monopólio ou [...] a exclusividade do exercício das outras funções referidas no citado número 1 do artigo 222º. Não seria razoável defender, por exemplo, que a defesa da legalidade democrática, ou dos direitos do cidadão, ou do interesse público é da competência exclusiva do Ministério Público. O exercício da ação penal pelo Ministério Público em regime de tendencial exclusividade não é pois uma imposição constitucional, mas sim uma decorrência da lei ordinária, nomeadamente do Código de Processo Penal, que, ainda assim, prevê casos em que o exercício da ação penal, ao menos na parte em que consiste na dedução da acusação em juízo, pode ser feito desacompanhado do Ministério Público, como sucede em relação aos crimes particulares, não se tendo nunca suscitado a questão da eventual desconformidade constitucional dessa permissão de exercício da ação penal por particulares. Não decorrendo da Constituição da República o exclusivo da ação penal pelo Ministério Público resulta assim indemonstrado, ou não verificado, o pressuposto de que partiu o requerente para arguir de inconstitucionalidade material a norma do artigo 4º, n.º 2 do diploma em apreço. Mas, ainda que se pudesse admitir, em tese, que a Constituição da República confere ao Ministério Público o exclusivo do exercício da ação penal, nem por isso a norma cuja constitucionalidade se pretende sindicar seria de reputar-se inconstitucional. Com efeito a disposição em referencia, o citado nº2 do artigo 4º, limita-se a conferir ao Ministério Público a faculdade de delegar nos órgãos de polícia criminal, e nos limites estabelecidos no Código de Processo Penal e na própria lei objeto de apreciação, a realização de atos ou diligência de investigação, que não a acusação em juízo propriamente dita. Ora, não existindo uma definição constitucional do que seja o exercício da ação penal, há que se socorrer do entendimento pré-constitucional que desde há muito vigora na nossa ordem jurídica e que se traduz na introdução do feito em juízo, nos termos delineados na lei ordinária, sendo certo que esse ato só tem lugar numa fase processualmente distinta da investigação. Ao legislador ordinário tem sido reconhecido, sem questionamento, a liberdade de conformação da fase da investigação criminal, nomeadamente para estabelecer a possibilidade de atos de investigação serem delegados pelo Ministério Público nos órgãos da polícia criminal como já resulta, de forma pacífica, da legislação processual penal vigente. Aliás, o próprio Estatuto do Ministério Público atualmente em vigor, não só faz a distinção nítida entre o exercício da ação penal e a investigação, como prevê a possibilidade de investigação criminal ser realizada por outras entidades, ainda que sob a direção do Ministério Público” (p. 659)*



(Parecer [1/2007], de 6 de setembro, Rel. JC Fátima Coronel, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 35, 17 de setembro de 2007, pp. 659-668).

Naturalmente, sendo essa a intenção do recorrente nada impediria que o Tribunal Constitucional revisitasse a sua posição, mas para tanto seria necessário impetrar um pedido de fiscalização concreta dessas normas. Por conseguinte, conclui o Tribunal Constitucional que não é possível conhecer o recurso na parte que diz respeito a possível violação do princípio de organização judicial do número 2 do artigo 225 da Lei Fundamental, que é, em simultâneo, um princípio básico de processo penal.

2.1.3. A um outro nível, o recorrente também alega que o seu direito à presunção da inocência foi violado. Trata-se de garantia fundamental sobejamente tratada por este Tribunal através do Acórdão nº 29/2017, de 5 de dezembro, *Ovídio de Pina v. STJ*, Rel: JC Aristides R. Lima, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 6, 1 de fevereiro de 2018, pp. 75-93/p. 83; do Acórdão nº 6/2018, de 22 de março, *Adilson Danielson v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 21, 11 de abril de 2018, pp. 495-505/p. 501 e ss; do Acórdão nº 13/2018, de 7 de junho, *Manuel Fonseca v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 49, 20 de julho de 2018, pp. 1277-1285/p. 1281, e do Acórdão nº 20/2018, de 16 de outubro, *Uchechukwu Vitus Ezeonwu e Chijioke Duru v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, p. 1644 e ss, de modo que é escusado tecer comentários adicionais, além de remeter-se para a jurisprudência já lavrada por meio de vários acórdãos deste tribunal, não havendo qualquer dúvida neste momento que seja pela sua natureza, seja pela sua localização, se trata de garantia fundamental amparável.

2.2.3. O mesmo ocorre com as garantias associadas ao direito à privacidade, as quais fazendo parte do segmento reservado aos direitos, liberdades e garantias, estando ainda mais associadas nesta dimensão às garantias de processo penal e assim à preservação da liberdade sobre o corpo, acabam por ser direitos ligados ao que de mais essencial o ser humano tem para proteger. Por conseguinte, a sua amparabilidade é indiscutível.

3. Ultrapassada mais esta questão, é importante então verificar se as condutas do poder judicial que foram impugnadas violam esses direitos, ainda que um deles – o da garantia da presunção da inocência – poderá ver o seu escrutínio prejudicado pela avaliação dos restantes itens.

3.1. As condutas que poderão ser escrutinadas podem ser fixadas do seguinte modo:

3.2. Primeiro, porque o acórdão recorrido terá, na sua opinião, confirmado a sua condenação por crime de tráfico de drogas com recurso a provas obtidas através de meios proibidos que violam as suas garantias associadas ao direito à privacidade e à liberdade sobre o corpo.

3.3. Segundo, porque o acórdão recorrido confirmou condenação numa situação em que, objetivamente, haveria situação de dúvida, a qual, deveria ter sido resolvida em favor do arguido.

3.4. Apesar da possível sobreposição entre uma alegação e a outra, o facto é que poderão ser objeto de um tratamento autonomizado, tendente a inquirir a respeito da violação do direito e de possível concessão dos amparos solicitados ou de outros que o Tribunal entenda por bem conceder.

3.5. Apesar do recorrente ter mencionado em primeiro lugar a violação do princípio da presunção da inocência na sua dimensão de *in dubio pro reo*, o facto é que é, de um ponto de vista lógico, é mais curial tratar-se em primeiro lugar de uma situação que está relacionada à produção de provas antes de proceder à conduta relacionada à sua apreciação em julgamento no qual as mesmas são levadas em consideração.

4. Assim sendo, importa verificar se o ato do Tribunal recorrido de não ter considerado que, como alega o recorrente, “*agentes da PJ desprovidos de qualquer mandado judicial e sem a autorização do recorrente, entraram no interior da residência do mesmo, efetuaram revistas e buscas, apreenderam telefone do recorrente e consequentemente procederam a leitura da memória do cartão do telefone e recolheram provas que foram cruciais na sua condenação*”, viola os seus direitos à intimidade da vida privada por meio da vulneração das garantias a si associadas de inviolabilidade de domicílio, de reserva de correspondência e de reserva de telecomunicações, cujos efeitos também incidem sobre o direito à liberdade, caso se esteja em sede de processo penal, determinando igualmente a aplicação da garantia de nulidade de provas obtidas por meio de abusiva intromissão na correspondência, nas telecomunicações, no domicílio ou na vida privada.

4.1. Esses direitos assumem, no geral, desde logo de um ponto de vista fundacional, uma posição central no Estado de Direito Democrático, sendo, em concreto, primeiro, garantias do direito à intimidade da vida privada e familiar, portanto relacionando-se ao que se pode denominar direito à privacidade, e, reflexivamente, segundo, do próprio direito à

liberdade, nomeadamente sobre o corpo. Isto porque o direito geral à privacidade não deixa de ser uma manifestação qualificada da liberdade individual, na medida em que pressupõe que o indivíduo mesmo estando e vivendo em sociedade tenha um espaço livre, vedado à intervenção do Estado ou de outros particulares, em que ele desenvolve a sua personalidade sem escrutínio externo, projetando a sua existência do modo como lhe aprouver, controlando, a um tempo, informações sobre si. Associação que é operada pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade também reconhecido por diversas leis constitucionais, dentre as quais a cabo-verdiana como refração do princípio da liberdade e do direito ao desenvolvimento da personalidade, que este Tribunal já tinha abordado na sua dimensão objetiva como o “*princípio do livre desenvolvimento da personalidade, conforme o qual o indivíduo pode, ao longo da sua existência, tomar as opções fundamentais sobre a sua vida, modelando-a conforme critérios que ele próprio estabelece, fazendo-os e refazendo-os à luz de decisões que só a ele cabem. Por sua vez, já se sabe que a República de Cabo Verde, marcada pelo princípio da liberdade e da autonomia individuais, não adota ela própria uma conceção substantiva sobre o bem e tenta, na medida do possível, ser neutra em relação às opções individuais que cada um faz a respeito da sua existência desde que não atinja direitos de outrem ou manifestações legítimas do interesse público*” (2.1.10) (Acórdão nº 11/2017, de 22 de junho, *Maria de Lurdes v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 42, 21 de abril de 2017, v. III, pp. 933-950 e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional*, Praia, INCV, 2018, v. IV, pp. 429-477).

4.2. A existência desse espaço que alguns conceberam como o direito a estar só, como classicamente foi classificado por juristas norte-americanos (Samuel Warren & Louis Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, 1890, pp 193-220, 195) que conforme a complexa e dúplice natureza humana que Immanuel Kant, *Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*, Artur Morão (trad.), s.l., Lusofonia Press, s.d., 4º Preposição, designou de sociabilidade insociável, “isto é, a sua tendência para entrar em sociedade; [...] tendência porém [...] unida a uma resistência universal que, incessantemente, ameaça dissolver a sociedade” (p. 7), portanto de o ser humano estar em sociedade, gregário como também é, integrando-se a uma comunidade, mas ao mesmo tempo, lutando para preservar um espaço existencial próprio que ultrapassando a sua mente e a sua consciência, abarca igualmente certas condutas que ele pode empreender e posições que pode adotar sem o conhecimento de outrem.

4.3. E, naturalmente, essa esfera é, pela sua natureza, passível de se confrontar com interesses públicos relevantes não só ligados à manutenção da segurança, como igualmente à administração da justiça, aspetos que colocam em tensão o direito e o valor da privacidade com os deveres do Estado em combater o crime, para assegurar a preservação de bens jurídicos essenciais, nomeadamente de titularidade individual, designadamente porque a Constituição atribui-lhe em diversos momentos a tarefa de proteger os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, garantindo-lhes a devida eficácia horizontal, nomeadamente porque cabe-lhe “assegurar o pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais a todos os cidadãos” (artigo 7º, b)); tarefa que cabe à Justiça, pois faz parte dos seus objetivos “reprimir a violação da legalidade democrática e assegurar a defesa dos direitos” (artigo 209) e da polícia, na medida em que esta tem por funções proteger “o exercício dos direitos dos cidadãos” (artigo 244), ao que acresce interesses públicos de, no caso da polícia, “defender a legalidade democrática, prevenir a criminalidade e garantir a segurança interna e a tranquilidade pública” (Idem) e das forças armadas, garantir “a unidade, soberania, a integridade territorial e a independência de Cabo Verde, a liberdade e a segurança da sua população, bem como do ordenamento constitucional estabelecido” (artigo 247). Se isso se projeta também para a esfera da obtenção de informações de segurança vitais, entre nós, por enquanto, materializa-se, na esfera de obtenção de elementos essenciais para provar a culpa de uma pessoa e legitimar a sua condenação criminal e consequente privação da liberdade.

Lembra-nos a este propósito Jorge Carlos Fonseca, “A intervenção dos Órgãos de Polícia Criminal no Processo Penal de Cabo Verde: Condicionalismos e Limite”, pp. 443-445, que “No quadro constitucional cabo-verdiano são funções da polícia a defesa da legalidade democrática, a prevenção da criminalidade e a garantia da segurança interna, da tranquilidade pública e o exercício dos direitos dos cidadãos (art.º 240.º). Outrossim, a Constituição da República de Cabo Verde – a Constituição de 1992, fundante do Estado de direitos democrático no país (CRCV) – estatui que as medidas de política obedecem aos princípios da legalidade (tipicidade), “... da necessidade, da adequação e da proporcionalidade” e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, explicitando, pois, os chamados sub-princípios do princípio da necessidade ou da proibição do excesso e limitando pelo respeito pelos direitos, liberdades e garantias individuais não apenas a função de prevenção de crimes, mas também a utilização das medidas de polícia. Deste modo, no texto constitucional cabo-verdiano o respeito pelos direitos fundamentais não só é limite ao uso de todas as medidas de polícia como, significativamente, é função da polícia

*garantir, talvez não propriamente aqueles direitos, mas o seu exercício, como precisamente reza o dispositivo da Lei Fundamental”.*

4.4. E isso para se falar somente nos interesses públicos legítimos do Estado – ainda assim sujeitos a várias limitações materiais -, porque o acesso ilimitado à esfera privada da pessoa humana, coíbe-a de realizar todo o seu potencial, porque transforma-a num ser sem espontaneidade, afetado psicologicamente e permanentemente preocupado com a possível monitorização, escrutínio e censura dos seus gestos, tendências e opiniões. São, ademais, condutas que têm até o potencial de atingir a liberdade de consciência das pessoas, na medida que é hoje o que mais próximo se chega de a materializar por meio da obtenção de informações que a podem reconstruir integralmente, nomeadamente as suas opiniões privadas em redes sociais, os diários eletrónicos que podem alojar num computador, os livros que lêem, os programas de televisão que assistem ou as páginas da rede (web) que visitam, os termos de busca que usam para pesquisar sobre doenças, orientação sexual, desejos, e muitos outros. Acresce que por estes mesmos motivos facilitam que o poder público obtenha também informações destinadas ou passíveis de serem utilizadas ilegitimamente para condicionar o indivíduo no exercício das suas liberdades ou dos seus direitos de cidadania.

4.5. Nunca o direito à privacidade foi marcado por uma tendência à imobilidade. Pelo contrário, caracterizou-se por um dinamismo intrínseco, projetador de uma notória flexibilidade consubstanciada numa proteção mais expansiva ou mais contraída consoante o espaço em que se estiver (de forma decrescente do domicílio de uma pessoa, o seu castelo e a sua fortaleza de privacidade, como asseverou classicamente o célebre magistrado inglês Edward Coke em voto emitido no *Caso Semayne* de 1604 (ver *Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Steve Sheppard (ed.), Indianapolis, Liberty Fund, 2003, v. I, p. 137: “*the house of every one is to him as his Castle and Fortress (...)*”), até ao espaço público) e da qualidade da pessoa em causa (do pacato e anónimo cidadão até à figura pública ou ao homem da governança), considerando naturalmente o tipo de relação em causa, portanto dependendo da esfera de atuação concreta da pessoa envolvida (como *persona* individual em relações privadas ou como figura de Estado em relações públicas). Tudo dependerá em larga medida da expectativa razoável de privacidade que cada um tiver num determinado espaço, no quadro de determinada relação e em razão da sua qualidade individual avaliados à luz de interesses públicos em aceder a informação sobre si, ressalvados casos de proteção do núcleo do direito geral à privacidade, quase impermeável em relação ao conhecimento externo não consentido. Especificamente porque a densidade protetiva é marcada pela grande

suscetibilidade que o direito à privacidade e outros direitos a ele associados têm de se conformar com quadros de renúncia de direitos, ou seja, pela autolimitação de direitos promovida pelo ou com o consentimento do próprio titular.

A este respeito o Tribunal Constitucional já tinha considerado no Acórdão 16/2017, de 31 de julho, Rel: JCP Pinto Semedo, *Pedido de Autorização para Consulta das Declarações de Interesses, Património e Rendimentos de Titulares de Cargos Políticos*, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 47, 8 de agosto de 2017, pp. 1029-1036, e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Praia, INCV, 2018, v. IV (2017), pp. 224-231, que “A consignação da regra que se poderá dizer de reserva com acesso limitado, explica-se pela ponderação que se teve de fazer entre o direito fundamental à reserva da intimidade da vida pessoal e familiar previsto no n.º 1 do artigo 38.º da Constituição da República, na versão originária (1992), que corresponde ao n.º 2 do artigo 41.º da versão atual, e o direito à informação consagrado no n.º 2 do artigo 48.º da CRCV. Na verdade, a privacidade dos titulares de cargos políticos e equiparados encontra-se também protegida pela norma do n.º 2 do artigo 41.º da CRCV, na medida em que as personalidades que exercem cargos políticos e equiparados, obviamente, não perdem a qualidade de cidadão pelo facto de desempenharem essas funções. Todavia, se aos titulares de cargos políticos não pode negar-se sem mais, em razão dessa sua qualidade, o direito constitucional à privacidade, tão-pouco esse direito terá de ser-lhes reconhecido exatamente na mesma medida em que o for a um qualquer particular, a uma qualquer pessoa não investida no exercício de funções públicas. Por isso, o acesso às informações sobre a situação financeira, patrimonial e interesses económicos dos titulares de cargos políticos constitui de certa forma afetação do direito à reserva da intimidade da vida pessoal e familiar, ainda que condicionado à demonstração do relevante interesse público no seu conhecimento, que é também um condicionamento ao exercício do direito à informação” (para. 2).

4.6. Os crescentes meios tecnológicos disponíveis que entidades públicas e entidades privadas podem usar, comportam riscos de uma devassa permanente da vida privada das pessoas e de um esvaziamento da sua privacidade. Este impacto é efetivo, ao ponto de ser uma realidade possível o nível de monitorização radical – e na altura inverosímil – que se desenhava em 1949 quando George Orwell escreveu o seu 1984 (*Nineteen Eighty-Four*, London, Penguin, 1949), obra na qual, o protagonista Winston, constata, a partir da sua própria residência, a presença do alerta exterior de que “o Grande-Irmão [o Estado] está a ver-te/*Big Brother is Watching you*” e confronta-se com existência de uma tela de monitorização

instalada pelo poder público, “um ecrã que recebe e transmite em simultâneo. Qualquer som que [...] faça, além do nível de um sussurro muito baixo, seria por ele captado; além disso, desde que ficasse no campo de visão, que as placas de metal guiavam, ele podia ser visto e ouvido. Está claro que não havia como saber se a pessoa estava a ser observada num dado momento. A frequência ou com base em que sistema a Polícia do Pensamento se conectava a cada indivíduo era trabalho de adivinhação. Mas, em última instância, podia conectar-se à tua rede sempre que quisesse. Terias de viver - e vivias, do hábito de que se tornou instinto – na pressuposição de que qualquer som que fizesses seria ouvido e, com a exceção da escuridão, todos os movimentos escrutinados/ the telescreen received and transmitted simultaneously. Any sound that Winston made, above the level of a very low whisper, would be picked up by it, moreover, so long as he remained within the field of vision which the metal plaque commanded, he could be seen as well as heard. There was of course no way of knowing whether you were being watched at any given moment. How often, or on what system, the Thought Police plugged in on any individual wire was guesswork. It was even conceivable that they watched everybody all the time. But at any rate they could plug in your wire whenever they wanted to. You had to live -- did live, from habit that became instinct -- in the assumption that every sound you made was overheard, and, except in darkness, every movement scrutinized” (p. 4).

Cenário confirmado, aliás, por exemplo, pela distopia contemporânea de Dave Eggers, *The Circle*, New York, Knopf, 2013, ebook edition, pela voz de Emmet, o resistente ao processo de transparência total do eu: “Não estamos destinados a saber de tudo (...). Alguma vez pensaste que as nossas mentes foram delicadamente equilibradas entre o conhecido e o desconhecido? Que as nossas almas precisam dos mistérios da noite e da clareza do dia? (...) Estão a criar um Mundo de dias permanentes e eu penso que isso vai queimar-nos vivos. Não haverá tempo para refletir, para dormir, para parar/We are not meant to know everything, (...). Did you ever think that perhaps our minds are delicately calibrated between the known and the unknown? That our souls need the mysteries of night and the clarity of day? You people are creating a world of ever-present daylight, and I think it will burn us all alive. There will be no time to reflect, to sleep, to cool”.

Não é sem sentido que os instrumentos disponíveis são de tal modo invasivos que o tipo de ingerência na privacidade que - não fossem os limites estritos de natureza substantiva e processual associados aos direitos fundamentais e ao sistema de freios e contrapesos – os Estados de Direito Democráticos podem materialmente exercer sobre os direitos das pessoas

é infinitamente mais efetivo e logo perigoso do que aquele que Estados Policiais totalitários com forte vertente securitária tinham ao seu dispor.

Sendo exemplo disso o Estado Nazi com a sua *Geheime Staatspolizei* (GESTAPO), na sequência do Decreto do Presidente do *Reich* para a Proteção do Povo e do Estado de 28 de fevereiro de 1933/ *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*, disponível [http://ghdi.ghi-dc.org/sub\\_document.cfm?document\\_id=2325&language=german](http://ghdi.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=2325&language=german)) – que explicitamente considerou que as violações aos sigilo postal, telegráfico e das comunicações telefónicas e mandados de busca domiciliária, passavam a ser permitidas ((*“Es sind daher Beschränkungen der persönlichen Freiheit, des Rechts der freien Meinungsäußerung, einschließlich der Pressefreiheit, des Vereins- und Versammlungsrechts, Eingriffe in das Brief-, Post-, Telegraphen- und Fernsprecheheimnis, Anordnungen von Haussuchungen und von Beschlagnahmen sowie Beschränkungen des Eigentums auch außerhalb der sonst hierfür bestimmten gesetzlichen Grenzen zulässig”*)). E mais iconicamente a Antiga República Democrática da Alemanha com a sua *Staatssicherheitsdienst*, Stasi (v. Uwe Spiekermann (ed.), *The Stasi at Home and Abroad. Domestic Order and Foreign Intelligence*, Washington, DC, German Historical Institute, 2014), amparada por legiões de informantes, cujos dados arquivados ajudavam a encorpar os ficheiros com informações relativas a todos os cidadãos, especialmente os ditos ‘inimigos do povo’. Não é assim estranho que um antigo dirigente dessa organização de inteligência declarou que as capacidades tecnológicas da *National Security Agency* dos Estados Unidos usadas para monitorizar pessoas em todo o mundo seria um “sonho tornado realidade” para a Stasi (<https://www.techdirt.com/articles/20130627/15455123642/former-east-german-stasi-officer-expresses-admiration-dismay-us-governments-surveillance-capabilities.shtml>).

4.7. Situação que, em ponto pequeno e historicamente nós também vivemos, designadamente porque, enquanto colónia, fizemos parte do espaço de atuação da Polícia Internacional e de Defesa do Estado – Direção Geral de Segurança (PIDE-DGS) e depois ficamos submetidos ao aparato de segurança da I República e à sua política de controlo (v. Humberto Cardoso, *O Partido Único em Cabo Verde. Um Assalto à Esperança*, Praia, INCV, 1993). Por isso, em 1992, o Deputado Arnaldo Silva que apresentava o Projeto de Constituição destinado a inaugurar uma nova ordem constitucional dizia justificando a filosofia política subjacente que *“ainda no campo dos direitos individuais é assegurada a proteção dos cidadãos contra a abusiva utilização da informática para fins de polícia política e garante-se a inviolabilidade da correspondência e das telecomunicações, bem como a inviolabilidade do domicílio, regulando-se os casos e condições em que a autoridade ou terceiros poderão*



*entrar no domicílio de um cidadão” (Atas da Sessão Parlamentar de Aprovação da Versão Originária da Constituição de 1992, Praia, Assembleia Nacional, 1992, p. 50), questão retomada em 1999 no processo de primeira revisão ordinária da Constituição, quando durante o debate sobre a cláusula da inviolabilidade do domicílio, reportando-se ao período um deputado asseverou que “a nossa história registou páginas muito tristes nesse capítulo (...)” (Atas da Sessão Parlamentar de Aprovação da 1ª Revisão Ordinária da Constituição de 1992, Praia, Assembleia Nacional, 1999, p. 80).*

Consequentemente, entre nós o legislador constituinte, ainda que não tenha desenvolvido a referência que consta do número 2 do artigo 41, conforme o qual “*todo o cidadão tem direito à (...) da intimidade da sua vida pessoal e familiar*” conferiu-lhe importância suficiente para, além de formular as garantias supramencionadas, prever um mecanismo específico de proteção de uma das suas dimensões, a relacionada à proteção de dados pessoais, que se relaciona ao direito à autodeterminação informacional, uma das dimensões do direito à privacidade, e ao *Habeas Data*.

4.8. Trata-se de um regime constitucional complexo, em última instância ancorado nos princípios da liberdade (como se assevera num artigo de Júlio Martins Tavares, “Breves notas avulsas sobre os projetos de revisão constitucional, na parte referente à Justiça”, *DeC*, 28, Número Especial: Revisão Constitucional, Jorge Carlos Fonseca e José Pina Delgado (orgs.), 2009, p. 171, “o direito á inviolabilidade do domicílio [uma de suas manifestações], como um direito de liberdade, está relacionado com a inviolabilidade da pessoa), e da dignidade da pessoa humana através do direito ao livre desenvolvimento da personalidade reconhecido pelo número 1 da mesma disposição constitucional. Direito este que, como em outras ocasiões se afirmou, significa que o sistema garante ao indivíduo um espaço recôndito onde formata a sua existência através de opções que ele próprio toma e que ele pode escolher manter ocultas ou com um véu de proteção em relação a terceiros. Portanto, dela deriva o direito ao isolamento, de esconder certos aspetos da sua vida do olhar externo, e o de controlar a informação que sobre ele se conhece, próprios da ideia da intimidade da vida pessoal e da vida familiar.

Para tanto, o regime prevê certas garantias pessoais que lhe permitem proteger certos espaços físicos onde desenvolve de forma mais intensa a sua personalidade – o seu domicílio –, modos como partilha a sua identidade com outras pessoas de modo presencial ou não – comunicações físicas, por qualquer forma de correspondência, telefone, telemóvel ou meios

digitais -, em termos que se tentará densificar adiante, considerando que dizem respeito ao âmago deste recurso de amparo.

Configura-os ademais para salvaguardar os seus dados pessoais, protegendo-se não só o em relação à prerrogativa de se os obter, bem como, depois de obtidos, o modo como podem ser utilizados. Daí se justificando a panóplia de garantias de proteção de dados vertidas para o artigo 45, nomeadamente de proibição de utilização de meios informáticos para registo e tratamento de dados individualmente identificáveis relativos a convicções políticas, filosóficas e ideológicas, à fé religiosa, à filiação partidária ou sindical ou à vida privada, salvo as exceções tipificadas de consentimento do titular, autorização prevista na lei, com garantia de não discriminação ou se se destinarem ao processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis; a proibição de concentração num ficheiro único de dados globais da pessoa; o direito de acesso aos dados informatizados que digam respeito à própria pessoa, de exigir a sua retificação e atualização e de conhecer a finalidade a que se destinam.

Estabelecimento de reserva de lei para a constituição de ficheiros e de autorização legal ou judicial para acesso a dados pessoais de terceiros ou para a sua transferência inter-serviços ou inter-instituições, e, para a sua transferência para o estrangeiro, são outras garantias. Portanto, apesar de não se explicitar claramente que existe um direito subjetivo à proteção de dados não será equivocado reconhecer, na senda do que tem feito a Comissão Nacional de Proteção de Dados (*Relatório de Atividades 2017*, Praia, CNPD, 2017, 2) que existem direitos subjetivos ligados à proteção de dados pessoais, que este Tribunal pode classificar como um conjunto de garantias nessa esfera ligadas ao direito geral à privacidade.

4.9. Que o direito à privacidade é um direito, liberdade e garantia não constituirá propriamente terreno de controvérsia. Porque o preceito que o consagra, o número 2 do artigo 41 da Constituição, integra o Capítulo II do Título II da Parte II desse instrumento fundacional referente aos direitos, liberdades e garantias individuais, o mesmo ocorrendo com todas as garantias que se mencionou. Mas, também porque é, pela sua natureza, um direito de defesa individual contra o Estado essencial para que a pessoa humana leve uma vida plena e significativa e possa concomitantemente realizar o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade previsto pelo número 1 da mesma disposição, e de proteção que o indivíduo tem contra qualquer terceiro que queira se imiscuir na sua privacidade, sendo, pois, credor de condutas positivas do poder público para garantir a eficácia dessa proteção horizontal.

O direito à privacidade é importante não só porque protege posições jurídicas individuais criando escudos contra o Estado, mas também porque erige uma cultura objetiva de proteção: é por isso também um valor estruturante do sistema liberal e democrático erigido em Cabo Verde a partir de 1992. Por este motivo preciso não se pode tergiversar com ingerências excessivas à privacidade de certas pessoas tidas como merecedoras de um grau de intervenção mais acentuado – por exemplo, suspeitos da prática de crimes, especialmente os mais graves – precisamente porque o levantamento de certos limites e de determinadas garantias acabam também por afetar os demais integrantes da sociedade, incluindo o cidadão cumpridor da lei.

4.9.1. Neste sentido, a expressão popular de acordo com a qual “*quem não deve não teme*”, que muitos usam para relativizar não só o valor, como igualmente a moralidade pública da privacidade, é uma falácia primeiro porque todos pagam a fatura, os que devem, e a sua privacidade é violada sem garantias, e os demais porque somente com tais lesões é que se poderá eventualmente concluir que, afinal, não deviam. Assim sendo, todos temem. Claro está que disso não decorre qualquer tese de que o direito geral à privacidade e as garantias que lhe estão associadas são insuscetíveis de limitação. Outrossim, podem ser objeto de afetações, nomeadamente, como se verá com mais vagar adiante, por meio de renúncia e de restrição, além de evidentemente ser suscetível de ser suspenso e de ser limitado através da criação de estatutos especiais.

Não porque se defenda a tese de que a sua limitabilidade resulte de autorização da Declaração Universal dos Direitos Humanos ou que se acolha a tese de que os direitos possuem limites imanentes, mas precisamente em razão de se estar perante um regime complexo constituído não só pela representação do direito geral, mas também da sua arquitetura normativa constitucional, composta igualmente pelas suas diversas garantias. Assim sendo, embora não seja de se acolher, pelo menos sem as devidas precisões, a ideia de que “*a própria Constituição da República ao exigir que as normas relativas aos direitos fundamentais devem ser interpretadas e integradas de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos abre caminho a que esse instrumento possa ser tido como fonte de autorização para a restrição aos direitos consagrados na lei fundamental*”, ou que “*ainda que não adira à tese de que a Declaração Universal pode fundamentar as restrições não expressamente admitidas pela Constituição da República, haverá sempre a possibilidade de se recorrer a outras construções doutrinárias e jurisprudenciais, nomeadamente as assentes na ideia de limites imanentes que levarão ao mesmo resultado*”, o facto é que a natureza do

direito em causa e as indicações constitucionais associadas às garantias que lhe estão associadas, determinariam que o Tribunal reitere a conclusão do Parecer [1/2007], de 6 de setembro, Rel. JC Fátima Coronel, de que “*não se pode pois pôr em causa que a Constituição da República autoriza a restrição (...) à reserva da intimidade da vida privada*”.

4.9.2.O mesmo acontecendo com o dito popular de que “não tenho nada a esconder” – portanto que a privacidade não importa – pois não ter nada a esconder é negar a natureza humana. Como Alexander Sholjetnesine descreve ao referir-se ao informante soviético que todos sabiam que existia, embora nem sempre se soubesse quem era, “*que um registo completamente imaculado é um ideal, como o é a verdade absoluta. Sempre se pode encontrar algo de negativo ou suspeito sobre qualquer pessoa viva. Todos são culpados de algo ou têm algo a esconder. Tudo o que se tem de fazer é procurar o suficiente para o encontrar*” (*Cancer Ward [A Ala dos Cancerosos]*, trad., ing. Noonday Press, 2001, p. 192). E, destarte, favorecer a garimpagem de crimes e atos imorais ou meramente inconvenientes das pessoas pelo poder público, já que, lembrando a resposta que o personagem da peça dramatúrgica de Friedrich Dürrenmatt, o caixeiro-viajante Traps, recebe quando, num julgamento fictício questiona o Procurador a respeito do crime de que estava a ser acusado: “*um crime é algo que sempre se pode achar [encontrar]*” (*A Pane – O Túnel – O Cão*, trad. bras. M. Rondinelli, São Paulo, Códex, 2003, pp. 27-28)).

E como em relação à maioria dos problemas constitucionais não se pode fazer uma abordagem exclusivista, a questão não é saber se a privacidade das pessoas deve ser respeitada mesmo quando órgãos do Estado pretendem coletar provas necessárias à condenação de um suspeito. Isto é inquestionável à luz da Constituição. Outrossim, o problema essencial é verificar se nas situações excepcionais em que ela cede perante interesses públicos prevalentes no caso concreto, são respeitadas as garantias especialmente concebidas para salvaguardar a sua utilização abusiva por parte do poder público.

E, para este Tribunal, é assim que o regime constitucional da privacidade deve ser concebido, ou seja, como um complexo normativo interconectado com outros direitos e garantias de liberdade, concebido a partir de um direito geral à privacidade reforçado com garantias fundamentais, com teor mais substantivo e/ou com natureza processual, os quais não deixam de se ramificar para estabelecer pontos com outros direitos e posições jurídicas associadas à liberdade sobre o corpo e a garantias de *due process*.

Do ponto de vista hermenêutico é a partir de uma norma geral construída como princípio, logo com textura aberta, flexibilidade e plurissignificação, o direito geral à privacidade, que o sistema em última instância se assenta. Destarte, a análise primária das garantias específicas que adotam uma feição típica de regras constitucionais mais estritas, sempre tem subjacente aquele direito geral. De tal sorte que do facto de não se conseguir identificar claramente o alcance destas últimas não significa que não se estenda a proteção a outras situações não abrangidas pelos termos que o legislador usou para formular a prescrição constitucional porque reconduzível à proteção geral conferida pelo direito à privacidade. Portanto, não podem ser interpretadas como se, constitucionalmente, tivéssemos um sistema de compartimentalização, de acordo com o qual há um regime autónomo de proteção de garantias contra buscas, revistas e ingerência em correspondência e comunicações, que protegem o espaço físico vivencial, o corpo e a transmissão inter-pessoal material e não-material de informações totalmente desprendido daquele direito-mãe.

De resto, do mesmo modo que as garantias constitucionais devem ser interpretadas de forma abrangente, nomeadamente para que possam incluir qualquer forma de limitação da privacidade que resulte da utilização das novas tecnologias, as normas legais que as afetem, nomeadamente as que tenham sido promovidas pelo legislador ordinário como as que foram aplicadas neste caso, devem ser interpretadas restritivamente. É o que decorre da vinculação do poder judicial aos direitos, liberdades e garantias por força do artigo 18 e do dever de não fazer interpretações que sejam artificialmente castradoras resultante do artigo 17(2), conforme o qual *“a extensão e o conteúdo essencial das normas constitucionais relativas aos direitos, liberdades e garantias não podem ser restringidos pela via da interpretação”*.

Sobretudo porque, apesar de a dimensão de proteção de dados projetar-se de forma intensa para também cobrir relações privadas, nomeadamente de poder, dada a suscetibilidade de um conjunto de organizações poderem acumular dados massivos sobre as pessoas, e que questão de privacidade poder colocar-se em tensão com outras liberdades detidas por outros particulares sobretudo no domínio da sua confrontação com a liberdade de expressão, de informação e de imprensa, o facto é que aqui se está perante situações clássicas de proteção da privacidade das pessoas perante atos típicos de poder público de obtenção de informações destinadas a utilização em processo crime. A verticalização da relação subjacente não deixa de ser relevante para a resposta mais adequada que este Tribunal deve formular para lidar com o caso concreto.

4.10. É neste quadro específico que as garantias que (a) protegem o domicílio das pessoas; (b) protegem o segredo da correspondência; c) protegem o segredo das telecomunicações; d) fulminam de nulidade provas obtidas em violação das garantias anteriores, acabam por operar, mas não numa perspetiva limitada e fechada, mas como formas de proteção mais eficiente de qualquer forma de comunicação em que as pessoas expõem-se e que têm expectativas legítimas de controlar a informação que partilham com quem bem entendem. O legislador não cria uma proibição absoluta de ingerência nesses casos, mas tenta controlá-las, por um lado, limitando-as materialmente a situações em que, de forma abstrata e concreta, existam interesses públicos prevalentes a proteger, e segundo, condicionando a previsão legal e a validação *ante factum* por uma autoridade independente, um juiz. Portanto, quando é permitida é com base num sistema ancorado numa dupla-reserva, uma reserva de lei e uma reserva de juiz. É o que decorre do número 2 do artigo 42 segundo o qual “*Ninguém pode entrar no domicílio de qualquer pessoa ou nele fazer busca, revista ou apreensão contra a sua vontade, salvo quando munido de mandato judicial emitido nos termos da lei (...)*”, decorrendo ainda dever de observância da legalidade, atendendo que o número seguinte dispõe que “*a lei tipifica os casos em que pode ser ordenada por autoridade judicial competente a entrada, busca e apreensão de bens, documentos ou outros objetos em domicílio*”.

Mais ainda, à noite, o momento típico do recolhimento, os cuidados são ainda maiores se se considerar que a proibição, ainda que flexibilizada aquando da última revisão constitucional, ainda mantém-se bastante estrita, prescrevendo-se que “*Não é permitida a entrada no domicílio de uma pessoa durante a noite, salvo: a) com o seu consentimento; b) para prestar socorro ou em casos de desastre ou outros que configurem estado de necessidade nos termos da lei; c) em flagrante delito, ou com mandato judicial que expressamente a autorize, mas somente em casos de criminalidade especialmente violenta ou organizada, designadamente de terrorismo, tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, com deveres especiais de fundamentação atendendo que o número seguinte impõe que o “despacho judicial que ordenar as buscas domiciliárias noturnas deverá explicitar com clareza os factos e as circunstâncias que especialmente as motivam”*” e também a fiscalização concomitante por autoridades do sistema judicial, já que o sistema é completado pelo número seguinte conforme o qual “*as buscas domiciliárias noturnas determinadas nos termos da alínea c) do número 4 deverão ser presididas por um magistrado do Ministério Público, salvo quando a lei processual penal imponha a presença de magistrado judicial*”.

Com a norma que garante a proteção da correspondência e das telecomunicações, em termos segundo os quais “*é garantido o segredo da correspondência e das telecomunicações, salvo nos casos em que por decisão judicial proferida nos termos da lei de processo criminal for permitida a ingerência das autoridades públicas na correspondência ou nas telecomunicações*”, e a que comina como “*nulas todas as provas obtidas por meio de (...) abusiva intromissão na correspondência, nas telecomunicações, no domicílio e na vida privada*”, completa-se o sistema, sendo evidente que o legislador constituinte considerou que o direito geral à privacidade é, mesmo na ausência de garantias específicas, invocável como causa de nulidade de provas, nos termos já discutidos *supra*.

4.11 Esse regime, de sua parte, foi concretizado pelo Código de Processo Penal, o qual, neste âmbito, deve ser considerado como um ato que materializa essas opções constitucionais e tenta harmonizar os interesses públicos de obtenção de provas necessárias a condenar as pessoas que cometem crimes – especialmente os que tenham a ver com a criminalidade organizada – com os direitos fundamentais à privacidade e à liberdade, destacando-se, no geral, a norma segundo a qual: “*Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular. 4. A proibição de utilização da prova obtida pelos métodos referidos no presente artigo poderá ser declarada oficiosamente pelo tribunal, em qualquer estado ou fase do processo*”, é o que dispõe o seu artigo 178.

E também para as disposições centrais que fazem parte deste inquérito de violação de direito de direitos, liberdades e garantias, mormente o artigo 238, conforme o qual “*1. A busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada só poderá ser ordenada ou autorizada pelo juiz. 2. Não é permitida a busca no domicílio de uma pessoa antes das sete nem depois das vinte horas, salvo: a) Com o seu consentimento; b) Para prestar socorro ou em casos de desastre ou outros que configurem estado de necessidade nos termos da lei; c) Em flagrante delito, ou com mandado judicial que expressamente a autorize, em casos de criminalidade especialmente violenta ou organizada, designadamente, de terrorismo, tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes. 3. O despacho judicial que ordenar as buscas domiciliárias nocturnas deverá explicitar com clareza os factos e as circunstâncias que especialmente as motivam. 4. As buscas domiciliárias nocturnas determinadas nos termos da alínea c) do número 2 deverão ser presididas por um magistrado do Ministério Público, salvo quando a lei processual penal imponha a presença de magistrado judicial. 5. As buscas domiciliárias*

*poderão também ser ordenadas pelo Ministério Público ou ser efectuadas por órgãos de polícia criminal em caso de detenção em flagrante delito, ou para prestar socorro”.*

E também o artigo 244 redigido em termos segundo os quais, “1. A apreensão, mesmo nas estações de correios e telegráficas, de cartas, encomendas, valores, telegramas ou qualquer outra correspondência só será possível, sob pena de nulidade, quando autorizada ou ordenada por despacho judicial e desde que haja fundadas razões para crer que: a) A correspondência foi expedida pelo suspeito ou lhe é dirigida, mesmo que sob nome diverso ou através de pessoa diversa; b) Está em causa crime punível com pena de prisão de limite máximo superior a 3 anos; e c) A diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova. 2. É proibida, sob pena de nulidade, a apreensão e qualquer outra forma de fiscalização da correspondência entre o arguido e o seu defensor, exceptuado o caso de a correspondência respeitar a facto criminoso relativamente ao qual o advogado seja arguido. 3. Quando a apreensão for feita por entidade que não seja o juiz, ela deverá imediatamente fazer entrega dos objectos apreendidos ao juiz competente, sem abrir e sem tomar conhecimento do conteúdo da correspondência. 4. Se o juiz considerar a correspondência apreendida relevante para a prova, fá-la-á juntar ao processo; caso contrário, restitui-a a quem de direito, não podendo ela ser utilizada como meio de prova, e fica ligado por dever de segredo relativamente àquilo de que tiver tomado conhecimento e não tiver interesse para a prova”, e 255, cuja construção normativa vai no sentido de que as “comunicações telefónicas por meio de correio electrónico ou outras formas análogas só podem ser ordenadas ou autorizadas, por despacho do juiz, se houver razões para crer que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova quanto a crimes: a) Puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos; b) Contra a liberdade e autodeterminação sexual; c) Terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada; d) Contra a protecção devida aos menores; e) Relativos ao tráfico de estupefacientes; f) De contrabando; ou g) De injúria, de ameaça, de coacção, de devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos através de telefone. 2. A interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas só podem ser ordenadas ou autorizadas relativamente a suspeitos ou a pessoas em relação às quais seja possível admitir, com base em factos determinados, que recebem ou transmitem comunicações provenientes dos suspeitos ou a eles destinadas, ou que os suspeitos utilizam os seus telefones. 3. O despacho que ordena ou autoriza a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas é fundamentado e fixa o prazo máximo da sua duração, por um



*período não superior a três meses, sendo renovável por períodos idênticos desde que se mantenham os respectivos pressupostos de admissibilidade”.*

Por conseguinte, seria dever de qualquer tribunal que tivesse de aplicar esses normativos do Código de Processo Penal nesta matéria considerar devidamente os efeitos das normas constitucionais subjacentes consagradoras de direitos, liberdades e garantias, sob pena de, agindo de forma diferente, incorrerem em violação de posições jurídicas fundamentais de titularidade individual emergentes das mesmas.

5. Considerando este quadro pode-se passar imediatamente a avaliar se, de facto, neste caso concreto, as garantias fundamentais associadas ao direito à privacidade do recorrente foram lesadas por atos do poder judicial, considerando uma primeira questão que justifica a própria decisão do órgão recorrido de não apreciar a suscitação de nulidade de prova que lhe foi dirigida pelo recorrente, antes de eventualmente passar a analisar violações mais diretas desses direitos por parte dos mesmos.

5.1. Nas precisas palavras do recorrente, *“os agentes da PJ desprovidos de qualquer mandado judicial e sem a autorização do recorrente, entraram no interior da residência do mesmo, efetuaram revistas e buscas, apreenderam telefone do recorrente e consequentemente procederam a leitura da memória do cartão do telefone e recolheram provas que foram cruciais na sua condenação”*. Assim, sempre com base na sua própria apreciação, *“(…) Tais atos, ao serem validad[o]s pelos tribunais recorridos e consequente a condenação do ora recorrente, é prova mais do que suficiente de que não respeitam os princípios procedimentais nem muito menos constitucionais”*.

À primeira vista a conduta concreta que se imputa ao órgão recorrido resulta de uma suposta utilização de provas obtidas de forma contrária às garantias constitucionais mencionadas, que logo deveriam ser fulminadas de nulidade. Uma violação que, em última instância, remete a afetação ilegítima ao direito à privacidade e à proteção específica que confere ao domicílio, à correspondência e às comunicações das pessoas, e à convocação também das disposições de direito ordinário que concretizam esses direitos e os harmonizam com interesses públicos relevantes e que foram aplicadas pelos tribunais em causa.

5.2. Contudo, embora disso não decorram necessariamente limitações cognitivas impostas a este Tribunal, o facto é que, na realidade, a norma primariamente aplicada pelo órgão recorrido decorreu na verdade da interpretação de um preceito legal em conjunto com

outro de onde extraiu a tese que utilizou para indeferir o pedido do recorrente. Trata-se do artigo 372, conforme o qual, *“antes de começar a produção da prova, o tribunal conhecerá e decidirá sobre as nulidades, exceções ou quaisquer questões prévias ou incidentais suscetíveis de obstar à apreciação do mérito da prova, acerca das quais ainda não tenha havido decisão e que possa desde logo apreciar”*.

5.2.1. Efetivamente, esta foi a norma central aplicada pelo Egrégio Tribunal para fundamentar a posição que adotou quanto à alegada nulidade de obtenção de provas por meio de métodos proibidos. Fê-lo a partir de uma hermenêutica que partiu, do ponto de vista da determinação do sentido e alcance da norma, de doutrina da lavra do jurista lusitano Paulo Pinto Albuquerque, ao qual se recorreu por o órgão judicial recorrido ter entendido que em razão da proximidade do preceito aplicável e um dispositivo do Código de Processo Penal Português, o artigo 126, podia se amparar igualmente nesses ensinamentos. Esta disposição, na interpretação adotada pelo órgão judicial recorrido, acolheria tese segundo a qual as nulidades previstas pelo número 3 relativas a situações de obtenção de provas em que há intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular deveriam ser arguidas em devido tempo para poderem ser decididas pelo tribunal de recurso, na imediata sequência da decisão do juiz de pronúncia que as admitiu, não podendo depois disso o tribunal de recurso pronunciar-se a seu respeito, por constituir caso julgado formal.

5.2.2. No seu douto arrazoado, *“O arguido alega que a busca realizada na sua residência é nula, porque feita sem o seu consentimento e sem mandado judicial. Esta norma é idêntica à norma do art. 126º do Código de Processo Penal português, que claramente lhe serviu de fonte. E, a propósito desse dispositivo a doutrina tem entendido que o regime da nulidade da prova proibida nele previsto é distinto do regime da nulidade insanável e da nulidade sanável, e que distingue dois tipos de proibição de prova: as provas fundadas na violação da integridade física e moral previstas nos nºs 1 e 2 são insanáveis. A nulidade da prova proibida que viola os direitos de privacidade previstos no nº 3 é sanável pelo consentimento do titular do direito, sendo a interdição absoluta no caso do direito à integridade pessoal, não podendo aquelas provas no processo ser valorizad[o]s no processo em nenhuma circunstância. Como vimos, o recorrente invoca a nulidade prevista no nº 3 do dispositivo legal acima transcrito relativamente à busca e à leitura do cartão do telemóvel. Ora, trata-se de questão que foi suscitada na ACP e que foi decidida, conforme se vê a fls. 333 e seguintes, não tendo o arguido interposto recurso desta decisão que consequentemente*

*fez caso julgado formal, não mais podendo ser suscitada no processo. Repare-se que, nos termos do art. 372º do CPP antes de começar a produção da prova, o tribunal conhecerá e decidirá sobre nulidades, exceções ou quaisquer questões prévias ou incidentais susceptíveis de obstar à apreciação do mérito da causa, acerca das quais não tenha ainda havido decisão e que possa desde logo apreciar[...], o que reforça a ideia de que, in casu, tendo o tribunal pronunciado especificamente sobre a nulidade suscitada, não pode a questão ser objeto de um novo pronunciamento no mesmo processo. O mesmo é dizer que, tendo o tribunal admitido aquela prova, por despacho transitado em julgado, considerando-a válida, não pode uma decisão posterior excluir essa mesma prova. É verdade que a invocada nulidade pode ser conhecida a todo o tempo, enquanto durar o procedimento. Mas, uma vez obtido o pronunciamento do Tribunal, e não havendo nenhuma impugnação pela via processualmente adequada, faz caso julgado formal, dentro do processo, não podendo mais ser discutido nesse mesmo processo”.*

5.3. Como se disse no Acórdão nº 11/2017, de 22 de junho, *Maria de Lurdes v. STJ*, Rel: JC José Pina Delgado, *Boletim Oficial*, I Série, nº 42, 21 de julho de 2017, pp. 933-950/para. 2.3.3. (2.3.3. “(...) a interpretação dessas disposições, enquanto tais, é território dos tribunais judiciais. 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.”), e reiterou-se por meio do Acórdão nº 6/2018, de 22 de março, *Adilson Danielson v. STJ*, Rel: JC José Pina Delgado, *Boletim Oficial*, I Série, nº 21, 11 de abril de 2018, pp. 495-505/p. para. 5.3.2; do Acórdão nº 10/2018, de 3 de maio, *Joaquim Wenceslau v. STJ*, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 35, 6 de junho de 2018, pp. 869-884, para. 1, e do Acórdão nº 13/2018, de 7 de junho, *Manuel Fonseca v. STJ*, Rel: JC José Pina Delgado, *Boletim Oficial*, I Série, nº 49, 20 de julho de 2018, pp. 1277-1285/ para. 4.2, que, caso tal entendimento não tivesse qualquer repercussão constitucional não faria parte dos assuntos que esta Corte pode cuidar,

considerando que a interpretação do direito ordinário que não tenha conexão diretamente constitucional escapa à competência que lhe foi atribuída pela Lei Fundamental, a qual se esgota na proteção da Constituição, dos direitos e da democracia.

Por conseguinte, o processo hermenêutico e de arrazoamento que os órgãos judiciais adotam e racionalizam, as técnicas de interpretação para determinar os preceitos de direito ordinário aplicáveis e o respetivo conteúdo e sentido se não respingam sobre as normas constitucionais, sobretudo as de direitos, liberdades e garantias, ficam completamente à margem da apreciação deste Tribunal. Contudo, neste caso, eles não lhe podem ser indiferentes porque se projetam com um potencial afetante sobre as próprias garantias fundamentais que são a base deste escrutínio porquanto aquela exegese desenvolvida pelo órgão judicial recorrido pode ter, de modo naturalmente não volitivo, lesado o direito e as garantias vertentes, desconsiderando-os na interpretação que conduz.

5.4. Precisamente porque a interpretação dos artigos em causa tem uma dimensão constitucional óbvia que decorre diretamente da força irradiadora dos direitos, liberdades e garantias sobre o ordenamento jurídico processual penal, é que a Corte Constitucional poderá pronunciar-se a este respeito, designadamente em relação ao sentido que lhe foi atribuído pelo Egrégio Tribunal recorrido, baseando-se na aceção que foi atribuída a disposição homóloga da codificação penal adjetiva lusitana.

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

Nisso foi secundada pelos representantes do povo que foram intervindo e de forma representativa já que incluíram o Deputado Jorge Silva (PTS), que registou que *“de facto, nós vemos que os anteriores Código, tanto o Código Penal como o Código do Processo Penal,*

*todos eles estavam desactualizados de acordo com os novos tempos, os novos direitos dos cidadãos à luz da Constituição e da Carta dos Direitos do Homem” (Id., p. 124); o Deputado José Manuel Andrade (PAICV) que asseverou que “São várias as importantes mudanças que o novo Código pretende imprimir e revolucionar o sistema. Dentre elas, posso salientar a pretensão de adequação aos valores e princípios do Estado de Direito Democrático” (Id., p. 125) e o Deputado Humberto Cardoso (MPD) que arrematou que “Acho que um dos aspectos que devemos realçar neste momento em que se vai dar autorização legislativa ao Governo é o da ligação do Código do Processo Penal à Constituição da República. (...). Acho que é extremamente importante que se dê ênfase a este Código do Processo Penal que só é possível porque temos a Constituição de 1992. O que vai estar no Código do Processo Penal é o que está na Constituição de 1992” (Id., p. 126). Fechando ainda a Ministra Cristina Fontes Lima com a consideração de que “Por ter esta perspectiva histórica permanente não tenho qualquer problema e por isso mesmo nesta nota justificativa está claramente plasmada que esta reforma processual penal é tributária da Constituição de 1992” (Id., p. 129).*

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

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

Não que necessariamente toda e qualquer opção específica que consta do Código de Processo Penal decorra de imposições constitucionais, mas que o sistema no seu todo é na sua estrutura e em relação à maioria das soluções, como o Tribunal já havia assumido, Direito Constitucional aplicado (Acórdão nº 25/2018, de 29 de novembro, *Arlindo Teixeira v. STJ*, Rel: JCP João Pinto Semedo, *Boletim Oficial*, I Série, nº 88, 28 de dezembro de 2018, pp. 11-21/para. 12). Seja como for, mesmo que existam exceções, seguramente uma delas não é a que respeita às nulidades de prova, o domínio central deste recurso de amparo.

5.4.1. A interpretação em larga medida depende da avaliação da extensão e do tratamento dos métodos de proibição de prova à luz do regime de nulidades adotado, portanto, em última instância, a avaliação que se lança à disposição não pode prescindir de analisar o que a própria lei processual em que se inclui o referido artigo 151 epígrafado de métodos proibidos de prova, que elenca as nulidades insanáveis, por meio da seguinte redação, dispõe que: *“Constituem nulidades insanáveis, que devem ser oficiosamente declaradas em qualquer fase do procedimento, além das que como tal forem cominadas noutras disposições legais, as que constituam violação das disposições relativas a: a) Competência do tribunal e número de juízes que o devam constituir, ou, ainda, o modo de determinar a respectiva composição; b) Iniciativa do Ministério Público no exercício da acção penal e sua participação obrigatória em actos de processo; c) Competência das autoridades e agentes policiais; d) Obrigatoriedade de presença ou intervenção do arguido e/ou do seu defensor em acto processual; e) Proibições de métodos e meios de obtenção de prova; f) Obrigatoriedade de designação de intérprete; g) Obrigatoriedade de realização de fase processual; h) Notificação da acusação, do despacho de pronúncia ou despacho materialmente equivalente; i) Publicidade da audiência; j) Casos em que cabe o emprego de forma de processo comum e, não, uma das formas de processo especial”*.

5.4.2. O trecho destacado mostra claramente que o legislador considerou explicitamente por meio da alínea e) que se refere a *“proibições de métodos e meios de obtenção de prova”*, a qual se aplica a consequência de se constituírem *“nulidades insanáveis, que devem ser oficiosamente declaradas em qualquer fase do procedimento”*. Portanto, o sentido atribuído à norma em termos da natureza da nulidade em causa independentemente do seu mérito em relação à interpretação do direito processual penal português, que o Tribunal não discute, no caso concreto de Cabo Verde não era uma opção. Não só porque do ponto de vista legal dificilmente seria sustentável, mas porque tal interpretação, já, em abstrato, e sem analisar o caso concreto, o único que interessa, dificilmente em tais condições teria qualquer hipótese de compatibilidade com as garantias constitucionais de inviolabilidade do domicílio, o segredo de correspondência ou de telecomunicações e com a que comina de nulidade a utilização de provas obtidas por essa via.

5.4.3. É que, mesmo ultrapassando outros aspetos que são essenciais na interpretação, nomeadamente a intenção do legislador e o contexto de aplicação, muitas vezes diferentes do português, ainda que se esteja perante construção normativa igual, o facto é que neste caso os preceitos que acolhem essas normas são formatados e sistematizados de modo distinto, sendo

digno de nota que o artigo homólogo do Código de Processo Penal Português, o artigo 126, estabelece efetivamente que *“são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular”*, porém, no que é relevante para esta questão preliminar, *“Constituem nulidades insanáveis, que devem ser oficiosamente declaradas em qualquer fase do procedimento, além das que como tal forem cominadas em outras disposições legais: a) A falta do número de juízes ou de jurados que devam constituir o tribunal, ou a violação das regras legais relativas ao modo de determinar a respectiva composição; b) A falta de promoção do processo pelo Ministério Público, nos termos do artigo 48.º, bem como a sua ausência a actos relativamente aos quais a lei exigir a respectiva comparência; c) A ausência do arguido ou do seu defensor, nos casos em que a lei exigir a respectiva comparência; d) A falta de inquérito ou de instrução, nos casos em que a lei determinar a sua obrigatoriedade; e) A violação das regras de competência do tribunal, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 32.º; f) O emprego de forma de processo especial fora dos casos previstos na lei”*.

Por conseguinte, estamos em presença de um sistema que não considera expressamente que a utilização de meios proibidos de prova se constituam nulidades insanáveis, ao passo que o nosso integra essa causa dentre as de cuja preterição as ensejam. Como tais, argúveis a qualquer momento e que, de modo algum contemplam espaço para renúncia de posição jurídica por parte do titular ou preclusão de direito de invocação perante tribunal com o correspondente dever de pronúncia por parte deste, devendo até ser conhecida oficiosamente, num período de tempo que somente fecha em razão de trânsito em julgado da decisão, ressalvados casos de revisão.

Não deixa de ser natural que assim seja porque não nos podemos esquecer que não se está perante uma questão ordinária, mas de uma que remete às mais básicas proteções que os indivíduos têm no Estado Liberal de Direito Democrático quando a sua liberdade de locomoção fica sujeita a restrição pela *potestas* pública. O sistema de proteção de direitos fundamentais vigente não nega que o interesse público na manutenção da segurança e na boa administração da justiça sejam importantes. Outrossim, procura assegurar a sua eficácia, mas pressupõe que essa não pode ser maximizada fora de certos limites, os quais ainda o mantenham compatível com as liberdades individuais.



Sendo assim, na arbitragem legal que se faz, naturalmente a eficácia dos meios para que o Estado possa responsabilizar criminalmente as pessoas são relevantes e devidamente colocada na balança, mas não são mais importantes do que as liberdades individuais. Na realidade, há uma prevalência não absoluta destas sobre tais interesses públicos, o que significa, desde logo, que o sistema deve ser desenhado para obrigar as autoridades públicas a preservar o regime de preferência que protege o indivíduo em detrimento do Estado, equilibrando as relações reais de poder entre um e outro, sendo representativo disso na esfera penal o artigo 35 ao acolher o princípio da presunção de inocência, que, como este Tribunal tem considerado contempla uma dimensão do princípio do *in dubio pro reo*.

Como se assevera num aresto recente adotado por unanimidade, “*Na arbitragem entre a liberdade sobre o corpo e o interesse público na realização da justiça penal, o legislador constitucional estabeleceu referências claras relativamente à prevalência, ainda que não seja de carácter absoluto, das liberdades sobre os interesse públicos, o que significa que, se dúvida houvesse sobre o sentido a atribuir à norma com base na qual foi prorrogado o prazo de prisão preventiva, então, seguramente, seria aconselhável adotar o aforismo (in dubio pro libertate), ou seja, as liberdades devem prevalecer sobre as restrições e as leis restritivas devem ser interpretadas, senão restritivamente, pelo menos sem recurso à interpretação extensiva e à analogia.*” Trecho do Acórdão nº 25/2018, de 29 de novembro, *Arlindo Teixeira v. STJ*, Rel: JCP João Pinto Semedo, Boletim Oficial, I Série, nº 88, 28 de dezembro de 2018, pp. 11-21/para. 12).

É ponto assente que, como se constata do Preâmbulo do Decreto-Legislativo do Código de Processo Penal, a “*República de Cabo Verde em Estado de Direito Democrático e que consagra, no respeitante aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, um conjunto de regras e princípios relativos ao processo criminal, de imediata aplicabilidade, que são verdadeiras injunções para o legislador ordinário. Ao mesmo tempo, e no quadro de um Estado de Direito onde o processo penal tem por fim alcançar a realização da justiça e a paz jurídica, a Constituição da República impõe ao legislador ordinário o dever de estabelecer procedimentos judiciais que assegurem a tutela efectiva e em tempo útil do cidadão contra ameaças ou violações daqueles mesmos direitos, liberdades e garantias. Ora, nessa tensão dialéctica entre o dever de assegurar em simultâneo a paz jurídica e a preservação dos direitos, liberdades e garantias, importa que um processo penal, que se queira consentâneo com os valores democráticos da era contemporânea, evite a todo o custo erigir qualquer uma*

*dessas duas obrigações em finalidade exclusivamente determinante, ou sequer dominante da sua estruturação, em detrimento da outra”.*

Aspeto que a tentativa de harmonização entre interesses públicos e direitos fundamentais que perpassa todo o Código de Processo Penal não deslustra, pois, como mencionado, esse mesmo princípio, o da presunção da inocência, serve de pilar para toda a sua arquitetura normativa, resultante como é do princípio da liberdade e da autonomia individuais e da liberdade sobre o corpo, não sendo menos relevante o valor da privacidade.

É precisamente por isso que a Constituição indica e a lei processual penal concretiza a conceção de que as provas obtidas através da intromissão abusiva na vida privada, nomeadamente no domicílio, correspondência e telecomunicações são nulas a menos que haja consentimento do titular. E é implacável em relação a qualquer comportamento do Estado que ingira em tais posições jurídicas através do desincentivo de qualquer ação neste sentido através da recusa terminante de aceitação de tais elementos probatórios, mesmo que sirvam para a realização do interesse público.

É através do ónus de apagar juridicamente tudo o que foi feito e repetir eventualmente atos processuais – como os relativos à obtenção de provas – e os julgamentos por não se ter observado garantias mínimas é que se controla a atuação do Estado. Por conseguinte, não se pode antecipar o argumento da eficácia para proteger o poder público em tais circunstâncias, ancorando-se no pressuposto de que a consagração da insanabilidade dessas normas significaria obrigar amiúde o Estado a repetir atos, já que ao arguido assistiria direito suscetível de prejudicar o interesse público de tentar obter a declaração de nulidade de provas até ao fim do processo, ou seja, até ao momento em que este transite em julgado.

Outrossim, é legítimo que o possam fazer e os órgãos que assumem poderes públicos em matéria judicial deverão conhecer dessas questões nesse período porque a sua gravidade é tão extrema e a agressão que geram primariamente ao direito à privacidade e indiretamente ao direito à liberdade sobre o corpo tão intensa que tal proteção se justifica constitucionalmente.

5.4.4. Portanto, é dentro deste contexto que se deve avaliar se efetivamente o órgão recorrido, tendo espaço hermenêutico para tanto, devia ter reservado outra interpretação às disposições relevantes, no sentido de melhor preservar os direitos subjacentes em causa, o que falece, desde logo, na primeira dimensão porque parece afastar a ideia de que se trata de nulidade insanável, pois sujeita a outro regime considerando para tanto que *“a nulidade da*

*prova proibida que viola os direitos de privacidade previstos no número 3 é sanável pelo consentimento do titular do direito, sendo a interdição absoluta no caso do direito à integridade pessoal, não podendo aquelas provas ser valorizad[a]s no processo em nenhuma circunstância”.*

Sobre este artigo a doutrina nacional já se tinha pronunciado, nomeadamente através do penalista Jorge Carlos Fonseca que estabelece as devidas distinções entre os dois sistemas ao salientar que “*Não é a circunstância de, num outro número do preceito – o n.º 3 -, se estatuir que «ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular», que cria dificuldades na caracterização do regime de tais «nulidades», como, por exemplo, surgiram face ao Código português. A verdade é que no Anteprojeto, já o artigo 150.º considera como nulidades «insanáveis», entre outras, as que constituam violação das disposições relativas a «proibições de métodos e meios de obtenção de provas»*” (Um Novo Processo Penal para Cabo Verde. Estudo sobre o Anteprojeto do Novo Código, Lisboa, AAFDL, 2003, p. 109). No mesmo sentido, a doutrina estrangeira que se ocupou da análise de institutos relevantes do Direito Processual Penal Cabo-verdiano, *máxime*, da lavra de André Lamas Leite, “Algumas Considerações do Regime Jurídico das Escutas Telefónicas em Cabo Verde”, *DeC*, n. 29, 2009, p. 46, para quem, “*Ainda mais central em toda esta problemática é o art. 178.º, n.º 4, referindo-se expressis verbis a «proibição de utilização da prova obtida» através dos métodos proibidos previstos no artigo em causa, e submetendo-a a um regime que aí se identifica: declaração oficiosa pelo tribunal em qualquer estado ou fase do processo. Fulminam-se os fatos daí resultantes com o seu puro e simples afastamento da faculdade de relevarem em sede de formação da convicção judicativa em qualquer momento do processo, seja aquando da decisão de encerramento da instrução, do despacho que põe termo à ACP ou da decisão final*”.

5.5. A questão aqui é sempre de se conciliar esta interpretação com o facto de que sem ambiguidades o artigo 151 dispõe que “*constituem nulidades insanáveis, que devem ser oficiosamente declaradas em qualquer fase do procedimento, além das que como tal forem cominadas noutras disposições legais, as que constituam violação das disposições relativas a (...) proibições de métodos e meios de obtenção de prova*”, dentre as quais se integram “*as provas obtidas mediante a intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*”, usando-se efetivamente a ressalva do

consentimento, denunciadora do reconhecimento de que se trataria de uma posição jurídica renunciável pelo seu titular.

5.5.1. Não que o Tribunal entenda que a renúncia, isto é, a autoafetação de direitos decorrente da livre expressão de vontade do próprio titular, a certas posições jurídicas dele irradiantes não seja constitucionalmente legítima, questão que se podia colocar considerando que a Lei Fundamental não explicita um regime jurídico geral a respeito dessa figura da dogmática dos direitos fundamentais.

Contudo, como se tem expressado sistematicamente, o nosso sistema não adota um modelo absolutista de proteção dos direitos, daí que as ideias de que seriam indisponíveis na sua extensão total não encontre guarida no sistema. Pelo contrário, ancorando-se no próprio direito geral à liberdade e no princípio da autonomia individual permite-se que os titulares de direitos de forma limitada possam prescindir de certas camadas de proteção dos seus direitos se isso for necessário para se concretizar finalidades legítimas relevantes, sobretudo individuais e ligadas ao livre desenvolvimento da personalidade. Porém, nestes casos estão limitadas ao preenchimento de determinadas condições complementares de legitimação, nomeadamente de que não atinjam o núcleo essencial do direito, que sejam proporcionais e que, em princípio, possam ser reversíveis- pelo menos até à execução do ato -, ao que, naturalmente, se acrescenta pressupostos implícitos de voluntariedade e de clara expressão de vontade. Se assim for, não haveria no sistema nada que impedisse os titulares respetivos de renunciar a um direito, produzindo-se assim o seu efeito de exclusão de qualquer ilicitude que, de modo contrário, emergiria não fosse esse consentimento de um ato perpetrado por terceiro – incluindo o Estado – em relação a si.

Isto é relevante, mesmo nos casos em que pontualmente a renúncia é expressamente admitida do ponto de vista constitucional, ainda que seja com formulação negativa, como acontece amiúde em sede de garantias processuais penais associadas à liberdade sobre o corpo ou à privacidade, sendo exemplo disso a fórmula do número 2 do artigo 43, segundo a qual “*Ninguém pode entrar no domicílio de qualquer pessoa ou nele fazer busca, revista ou apreensão contra a sua vontade (...)*”, ou, alternativamente, com formulações positivas, de acordo com as quais “*Não é permitida a entrada em domicílio de uma pessoa durante a noite, salvo: a) com o seu consentimento (...)*” ou a construção do número 1 do artigo 45, nos termos do qual “*É proibida a utilização dos meios informáticos para registo e tratamento de dados individuais identificáveis relativos às convicções políticas, filosóficas ou ideológicas, à fé*

*religiosa, à filiação partidária ou sindical salvo: a) mediante consentimento expresso do titular (...)*”.

Mas, mesmo quando isso acontece, essas possibilidades de renúncia claramente acolhidas pela Constituição devem conformar-se às condições de legitimação da própria figura, nomeadamente os requisitos de não-atingimento do núcleo essencial do direito e de serem estritamente proporcionais, como se poderá atestar individualmente quando se avaliar se houve ou não violação da garantia de inviolabilidade de domicílio, da garantia do segredo de correspondência e da garantia do segredo de telecomunicações.

5.5.2. Ocorre que essa renúncia, permitida pela lei, tem um tempo limitado, pois a disposição em si condiciona a possível ingerência do Estado na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações ao consentimento do titular e seguramente não serve para justificar uma preclusão de um direito a suscitar a questão pelo facto de ela ter sido decidida por um juiz de instrução. Pois, neste momento, a questão já estaria ultrapassada e as provas irremediavelmente envenenadas, ficando o arguido protegido do mesmo modo que em relação a todas as demais causas que provocam nulidades insanáveis por terem sido aquelas obtidas por meios ilícitos.

5.5.3. E obtida por meio ilícito porque qualquer evidência que seja angariado mediante intromissão na vida privada, no domicílio ou na correspondência ou nas telecomunicações e concomitantemente não tenham obtido o consentimento do titular do direito são por si proibidas, gerando nulidade insanável. Não é do facto de se inferir um consentimento implícito por não se ter recorrido de uma decisão de um juiz de pronúncia que lhe impediria por si só de suscitar a questão até ao termo do processo, até porque, como demonstram as gravações do julgamento, em diversos momentos continuou a mostrar a sua inconformação pela admissão das provas obtidas pelos meios descritos e impugnados. Neste caso, não há como alegar que houve consentimento por parte do recorrente.

Haveria muito a considerar neste particular, mas o facto é que mesmo que se aceitasse esta tese e a sua aplicação para efeitos de se determinar se o tribunal tinha o dever de conhecer da invocação das nulidades pelo recorrente, lesando o direito do recorrente ao não fazê-lo, a tese da sanabilidade de provas que violam as garantias associadas ao direito à privacidade teria como condição absoluta o consentimento do titular operador de uma renúncia a direito fundamental, que, em razão da matéria em causa e da importância das

posições jurídicas direta e indiretamente ameaçadas, havia de ser expressa. Aliás, a interpretação que se lançou ao artigo, mesmo que, por hipótese, levasse ao resultado a que se chegou, não poderia – o que é relevante para a salvaguarda dos direitos em causa – prescindir do que taxativamente estabelece o número 4 do artigo 151, conforme o qual “*a proibição de utilização da prova obtida pelos métodos referidos no presente artigo poderá ser declarada oficiosamente pelo tribunal, em qualquer estado ou fase do processo*”. Por conseguinte, mesmo que aquela fosse uma interpretação conforme a Constituição à disposição aplicada pelo órgão judicial recorrido determinaria que tendo o mesmo tomado – como tomou – conhecimento de situação de condenação penal estribada em prova obtida por meios proibidos o declarasse oficiosamente, podendo fazê-lo enquanto o processo estivesse a decorrer.

5.6. No entanto, o argumento de base do Egrégio Tribunal recorrido não se prende só no facto de a nulidade em causa ser uma nulidade sanável. O Supremo Tribunal de Justiça arrazoou adicionalmente que se terá formado um caso julgado formal pelo que a mesma já não poderia ser alvo de uma nova decisão. Na parte relevante a Egrégia Corte alega essencialmente o seguinte: “*Ora, trata-se de questão que foi suscitada na ACP e que foi decidida, conforme se vê a fls. 333 e seguintes, não tendo o arguido interposto recurso desta decisão que consequentemente fez caso julgado formal, não mais podendo ser suscitada no processo. Repare-se que, nos termos do art. 372º do CPP antes de começar a produção da prova, o tribunal conhecerá e decidirá sobre nulidades, excepções ou quaisquer questões prévias ou incidentais susceptíveis de obstar à apreciação do mérito da causa, acerca das quais não tenha ainda havido decisão e que possa desde logo apreciar[...], o que reforça a ideia de que, in casu, tendo o tribunal pronunciado especificamente sobre a nulidade suscitada, não pode a questão ser objeto de um novo pronunciamento no mesmo processo. O mesmo é dizer que, tendo o tribunal admitido aquela prova, por despacho transitado em julgado, considerando-a válida, não pode uma decisão posterior excluir essa mesma prova. É verdade que a invocada nulidade pode ser conhecida a todo o tempo, enquanto durar o procedimento. Mas, uma vez obtido o pronunciamento do Tribunal, e não havendo nenhuma impugnação pela via processualmente adequada, faz caso julgado formal, dentro do processo, não podendo mais ser discutido nesse mesmo processo.*”

5.6.1. Como os raciocínios são apresentados de forma contínua, esta segunda consideração decorre da primeira, sendo então de se ver se a disposição e as consequências jurídicas que lhe são atribuídas conformam-se com o carácter de nulidade insanável decorrente

da utilização de meios proibidos de prova, nomeadamente as que decorram de ingerência abusiva na vida privada: no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

5.6.2. O raciocínio do órgão recorrido fundamenta-se essencialmente no artigo 372 que impede ao juiz de julgamento de conhecer e decidir sobre nulidades, exceções ou quaisquer questões prévias ou incidentais suscetíveis de obstar à apreciação do mérito da causa, acerca das quais já tenha havido decisão por parte do tribunal. Ora, atentando a este artigo em concreto pareceria e ter razão o Supremo Tribunal de Justiça, na medida em que de facto tudo indica a formação de um caso julgado formal, pelo que o recorrente teria necessariamente que recorrer desta decisão específica o que não fez. Assim não restaria ao tribunal recorrido outra alternativa que não fosse a de não conhecer e decidir sobre a alegada nulidade em causa, mesmo considerando-a uma nulidade insanável, precisamente porque não subsistiria do ponto de vista da norma legal que interpretam qualquer espaço hermenêutico suscetível de ser preenchido.

5.6.3. No entanto, as coisas não são assim tão claras, até porque estamos a laborar no seio de normas jurídicas notoriamente porosas, é exigível do intérprete e aplicador da lei um esforço hermenêutico redobrado, de modo a conseguir levar a cabo a interpretação que melhor considera os preceitos constitucionais aplicáveis, especialmente os de direitos, liberdades e garantias.

5.6.4. Desde logo, porque tal condicionamento, na medida em que se aplique, somente limitaria a cognição do juiz de julgamento, não do juiz de recurso; segundo, e fundamentalmente porque, mais uma vez, a interpretação que retira um efeito de preclusão de direito a suscitação e concomitante dever de o Tribunal conhecer da questão *ex officio* ou mediante impulso do recorrente não pode ser obstada pelo facto de se tratar, na realidade, de uma nulidade insanável que pode ser conhecida até ao trânsito em julgado da sentença.

5.6.5. A utilização de prova proibida não poderia produzir esses efeitos, nomeadamente porque uma interpretação nesse sentido vulneraria de forma acentuada as garantias invocadas à proteção do domicílio, da correspondência e das telecomunicações, assim violando a privacidade do titular do direito.

5.6.6. Além do mais, neste particular, fica claro que ele ainda teria, para efeitos de reagir nos termos adotados pela hermenêutica do órgão recorrido que se confronta com outra norma que não pode ser descurada decorrente da alínea d) do número 1 do artigo 437 do

Código de Processo Penal, de acordo com a qual “1. Não será admissível recurso, para além de outros casos previstos expressamente na lei: (...) d) Do despacho que tiver pronunciado o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público;”. Pelo que nestes termos e atendendo a este preceito legal um despacho de pronúncia não seria passível de recurso. Deste modo, o recorrente jamais poderia impugnar a decisão que avaliou a questão prévia da nulidade dos métodos de obtenção de prova, só o podendo eventualmente sindicá-la impugnando a decisão final que veio a aplicar essas provas e a condená-lo, como aliás fez na sua petição que dirigiu ao egrégio tribunal recorrido.

5.7. A recusa do Supremo Tribunal de Justiça em conhecer é resultado aparente de uma construção hermenêutica no sentido de se considerar que nos casos em que os despachos que tiverem pronunciado o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público, tiverem conhecido, apreciado e decidido a respeito de nulidades, exceções ou quaisquer questões prévias ou incidentais suscetíveis de obstar à apreciação do mérito da causa, mormente nulidades relativas aos métodos proibidos de obtenção de prova, são impugnáveis, sendo portanto uma exceção à alínea d), do número 1 do artigo 437º, só não sendo possível a sua impugnação nos restantes casos.

5.8. Todavia, uma outra interpretação destas duas disposições legais seria mais conforme à Constituição e ao regime processual penal que foi criado, na medida em que não há muita margem para que se possa considerar que o despacho que tiver pronunciado o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público seja recorrível, mas, mesmo que fosse, não poderia, de forma razoável, gerar um caso julgado formal, pelo que o Supremo Tribunal de Justiça deveria conhecê-la e decidir sobre elas. Primeiro, porque tal efeito não pode ser imposto às nulidades insanáveis já que, neste caso, haveria atingimento das garantias fundamentais ligadas ao direito à privacidade, e, ainda, adicionalmente, porque aparentemente o próprio sistema é construído no sentido de ele não ser recorrível neste momento.

5.9. Portanto, na opinião deste Tribunal o egrégio órgão judicial recorrido ao considerar que se estava perante nulidade sanável decidida pelo juiz de instrução com constituição de caso julgado formal e, assim, insuscetível de ser apreciada pelo órgão de recurso, atribui um sentido interpretativo à norma que viola as garantias de proteção do domicílio, da correspondência e das comunicações. Precisamente porque produz o esvaziamento completo dessas garantias, de tal sorte que atingiria inevitavelmente o seu núcleo essencial respetivo.



5.10. Dito isto, o Tribunal já se pronunciou em vários arestos que no escrutínio de amparo que se deve aplicar à conduta do órgão recorrido o que se deve fazer é averiguar se no caso concreto este levou na sua operação hermenêutica em devida consideração os direitos, liberdades e garantias do recorrente, pelo que o Tribunal na hipótese de responder positivamente recusará o amparo, concedendo-o, entretanto, em caso negativo (v. Acórdão nº 8/2018, de 25 de abril, Arlindo Teixeira v. STJ, Rel: JC José Pina Delgado, *Boletim Oficial*, I Série, nº 88, 28 de dezembro de 2018, pp. 11-21/para. 12). No entanto, casos existem em que a única interpretação possível das normas aplicáveis à situação concreta leva a uma situação de desconsideração dessas posições jurídicas fundamentais. Nesse tipo de caso, não se pode imputar a conduta ao Tribunal judicial, na medida em que o mesmo fez a única interpretação possível e aplicou-a à situação concreta (Acórdão nº 11/2017, de 22 de junho, Maria de Lurdes v. STJ, Rel: JC José Pina Delgado, *Boletim Oficial*, I Série, nº 42, 21 de julho de 2017, pp. 933-950/para. 2.3.5, e Acórdão nº 22/2018, de 11 de outubro, Martiniano v. STJ, Rel: JC José Pina Delgado, *Boletim Oficial*, I Série, nº 76, 22 de dezembro de 2018, pp. 1824-1835/para. 5. e 6).

Assim, se porventura esse sentido da norma for inconstitucional ou a sua constitucionalidade for duvidosa, o mecanismo legal à disposição do recorrente adequado para fazer valer as suas pretensões não seria o recurso de amparo, mas sim um recurso de sindicância de normas, nomeadamente o da fiscalização concreta da constitucionalidade (Acórdão nº 11/2017, de 22 de junho, *Maria de Lurdes v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, p. 948; Acórdão nº 15/2017, de 22 de junho, *INPS v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 35, 6 de junho de 2018, pp. 844-856/p. 850). Todavia, quando relativamente às normas potencialmente aplicadas ao caso concreto for possível mais do que um caminho hermenêutico, como parece ser o nosso caso, o órgão judicial tem que pender pela interpretação que, em concreto, melhor considere os direitos, liberdades e garantias, sob pena de lesar essas posições jurídicas fundamentais com a sua conduta, o que levaria, em última instância, à concessão do competente amparo ao recorrente por este Tribunal.

5.10.1. Nestes termos, perante essas diferentes vias interpretativas, cabe à Corte Constitucional avaliar e decidir se se impunha, face aos circunstancialismos concretos do caso, outra exegese que permitisse a salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias do recorrente, mormente as garantias da inviolabilidade do domicílio, e as reservas de correspondência e de telecomunicações associadas pelos motivos expostos à reserva da vida privada.

5.10.2. Assim sendo, não será difícil de se considerar distinta interpretação relativamente aos meandros do caso concreto, seria o processo hermenêutico segundo o qual haveria a possibilidade, não obstante o recorrente não ter interposto recurso contra o despacho de pronúncia, do Tribunal recorrido conhecer e decidir sobre a eventual nulidade insanável que diz respeito aos métodos de obtenção de provas. Não parece, portanto, que a interpretação em que o Supremo Tribunal de Justiça se baseou para negar provimento ao recurso do recorrente considerou esta possibilidade. Ao contrário, embora a argumentação interpretativa deste órgão tenha os seus fundamentos, bastante persuasivos por sinal, ela não considera, ou pelo menos não considera como devia, essas posições jurídicas do recorrente, na medida em que adota uma posição que impede uma análise de mérito sobre possível violação de direitos, liberdades e garantias que nas palavras expressivas da *Lex Suprema* são reconhecidos como invioláveis pelo Estado, que a se verificar é sancionada pela lei como nulidade insanável.

5.10.3. Parece sem sombra para dúvidas que o regime normativo aplicável permitia salvaguardar esses direitos atendendo que da disposição aplicável não resultaria necessariamente a tese da não invocabilidade e da consequente impossibilidade de conhecimento destas questões por parte do tribunal de recurso, da possibilidade de elas serem conhecidas oficiosamente, da consideração que a própria lei estabelece que o despacho que pronuncia o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público é irrecorrível, mesmo quando conhece e decide questões prévias e nulidades, como aconteceu no caso concreto. Assim, não se poderia ter formado um caso julgado formal, ou mesmo que o tivesse formado relativamente ao tribunal de julgamento, não poderia ter esse efeito em relação ao Supremo Tribunal de Justiça, pois, como o Tribunal já considerou no caso *Alexandre Borges v. STJ*, Acórdão 24/2018, de 13 de novembro, Rel: JC Pina Delgado, publicado no BO, I Série, n. 88, 28 de dezembro de 2018, pp. 2132-2157, para. 3.4.5, em matéria de nulidades insanáveis, o órgão de recurso só não pode conhecer de factos que impliquem com efeitos de *reformatio in pejus*, não estando vedado ao seu conhecimento questões que determinam uma *reformatio in melius*.

Aliás neste caso, por ser uma questão extremamente sensível, que põe em causa direitos fundamentais, possivelmente violados pelo Estado, facto que a Constituição e a Lei não toleram, sancionando tais condutas com nulidade insanável e considerando que provas obtidas por esses meios não deveriam ser aceites em caso algum.

Não se discute que a proibição de prova pode sacrificar a descoberta da verdade processual, tendo em conta que a prova proibida não pode ser utilizada para a formação da convicção do julgador, sendo certo que, amiúde, a prova proibida afigura-se como a única relevante para a fundamentação da decisão.

Todavia, a busca da verdade, a realização da justiça, enquanto tarefa fundamental do Estado, não é um valor absoluto. Por conseguinte, numa sociedade livre e num Estado de Direito, a verdade não pode ser perseguida, usando quaisquer meios, mas tão-só através de métodos justos e lícitos, e meios legalmente admissíveis.

A nulidade das provas obtidas pelos meios ilícitos previstos no n.º 8 do artigo 35.º da Lei Fundamental, baseia-se no relevo que se confere à dignidade da pessoa humana, tendo sido expressamente reconhecido nos termos do n.º 1, do artigo 1.º da *Suprema Lex*. A dignidade da pessoa humana com o sentido que lhe foi atribuído por esta Corte Constitucional através de um dos seus Acórdãos (Acórdão n.º 7/2016, de 21 de abril, *Fiscalização Sucessiva Abstrata da Constitucionalidade da norma do número 2 do artigo 9, da Lei n.º 90/VII/2011, de 14 de fevereiro*, Rel: JC Pina Delgado, *BO*, I Série, n.º 35, 10 de maio de 2016, pp. 1224-1251, para. 2.3). Ou seja, a dignidade da pessoa humana enquanto valor que se sobrepõe ao próprio Estado, não consente que a pessoa possa ser considerada como se de objeto se tratasse ou instrumentalizada, ainda que seja para a consecução de fins legítimos.

Não há dúvida que o arguido é instrumentalizado quando se utiliza uma prova obtida em franca violação ao seu direito à liberdade, nomeadamente, através de abusiva intromissão na correspondência, nas telecomunicações, no domicílio.

A cominação com nulidade com que são sancionadas as provas obtidas pelos meios acima referidos, releva não só do ponto de vista jurídico-processual, mas sobretudo da sua dimensão material-substantivo, na medida em que reforça as garantias asseguradas ao direito geral à privacidade. Por outro lado, essas garantias constituem bens jurídicos recebidos também pelo Código Penal e cuja violação é punível nos termos dos artigos Artigo 162 (Tortura e tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos); Artigo 180 (Introdução em casa alheia); Artigo 182 (Violação de domicílio profissional em casos especiais); Artigo 183 (Atentado à intimidade da vida privada); Artigo 189 (Violação de segredo de correspondência ou de telecomunicações) do CP. Permitir que o Estado pudesse utilizar provas obtidas por essa via para condenar uma pessoa seria um atentado à dignidade humana, visto que a pessoa seria

degradada em mero objeto ou instrumento com o objetivo de justificar uma finalidade legítima, a realização da justiça.

A realização da justiça do caso é um valor constitucional, mas não é um valor absoluto, que possa ser perseguido por quaisquer formas. Um Estado de Direito, que reconhece a dignidade da pessoa humana e que, por conseguinte, deve guiar-se pelo princípio da lealdade, não pode permitir-se socorrer de meios que proíbe, de condutas que criminaliza, para perseguir e condenar pessoas. Pois, os fins não justificam os meios.

Pese embora em contexto, pois referente a escrutínio de ato ainda mais grave (tortura), e fixado em ambiente muito mais difícil que o que temos em mãos (terrorismo), vale lembrar as icônicas palavras do então Juiz Presidente da Suprema Corte de Israel, Aharon Barak, em voto de sua autoria: *“A Autoridade para conduzir interrogatórios, como qualquer poder executivo, é concebido com um propósito específico e deve ser exercido em conformidade com os princípios básicos de um regime democrático. Ao desenvolver as regras relativas a interrogatórios dois valores colidem. Por um lado, encontra-se o interesse de descobrir a verdade, em conformidade com o interesse público de expor e combater o crime. De outro lado a necessidade de se proteger a dignidade e liberdade do indivíduo sob interrogatório. Dito isto, esses valores não são absolutos. Sociedades amantes da liberdade não aceitam que os investigadores possam usar todos os meios com a finalidade de descobrirem a verdade. Há momentos que o preço da verdade é tão alto que uma sociedade democrática não está disposta a pagá-lo/Indeed, the authority to conduct interrogations, like any administrative power, is designed for a specific purpose, and must be exercised in conformity with the basic principles of the democratic regime. In setting out the rules of interrogation, two values clash. On the one hand, lies the desire to uncover the truth, in accord with the public interest in exposing crime and preventing it. On the other hand is the need to protect the dignity and liberty of the individual being interrogated. This having been said, these values are not absolute. democratic, freedom-loving society does not accept that investigators may use any means for the purpose of uncovering the truth. At times, the price of truth is so high that a democratic society is not prepared to pay”* (Public Committee Against Torture in Israel v. The State of Israel and the General Security Service, reproduzido em *Judgements of the Israel Supreme Court. Fighting Terrorism Within the Law*, Jerusalem, The Israel Supreme Court/The Ministry of Foreign Affairs, s.d., v. I, p. 42).

E, sobretudo, a conclusão que tira de que é “*o destino das democracias – elas não terem todos os meios como aceitáveis e as vias dos seus inimigos nem sempre lhe são permitidas. Uma democracia, por vezes, deve lutar com uma mão atrás das costas. Ainda assim, uma democracia prevalece. O Império do Direito e as liberdades individuais constituem componentes importantes do seu entendimento sobre a segurança. Em última instância, eles reforçam o seu espírito e força e permitem que ultrapasse as suas dificuldades/This is the destiny of a democracy—it does not see all means as acceptable, and the ways of its enemies are not always open before it. A democracy must sometimes fight with one hand tied behind its back. Even so, a democracy has the upper hand. The rule of law and the liberty of an individual constitute important components in its understanding of security. At the end of the day, they strengthen its spirit and this strength allows it to overcome its difficulties*” (Ibid., p 55).

Nestes termos, o Supremo deveria levar essas atividades hermenêuticas em consideração e adotado uma interpretação que salvaguardasse essas posições jurídicas.

5.11. Esta conclusão seria suficiente para se adotar um amparo, pois consubstancia-se numa determinação de violação dos direitos invocados pelo recorrente no tocante ao não conhecimento das alegações de obtenção de provas através de meios ilícitos por já terem sido decididas pelo juiz de instrução, sem que o recorrente tivesse reagido a tempo, impugnando-as perante o órgão judicial competente. Resta avaliar se o Tribunal deve parar por aqui ou se poderá também escrutinar se efetivamente houve violação desses direitos pelo facto de o órgão recorrido não ter alterado a decisão do juiz de instrução que não declarou nulas as provas obtidas por tais meios.

5.11.1. Relativamente às nulidades invocadas, nomeadamente em relação das buscas domiciliárias e a violação da comunicação nem o Tribunal de Julgamento nem o Supremo Tribunal de Justiça decidiram sobre ela, na medida em que ambos consideraram que não o podiam fazer, uma vez que a mesma já havia sido objeto de decisão do juiz de pronúncia e não foram objeto de recurso. Nesta conformidade, o órgão recorrido, considerando genericamente as nulidades invocadas em relação a métodos proibidos de obtenção de provas, chegou a conclusão cuja parte relevante já transcrevemos supra, considerando essencialmente que, tendo a questão sido decidida no despacho de pronúncia, o recorrente tinha necessariamente que a impugnar, pelo que não o tendo feito, não pode conhecê-la.

5.11.2. Como já analisado acima esta argumentação da egrégia corte, embora tenha os seus fundamentos, não considera adequadamente a força irradiadora dos direitos, liberdades e garantias em causa, pois existia uma outra operação hermenêutica que poderia perfeitamente ter sido levada a cabo pelo tribunal *a quo*, no sentido de este conhecer essas eventuais nulidades e decidir sobre elas. Assim, como se considerou acima, tendo o órgão recorrido a oportunidade de conhecer e decidir sobre esta nulidade, mas não o tendo feito, cabe agora ao Tribunal conhecer essa nulidade, decidindo sobre elas.

5.11.3. Como consequência da posição que adotou, o órgão judicial recorrido confirmou a condenação do arguido, estribando-se, dentre outros, nas provas que alegadamente foram obtidas de modo a invadir abusivamente o domicílio, a correspondência e as comunicações do recorrente, pois entende que *“estão demonstrados os contactos telefónicos entre o recorrente e o arguido Ayo enquanto procedia a recolha de mala que continha a droga, sendo certo que a alegação de que tinha cedido o telemóvel a um tal Jack, nunca encontrado não merece credibilidade do tribunal, sendo certo que o arguido não nega que o número de telemóvel lhe pertencia, de modo que improcedem todas as conclusões do recurso, mostrando-se a pena ajustada, não merecendo reparos”*, o que justifica que se lance escrutínio destinado a apurar se nessa empreitada hermenêutica em que confirma em larga medida a decisão adotada pelo juízo de instância, lesou os direitos, liberdades e garantias mencionados.

6. Ultrapassado este quesito urge agora entrar no fundo da questão, conhecer, avaliar e decidir se a primeira nulidade de prova invocada pelo recorrente, que, de acordo com a lei processual cabo-verdiana, segue o regime de nulidade insanável, portanto invocável em qualquer fase do procedimento, procede ou não, e se houve, neste particular, vulneração da garantia de inviolabilidade de domicílio.

6.1. No caso concreto, os dados são estes: o documento de ff. 28-31, mostra que foram realizadas buscas no domicílio do Senhor *Judy Ike Hills* no dia 30 de junho de 2015, e foi autorizada por um Inspetor da Polícia Judiciária, e executada por outros profissionais dessa reputada instituição de investigação criminal. Acompanhada pela esposa do recorrente e por Sofia Tavares de Pina Garcia, foram sido apreendidos passaportes, cadernetas bancárias, cartões sanitários, carteiras profissionais, máquinas fotográficas, telemóveis, um ‘*tablet*’, canetas de acesso à rede web, talões de depósito, levantamento e transferência, extratos

bancários, pedidos de visto, documentos vários intactos e em pedaços, números de telefone, uma caixa de papelão e vários outros itens.

6.1.1. No Relatório Intercalar de ff 32 justifica-se a operação com base na ideia de um aproveitamento da entrega controlada que se efetiva às portas do domicílio do recorrente, para também *“encontrar mais elementos de prova, conforme consta do auto de apreensão”*.

6.1.2. A primeira vez que se consegue detetar nos autos uma autorização para a realização de buscas domiciliárias é por meio de um despacho do punho de ilustre magistrada judicial de 13 de julho, mas referia-se a um novo pedido feito pelo Ministério Público em relação a outra residência de um dos arguidos, mas neste caso a de Ayo Abel Obire. O que aconteceu e consta das ff. 60-62, é a sua validação conforme a seguinte argumentação *“Atendendo à condições em que se deu a detenção, considera-se que efetuou-se em flagrante delito, por autoridade competente, dentro da situação tipificada, e, tendo o arguido sido apresentado em juízo no prazo legal, a mesma é de se validar nos termos dos arts. 266 e 264, al. a) ambos do CPP. Valido as apreensões e a busca realizada à residência do 2º arguido, nos termos do nº 3 do artigo 237 a 234, nº 4, al) b) e 5, ambos do CPP”*.

6.1.3. Portanto, mesmo sendo matéria que determinaria uma nulidade insanável em razão do método e meio de prova, o facto é que não se pode desconsiderar que em sede de audiência preliminar de julgamento em que se impugnou um conjunto de provas atendendo à forma ilícita com que alegadamente terão sido obtidas, a juíza que presidiu à mesma teve a oportunidade de se pronunciar. E fê-lo em relação à inviolabilidade do domicílio nos seguintes termos: *“A realização de busca na decorrência de detenção em flagrante delito da prática de um crime de tráfico de produto estupefaciente pode ser realizada desprovida da autorização judicial por órgão da polícia criminal quando ainda haja fundado motivo para crer que a demora pode representar grave perigo conforme estatui a alínea a) do n.º 4 do artigo 234º conjugado [com o] n.º 3 do artigo 238º do C.P.P., estabelece-se aqui uma exceção ao regime jurídico da autorização judicial prévia ou do consentimento do visado, já que a gravidade e celeridade dos interesses a proteger, com o consequente perigo social e colectivo, se não compadecem com a demora de obtenção da autorização ou consentimento, sobrelevando aqueles ao valor individual de inviolabilidade do domicílio, e a intervenção judicial a posteriori ao acto consumado de busca é apenas homologatória. No caso vertente a realização da busca ao domicílio do arguido Judy preenche os requisitos constantes dos artigos supracitados, e ainda foram validados pelo Juiz, conforme se depreende do despacho*

de fls. 60, nos termos da imposição do n.º 5 do artigo 234º do CPP. Pelo que a busca ao domicílio do arguido Judy Hills não está ferida de qualquer ilegalidade ou nulidade, tendo sido procedido [sic] dentro dos limites legais determinados pelos artigos 234º, n.º 4, al. c) e n.º 5 e 238º, n.º 3 do CPP”.

6.2. Mesmo entendendo que, em abstrato, se está perante uma situação em que vige um princípio da autorização judicial, pois é o que decorre da própria lei ordinária aplicável, que no número 2 do artigo 234 dispõe que *“quando houver indícios de que os objetos referidos no número anterior [na parte relevante: “(...) objetos relacionados com o crime ou que possam servir de prova (...)] ou o arguido ou outra pessoa que deva ser detida, se encontram em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, é ordenada busca”*, continuando-se no número seguinte a prescrever que *“as revistas e as buscas serão autorizadas ou ordenadas pela autoridade judiciária competente”*. Contudo, com o legislador a incluir algumas exceções, nomeadamente, na perspetiva de que se ressalva *“da exigência contida no número anterior as revistas e as buscas efetuadas por órgão de polícia criminal nos casos de: a) crimes de terrorismo, organização criminosa ou punível com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 8 anos, praticado com violência ou ameaça de violência, ou, ainda, de suspeitos em fuga iminente; b) haver fundado motivo para crer que a demora pode representar grave perigo imediato para a vida, a integridade física, a liberdade ou a subsistência do Estado de Direito constitucionalmente protegido”*. E arremata-se para completar o regime geral que *“Nos casos abrangidos pela segunda parte do número 4, a realização da diligência será, sob pena de nulidade, imediatamente comunicada ao juiz competente e por este apreciada em ordem à sua validação”*.

6.2.1. Disto resulta naturalmente a obrigação de se analisar a questão concreta *sub judice* de tal forma a se averiguar se nesta situação estaríamos perante um caso subordinado ao princípio geral, nos termos do qual para que a busca seja válida é mister a existência de autorização prévia da autoridade judiciária competente ou se, pelo contrário, a situação comportaria uma exceção a este princípio, permitindo, portanto, que a busca fosse feita por órgão de polícia criminal como efetivamente aconteceu. Como referenciado tais exceções estão elencadas no número 4 do preceito acima transcrito. Ora, não se afigura, como naturalmente se entende, que, de acordo com os moldes da situação sob análise, se esteja perante um caso de terrorismo ou de organização criminosa e ainda que o crime seja punível com pena superior a 8 anos, não foi praticado com violência, ameaça de violência, não se tratando igualmente de situação a envolver suspeitos em fuga iminente. Muito menos se revela



evidente que haja um fundado receio para crer que a demora pode representar grave perigo imediato para a vida, a integridade física, a liberdade ou a subsistência do Estado de Direito constitucionalmente protegido. Pelo que nos termos gerais a solução mais lógica seria a de se considerar que se está perante situação em que vigora o princípio de autorização judicial da busca.

6.2.2. Entretanto, especificamente a situação – busca domiciliaria – encontra a sua base normativa de regulação no artigo 238 do CPP que tem redação nos termos segundo os quais *“1. A busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada só poderá ser ordenada ou autorizada pelo juiz. 2. Não é permitida a busca no domicílio de uma pessoa antes das sete nem depois das vinte horas, salvo: a) Com o seu consentimento; b) Para prestar socorro ou em casos de desastre ou outros que configurem estado de necessidade nos termos da lei; c) Em flagrante delito, ou com mandado judicial que expressamente a autorize, em casos de criminalidade especialmente violenta ou organizada, designadamente, de terrorismo, tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes. 3. O despacho judicial que ordenar as buscas domiciliárias nocturnas deverá explicitar com clareza os factos e as circunstâncias que especialmente as motivam. 4. As buscas domiciliárias nocturnas determinadas nos termos da alínea c) do número 2 deverão ser presididas por um magistrado do Ministério Público, salvo quando a lei processual penal imponha a presença de magistrado judicial. 5. As buscas domiciliárias poderão também ser ordenadas pelo Ministério Público ou ser efectuadas por órgãos de polícia criminal em caso de detenção em flagrante delito, ou para prestar socorro”*.

Antes de se prosseguir com a análise relativa à verificação das condições de validade da busca domiciliaria, necessário é que se teça um comentário importante em relação ao próprio conceito de domicílio, na medida em que é expressão que tem significado ambíguo e cujo sentido muitas vezes depende da própria área de direito que esteja a considerar. Assim, o conceito de domicílio em Direito Constitucional ou em Direito Processual Penal pode não coincidir com o sentido que o mesmo pode assumir no âmbito de outro ramo de direito, mormente do Direito Civil. Aliás, parece que tudo aponta para esta ideia, uma vez que se recorrermos ao artigo 80 do Código Civil Cabo-verdiano encontraremos noção segundo a qual o domicílio de uma pessoa se equipara ao lugar da sua residência habitual. Nestes termos, uma segunda casa em que a pessoa não reside habitualmente, que se encontra fechada e em que só se dirige para a mesma para passar férias ou fins de semana dificilmente seria domicílio nos termos do Direito Civil.

Já o Código de Processo Penal utiliza, no seu artigo 238, número 1, os termos “casa habitada” ou uma “sua dependência”. A diferença relativamente ao Direito Civil é notória, uma vez que em termos penais o domicílio não se restringe à residência habitual de uma pessoa, mas a qualquer casa habitada, estendendo-se igualmente para qualquer lugar que esteja em sua dependência. No entanto, o legislador continuou utilizando expressões ambíguas, de pouca precisão, quais sejam os vocábulos “casa” e “habitada”.

A *Lex Suprema*, por seu turno, utiliza a expressão domicílio, no entanto, sem nunca precisar o seu conteúdo, não significando isto, contudo, que não seja possível recortar o seu conceito constitucional. Naturalmente, para os efeitos pretendidos no âmbito do caso concreto, a noção de domicílio terá que ser necessariamente depreendida da própria Constituição, pelo que o artigo 238 deverá ser interpretado de acordo com o sentido constitucional, não podendo ser interpretado jamais no sentido de restringir a garantia da inviolabilidade do domicílio sob pena de violação da Lei Fundamental, *máxime* do número 2 do artigo 17.

Quando os atos institutivos da Comunidade Política não indicam o sentido da expressão que utiliza, o que acontece quase sempre, tendo em conta a natureza deste instrumento jurídico, na medida em que não é próprio da Cartas Magnas definirem os termos que utilizam, a regra geral é a de que, essencialmente quando se está perante normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias, cada expressão deve ser entendida na máxima extensão fática e juridicamente possível, de tal forma a projetar, de modo abrangente, a proteção ao direito e, segundo, que, geralmente, o sentido utilizado pela *Magna Carta* corresponde à aceção político-jurídico e fundacional dos vocábulos que utiliza.

Comumente o domicílio reconduz primeiramente à ideia de um espaço físico. Tendo em conta a natureza do direito subjacente à garantia de inviolabilidade do domicílio, especificamente o direito geral do indivíduo à privacidade, a estar só, a desenvolver livremente a sua personalidade em ambiente privado e familiar sem a intromissão invasiva de terceiros, especialmente do Estado, a ideia que surge é que este espaço físico ou pelo menos um ou mais compartimentos seus devem desde logo ser vedados ao público. Por outras palavras, o domicílio, nos termos da Constituição seria sempre um espaço físico privado, vedado a terceiros, em que estes só entrariam quando munidos do respetivo consentimento do titular de direito, devendo em princípio absterem-se de toda e qualquer entrada invasiva.

Um juiz de um outro ordenamento jurídico, ao dizer que normalmente as cláusulas de proteção do domicílio não visam bem proteger o espaço em si, mas as pessoas e a sua privacidade (*“protects people, not places”*) (*Katz v. United States*, United States Reports, Potter Stewart, v. 389, 1967, p. 351). Neste sentido, diz-nos Jorge Carlos Fonseca, “A intervenção dos Órgãos de Polícia Criminal no Processo Penal de Cabo Verde: Condicionismos e Limite”, pp. 453-454, que a inviolabilidade de domicílio está ligada “*ao direito à inviolabilidade pessoal, sendo de considerar o domicílio como “projecção espacial da pessoa”*”.

Assim, o domicílio tem um sentido amplo, abarcando várias situações fáticas, não se associando unicamente à residência habitual como nos termos civis, mas abrangendo também outros tipos de residência, como a residência ocasional (um quarto de hotel por exemplo ou uma casa de férias) e outros lugares de morada como tendas e roulottes, podendo-se estender ainda a outros espaços, mesmo que sejam locais de trabalho, desde que também nestas hipóteses, exista alguma expectativa de privacidade, a avaliar sempre casuisticamente.

Estende-se ainda a outros espaços dependentes dos acima indicados, como garagens, quintais, sótãos, casas de campo ou praia para efeitos de lazer ou férias, etc. Esses são espaços em que o indivíduo sem a intromissão dos poderes públicos procura desenvolver livremente a sua vida privada e familiar, praticando atos ou fazendo coisas, nomeadamente seus hábitos privados, que não quer que sejam do conhecimento público, guardando documentos ou coisas pessoais e íntimas, pelo que a garantia da inviolabilidade do domicílio deve se estender naturalmente e na mesma intensidade a qualquer um desses espaços. Qualquer intromissão sem o consentimento do titular do direito, nomeadamente quando interesses públicos relativos à segurança e à realização de justiça assim o exigiu, deve ser feita nos estritos termos da Constituição e da Lei, o que se vai analisar de seguida. As normas desenhadas para proteger o domicílio na Lei Fundamental são garantias fundamentais construídas como regras constitucionais, portanto cuja porosidade é bem menor do que a generalidade das restantes normas com igual valor. Não obstante, na sua redação, já nos indicam que podem ser limitadas de alguma forma, não só em razão da escolha livre e voluntária do seu titular, portanto por renúncia, como igualmente por restrição operada pelo poder legislativo ordinário, e, já agora, por suspensão. A disposição base deste segmento não só faz referência à possibilidade de a lei intervir, como permite explicitamente a entrada em casos de flagrante delito, desastre e para prestar socorro, portanto em situações reconduzíveis ao estado de necessidade.

O problema é que o legislador foi além da regra, porque, pelo menos de modo explícito, esta permite que a lei restrinja, mas no sentido de regular o modo como o mandado judicial é emitido, nomeadamente as formalidades necessárias, a sua abrangência temporal, espacial e circunstancial, etc. Porém, em nenhum momento dela resulta que outra entidade que não seja o juiz poderá, fora dos casos indicados como exceção, autorizar a ingerência no domicílio das pessoas.

É verdade que neste tipo específico de busca a enunciação geral continua sendo a de que para que se possa realizá-la em domicílio a exigência legal é a de que tem que haver autorização da entidade judiciária competente, neste caso o juiz, ao impor que a busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada só poderá ser ordenada ou autorizada pelo juiz. Todavia, esta regra geral comporta exceções, *máxime*, a prevista no número 3 da mesma disposição que permite que a busca possa ser ordenada pelo Ministério Público ou efetuada por órgão de Polícia Criminal em caso de flagrante delito, que remete, em última instância para uma das exceções previstas pela Constituição através do número 2 do artigo 43.

Como assevera Jorge Carlos Fonseca, “O Novo Direito Processual Penal de Cabo Verde. Dados de um Percurso. Estrutura e Princípios Fundamentais” in: Augusto Silva Dias & Jorge Carlos Fonseca (orgs.), *Direito Processual Penal de Cabo Verde. Sumários do Curso de Pós-Graduação sobre o Novo Código de Processo Penal de Cabo Verde*, Lisboa, Almedina, 2009, pp. 50-51, “*achamos que a solução de permitir que, durante o dia, se faça entrada no domicílio ou nele fazer-se busca (revista ou apreensão) sem autorização judicial, em caso de «detenção em flagrante delito, ou para prestar socorro (art. 238.º, n.º 3, mas também o art. 267.º, que permite expressamente a entrada em domicílio para detenção, «havendo flagrante delito punível com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a seis meses...»)*, é certamente possível de crítica em tese geral. Não nos parece aceitável, por exemplo, que se permita a livre entrada no domicílio por flagrante delito por um qualquer crime, por exemplo por crime de ofensa à honra, de jogo ilícito ou de consumo de estupefacientes, mas apenas em casos em que esteja em causa bem ou valor suscetível de, no confronto com a inviolabilidade do domicílio, se mostrar superior. Afinal de contas, casos como os que configurem estado de necessidade justificante. No entanto, ela está em conformidade com a lei constitucional cabo-verdiana que expressamente a admite (art. 42.º, n.º 2)”. Portanto, admite-se a compatibilidade constitucional da solução, mas, ainda assim, é de salientar que num sentido muito restrito que tal alargamento deverá ser aceite do ponto de vista constitucional.

Como diz um proeminente o mesmo penalista nacional, “*A revista em domicílio [deve ser] ordenada ou autorizada por um juiz, devendo este, sempre que possível, presidir à diligência (n.º 1) em situações de detenção em flagrante delito ou para prestar socorro, permite-se que ela seja ordenada pelo MP ou efetuada por órgãos de polícia criminal, soluções que se contêm no âmbito da previsão constitucional cabo Verdiana (artigo 42.º, n.º 2)*” (Jorge Carlos Fonseca, *Um Novo Código Penal para Cabo Verde. Estudos sobre o Anteprojeto de Novo Código*, p. 111) ou como arremata numa publicação posterior que “*está sujeita, em princípio, a restrições mais apertadas, devendo o ato ser, em regra, ordenado ou autorizado por um juiz*” (Jorge Carlos Fonseca, “A intervenção dos Órgãos de Polícia Criminal no Processo Penal de Cabo Verde: Condicionanismos e Limite”, p. 453). O mesmo decorrendo de um atento estudioso da processualística penal cabo-verdiana, Rui Patrício, “Da Prova no Novo Código de Processo Penal de Cabo Verde”, p. 240, lembra que nestas matérias existe “*uma tutela ou reserva jurisdicional, pois só podem ser autorizadas ou ordenadas por juiz, salvos os casos de flagrante delito ou de prestação de socorro*”.

6.3. Aliás, o juiz de pronúncia baseia-se especialmente neste dispositivo legal, para fundamentar a validade da busca realizada no domicílio do recorrente, pois em sua opinião, estaríamos sem hesitações perante uma situação de flagrante delito, no âmbito de uma entrega controlada. De facto, acredita-se que não haverá dúvidas de que caso se estiver perante situação de flagrante delito, a busca é válida, mesmo não havendo autorização judicial, porque assim o permite expressamente o último dispositivo legal invocado que nesta matéria não inova em relação ao que é permitido pela Constituição.

6.3.1. A detenção em flagrante delito e o próprio conceito do flagrante delito estão regulados nos artigos 265 a 266. No primeiro dessas disposições só o número 1 interessa para o caso concreto e tem redação nos seguintes termos: “*1. Em flagrante delito por crime punível com pena de prisão, ainda que com pena alternativa de multa, qualquer autoridade judiciária ou entidade policial deverá, e qualquer pessoa poderá, se uma daquelas entidades não estiver presente nem puder ser chamada em tempo útil, proceder à detenção.*” Parece que é razoável afirmar que estamos perante crime em que é permitida a detenção em flagrante delito, na medida em que se está perante crime (tráfico de estupefacientes) punível com pena de prisão, pelo que qualquer pessoa poderia efetuar a detenção, sendo certo que qualquer autoridade judiciária ou entidade policial têm o dever de a efetivar nesses casos. Assim, a questão de fundo terá de ver com o próprio flagrante delito em si, porque como se sabe não é conceito de fácil precisão e pode abarcar muitas realidades. Por isso, com o sentido de precisar o conceito

em análise, até como forma de se evitar interpretações arbitrárias por parte do poder judicial, o legislador processual penal estipulou no artigo 266 o que deve ser considerado flagrante delito, segundo o qual *“1. É flagrante delito todo o facto punível que se está a cometer. 2. Considerar-se-á ainda flagrante delito o facto punível que se acabou de cometer. 3. Presumir-se-á igualmente flagrante delito o caso em que o infractor for, logo após a infracção, perseguido por qualquer pessoa, ou encontrado a seguir à prática da infracção com objectos ou sinais que mostrem claramente que acabou de o cometer ou de nele participar. 4. Em caso de crime permanente, o estado de flagrante delito só persistirá enquanto se mantiverem sinais que mostrem claramente que o crime está a ser cometido e o agente está nele a participar.”*

6.3.2. Ao analisar o preceito em causa surge logo a ideia de que um requisito essencial do flagrante delito é a atualidade, uma vez que, para que os seus elementos constitutivos sejam preenchidos ou se está a cometer o crime ou se acabou de o cometer, o que significa que houve alguma testemunha, que pode naturalmente ser qualquer pessoa ou uma autoridade judiciária ou entidade policial que viu o facto a ser cometido, ou então, corresponde à situação em que o infrator é perseguido logo após a prática do crime ou é encontrado em circunstâncias tais que revelam indícios que demonstram claramente que acabou de cometer um delito ou de nele participar.

6.3.3. Analisando a situação concreta que ora se coloca perante esta Corte Constitucional à luz do dispositivo legal transcrito facilmente se verifica que muito contestavelmente se poderia enquadrá-la nos números 2 e 3 deste artigo, portanto só o podendo ser feito nos termos do número 1, pois resulta cristalino que o crime de que o recorrente foi acusado, julgado e condenado ainda não havia sido cometido, quando muito estaria em curso, portanto, a ser cometido. Neste aspeto, relativamente ao primeiro arguido, Ayo Obire, que foi detido na rotunda da Chã d’Areia com encomenda contendo produtos estupefacientes, depois de a ter levantado nos serviços do DHL, sito em Achada Santo António, a situação pode ser pacificamente qualificada de flagrante delito, no sentido de se considerar que seria um facto que se estava a cometer. No entanto, o mesmo não se coloca nos mesmos termos relativamente ao recorrente, que veio a ser detido em momento posterior, uma vez que resulta dos autos, que após a detenção em Chã d’Areia do arguido Ayo Obire, este foi conduzido às instalações da Polícia Judiciária em Achada Grande Frente e só depois é que se deslocou à localidade de Ponta D’Água, onde se procedeu à detenção do recorrente.

6.4. Não parece razoável o entendimento segundo o qual o crime ainda estaria a ser cometido, na medida em que afigurar-se-ia plausível que entre a prática do crime e a detenção houve um hiato de tempo relativamente longo ao invés da exigida imediatidade. Não restaria, no entanto, dúvidas de que haveria flagrante delito se os agentes da Polícia Nacional tivessem seguido o arguido Ayo e verificassem que ele eventualmente teria entregue a encomenda ao recorrente. Nestas circunstâncias até que poderiam ter procedido à detenção de ambos. Entretanto, não foi assim o desenrolar dos factos.

6.5. Nestes termos, parece ser forçada, pelo menos no que diz respeito ao caso concreto, a interpretação segundo a qual houve flagrante delito, o que torna ilegal quer a detenção efetuada quer a busca realizada no domicílio do recorrente, na medida em que, não havendo flagrante delito, só poderia ter sido ordenada pelo juiz. Disso decorrendo que a garantia específica de inviolabilidade do domicílio foi violada por ato do poder judicial que admitiu provas obtidas mediante intromissão nesse espaço fora das situações permitidas por lei e consequentemente justifica que elas sejam anuladas e não possam influir no julgamento do arguido, justificando que neste segmento seja concedido o amparo que se mostrar mais adequado a remediar a situação.

7. O recorrente invoca, ainda, violação de correspondência por parte do órgão de polícia científica, pois em sua opinião, sem haver qualquer autorização do tribunal ou consentimento por parte da proprietária da encomenda – mala tipo trolley – remetida de Bogotá, Colômbia, tendo como destinatária a arguida no processo principal Ronise Helena Semedo, os agentes daquele órgão policial apreenderam e abriram esta encomenda.

7.1. Portanto, neste quesito em particular aponta para uma violação da garantia de segredo da correspondência reconhecido pelo artigo 44 da Constituição no seguinte segmento ao determinar-se que *“é garantido o segredo da correspondência (...), salvo nos casos em que por decisão judicial proferida nos termos da lei do processo criminal for permitida a ingerência das autoridades públicas na correspondência”*.

7.1.1. Note-se, desde logo, que a disposição é formulada em termos muito estritos, uma vez que, primeiro, reconhece o direito em forma de garantia associada ao direito à intimidade da vida privada pois aceder à correspondência é ter acesso a informações íntimas de cada pessoa.

7.1.2. Porém, contempla certas exceções, pois admite que a lei de processo criminal permita situações de ingerência das autoridades públicas na correspondência, delimitando claramente que isso só se torna legítimo caso seja enquadrado com base em norma inserta em lei de processo criminal e derivados e por autoridade pública, excluindo-se por motivos evidentes outros particulares.

7.1.3. Sendo isso possível, de acordo com o preceito, essa intromissão só se legitima se certificada por decisão judicial, não se abrindo aqui sequer a possibilidade de invocação de situações contempladas no artigo anterior sobre as buscas domiciliárias de flagrante delito, de desastre ou necessidade de se prestar socorro como exceções. Note-se que embora possa ser excessivo sustentar que essa garantia não possa ser suavizada por uma norma restritiva, o espírito que transporta, não permite, nem do ponto de vista legal, nem do ponto de vista judicial, interpretações extensivas que a debilitem. Portanto, a admitir qualquer afetação legal, ela deve ser necessária, estritamente proporcional e limitada no seu escopo.

7.1.4. Ainda que se possa recorrer, na opinião deste Tribunal, e à luz da doutrina da integração já exposta, ao artigo 43 para sustentar a ideia de que também são garantias renunciáveis desde que se a operação seja voluntária, informada proporcional, não atinja o núcleo essencial e conduzida de forma expressa, clara e documentada, e que integram exceções permissivas em caso de flagrante delito, necessidade de prestação de socorro ou situações de desastre.

Assim, expressamente, a ingerência na correspondência está sujeita a duas reservas, a reserva da lei, ao determinar que só poderá ocorrer nos estritos limites da lei processual criminal e a reserva de juiz, na medida em que dita que só o juiz poderá autorizar essa intromissão. No entanto, a fim de se impedir intrusões arbitrárias do próprio poder judicial na vida privada dos indivíduos, uma outra condição deverá estar preenchida. Ou seja, uma autorização judicial de intromissão na correspondência só será válida quando legitimada por um ou mais interesses públicos relevantes identificáveis. Somente a prossecução de um interesse público relevante autentica uma eventual ingerência na correspondência, pelo que a decisão judicial que a ordenar deverá identificar esse interesse, fundamentado sua decisão e legitimando a intromissão por esta forma. Portanto, fica afastada a ideia de que apenas havendo permissão da lei e autorização ou mesmo convalidação em momento posterior pelo juiz a violação da correspondência se revela legitimada.



7.1.5. Antes de se prosseguir para a análise concreta sobre possível violação de segredo de correspondência, um comentário adicional deve ser feito, à semelhança do que se fez relativamente à garantia da inviolabilidade do domicílio, em relação ao conceito de correspondência, na medida que também consiste em conceito normativo suscetível de várias interpretações.

Naturalmente, não haverá qualquer dúvida se é ou não correspondência uma carta fechada remetida a um indivíduo por qualquer pessoa. No entanto, a questão já não é a mesma se perguntarmos, por exemplo, se uma encomenda é correspondência, sendo que neste último quesito certamente haverá, com base em mera interpretação de lei ordinária, quem entenda que não e quem entenda que sim. Neste particular, a Lei Fundamental, à semelhança do que faz relativamente ao domicílio, aliás o que era de se esperar, tendo em conta os comentários tecidos anteriormente, não dá qualquer noção do que se deve entender por correspondência, pelo que naturalmente o seu sentido deve ser depreendido, nos termos já indicados, ou seja, interpretado na sua máxima extensão fática e juridicamente possível a Lei Fundamental, de tal forma a proteger no seu máximo o direito que lhe subjaz.

Num sentido muito amplo correspondência implicaria em toda e qualquer comunicação interpessoal, geralmente à distância ou não presencial, independentemente do meio utilizado para tal, seja manual, seja digital. No entanto, o seu conteúdo deve ser analisado paralelamente com o conceito de telecomunicações, termo também utilizado pela Lei Suprema. Evidentemente, uma separação material e substancial entre esses dois conceitos seria de difícil precisão, especialmente tendo em conta a evolução que se tem vindo a operar no âmbito dos meios de comunicação, pelo que uma divisão entre eles só seria possível, na medida em que atendêssemos ao meio pelo qual se processam as comunicações. Assim, a correspondência abarcaria as situações em que a comunicação é materializada por escrito e o meio de transmissão é tradicional, nomeadamente nas situações de intercâmbio de mensagens físicas, telegramas, cartas, encomendas, etc., enquanto que telecomunicações abrangeriam as outras formas de comunicação por meio de imagem, voz ou até, sendo escrita, o meio utilizado, seja digital ou eletrónico, como seriam situações de intercâmbio de mensagens instantâneas ou quase instantâneas em que se utilizem aparelhos eletrónicos, de comunicações de voz, por meio de chamadas por telefone ou qualquer outro meio.

Feita a separação entre correspondência e telecomunicação, agora importa recortar o conteúdo e a extensão daquela, no sentido de saber até onde é que se deve estender a sua

proteção. Como ressalvado acima, as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias devem ser interpretadas na sua máxima extensão fática e juridicamente possível, de modo a permitir o exercício do direito na sua máxima intensidade. Nestes termos, entraria perfeitamente dentro do conceito de correspondência toda e qualquer encomenda fechada remetida por uma entidade a outra, suscetível de conter informações da vida privada dos indivíduos, nomeadamente relacionados com o seu pensamento, seus hábitos, identidade, ou seja, coisas do seu ser, cujo conhecimento por parte de terceiros só deve ser possível na medida e quando houver consentimento por parte do titular ou em casos excepcionais, quando existir um interesse público relevante identificável e ainda assim nos termos constitucionais e legais, como se vai ver mais abaixo.

Ao contrário do que aconteceu no âmbito do domicílio em que o legislador ordinário utiliza expressões, embora muito amplas, mas que continuam a ser ambíguas, como seja a expressão casa habitada e uma sua dependência, aqui o legislador foi mais feliz e conseguiu recortar muito bem o conceito de correspondência atribuindo uma proteção ampla ao direito ao equiparar correspondência a “*cartas, encomendas, valores, telegramas*” e ainda ao estipular que estas formas de correspondência são apenas exemplos, pois estende a proteção a “*qualquer outra correspondência*” existente não prevista, isto nos termos do artigo 244, número 1, do CPP.

Pelo que até aqui, embora pareça, se atentarmos ao registo áudio da audiência de julgamento, que, quer o meritíssimo Juiz de Instância quer o digníssimo Procurador da República, façam interpretação no sentido de que no caso concreto não estaríamos perante correspondência, mas sim uma simples encomenda, não parece que se deveria suscitar tal dúvida, na medida em que qualquer interpretação constitucional que levasse em conta os direitos, liberdades e garantias subjacentes à situação concreta seria no sentido de enquadrar encomendas como sendo correspondências e, além disso, não haveria margem legal para tal interpretação uma vez que a própria lei ordinária equipara encomenda a correspondência. Assim, qualquer interpretação em sentido contrário além de inconstitucional, seria também ilegal, uma vez que taxativamente o nosso sistema, ao contrário de outros nomeadamente o português, que parece permitir mais do que uma leitura, se atentarmos ao artigo 252, número 2, do respetivo Código de Processo Penal, não admite a diferença de tutela entre tipos de correspondência, aplicando o mesmo tipo de proteção a toda e qualquer correspondência.

7.2. O juiz de pronúncia considera que em nenhum momento houve violação de correspondência, tecendo argumentos segundos os quais *“No caso em análise não há a apreensão de correspondência e muito menos violação de correspondência, uma vez que a encomenda postal foi levantada junto da DHL pelo arguido Ayo, que por sua vez foi identificado como suspeito por estar na posse de uma encomenda de entrega controlada, procedida a detenção dos arguidos e consequentemente a apreensão do objecto suspeito[] da prática do crime – a referida mala – veio a ser aberta na presença dos arguidos. Tal situação não se enquadra no artigo 244º do C.P.P, está-se perante apreensão sucedida de uma detenção em flagrante delito, que pode ser efectuada por órgão de polícia criminal, nos termos do nº 3 do artigo 243º do C.P.P, cuja validação judicial foi efectuada por despacho judicial dentro do prazo legal conforme se atesta no despacho proferido a fls. 60”*.

7.3. O preceito da lei processual penal cabo-verdiana, o artigo 244, relevante para a situação em causa, encontra transcrito nos moldes seguintes: *“1. A apreensão, mesmo nas estações de correios e telegráficas, de cartas, encomendas, valores, telegramas ou qualquer outra correspondência só será possível, sob pena de nulidade, quando autorizada ou ordenada por despacho judicial e desde que haja fundadas razões para crer que: a) A correspondência foi expedida pelo suspeito ou lhe é dirigida, mesmo que sob nome diverso ou através de pessoa diversa; b) Está em causa crime punível com pena de prisão de limite máximo superior a 3 anos; e c) A diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova. 2. É proibida, sob pena de nulidade, a apreensão e qualquer outra forma de fiscalização da correspondência entre o arguido e o seu defensor, exceptuado o caso de a correspondência respeitar a facto criminoso relativamente ao qual o advogado seja arguido. 3. Quando a apreensão for feita por entidade que não seja o juiz, ela deverá imediatamente fazer entrega dos objectos apreendidos ao juiz competente, sem abrir e sem tomar conhecimento do conteúdo da correspondência. 4. Se o juiz considerar a correspondência apreendida relevante para a prova, fá-la-á juntar ao processo; caso contrário, restitui-a a quem de direito, não podendo ela ser utilizada como meio de prova, e fica ligado por dever de segredo relativamente àquilo de que tiver tomado conhecimento e não tiver interesse para a prova.”*

7.3.1. O dispositivo consagra as exceções à garantia fundamental do segredo de correspondência, especificando as situações concretas em que se poderão operar e logo legitimar ingerências na sua esfera de protecção, através da sua apreensão e tomada de conhecimento do seu conteúdo.

O número 1 do preceito estipula a regra segundo a qual a apreensão de qualquer correspondência, que inclui naturalmente cartas, encomendas, valores, telegramas, só será possível se legitimada por despacho judicial. É matéria que, de resto, os primeiros intérpretes do instrumento legal convergem, pois como diz Rui Patrício, Rui Patrício, “Da Prova no Novo Código de Processo Penal de Cabo Verde”, p. 120, trata-se “*de matéria de especial delicadeza e onde a garantia judicial é especialmente marcada*”.

Este entendimento é densificado no artigo 308, número 1, do CPP ao estipular que “*Durante a instrução competirá exclusivamente ao juiz ordenar ou autorizar (...) apreensões de correspondência, (...)*”. No entanto, mesmo assim não se pode considerar que este seja um poder discricionário do juiz não sujeito a eventuais condições. Estas existem naturalmente, como aliás é de se esperar, na medida em que se está perante uma situação de afetação a um direito, liberdade e garantia (segredo de correspondência), o que só poderá acontecer com o intuito de se perseguir um interesse jurídico importante e, nos estritos limites permitidos pela Constituição da República, *máxime* os previstos nos números 4 e 5 do artigo 17. De acordo com as alíneas a) a c) do artigo sob análise, essas condições dizem respeito à existência de fundadas razões para crer que a correspondência foi expedida pelo suspeito ou lhe é dirigida, mesmo que sob nome diferente ou através de pessoa diversa, está em causa crime punível com pena de prisão de limite máximo superior a 3 anos e a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova. Certamente não haverão dúvidas de que estes pressupostos são cumulativos.

7.3.2. O número 3 do artigo 244 regula a possibilidade de a apreensão ser feita por entidade que não seja o juiz, estipulando que neste caso a entidade que proceder à apreensão deverá fazer imediatamente a entrega do objeto apreendido ao juiz competente, realçando que o deverá fazer sem abrir e sem tomar conhecimento do conteúdo da correspondência. Esta disposição contém o entendimento, reforçado na alínea e) do número 1 do artigo 307, nos termos da qual “*1. Durante a instrução competirá exclusivamente ao juiz: e) Tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, nos termos do n.º 3 do artigo 244.*” de que o primeiro a tomar conhecimento do conteúdo de qualquer correspondência apreendida deverá ser necessariamente o juiz, caso não houver consentimento explícito por parte do titular do direito.

Ora dos autos resulta que os agentes da Polícia Judiciária que fizeram parte da operação após terem detido os arguidos Ayo e Judy, encaminharam-nos à sede do seu órgão policial e ali, na presença de ambos, procederam à abertura da encomenda.

Com base nestes factos, o juiz de pronúncia entende que não houve apreensão nem violação de correspondência, situação em que seria de se aplicar o artigo 244, mas sim que se está perante uma apreensão seguida de detenção em flagrante delito que poderia ser perfeitamente levada a cabo por órgãos de polícia criminal sem para tanto estarem munidos de autorização judicial, pelo que o artigo relevante é o 243, especificamente o seu número 3.

7.3.3. Esta disposição legal tem a seguinte redação: *“Os órgãos de polícia criminal poderão efectuar apreensões no decurso de buscas e de revistas, nos termos previstos neste Código para tais diligências, ou quando haja urgência ou perigo na demora na obtenção da prova, devendo, porém, a apreensão ser validada pela autoridade judiciária competente no prazo de quarenta e oito horas, sob pena de nulidade.”* Ora ainda que se possa considerar a situação como sendo de flagrante delito o que é extremamente forçado, como o tribunal já considerou *supra*, tem um facto que o tribunal de pronúncia não levou em consideração, qual seja a abertura e a tomada de conhecimento do conteúdo da encomenda. Pois que o flagrante delito e a consideração de que a apreensão foi feita no seu âmbito a legitimariam desde que fosse validada pela autoridade judiciária competente no prazo legal, mas não a abertura e tomada de conhecimento do conteúdo da mesma. Pois nos termos do artigo 244 em caso algum pode um órgão de polícia criminal abrir ou tomar conhecimento do conteúdo da correspondência, mesmo em situações em que as pode apreender. É este o comando que advém do número 3 do artigo 244, ao mandar que a correspondência apreendida pelo órgão de polícia criminal, que inclui necessariamente encomendas por força do número 1, seja imediatamente remetida ao juiz competente sem a abrir e sem tomar conhecimento do seu conteúdo.

7.3.4. No caso concreto não foi isso o que aconteceu. A encomenda foi aberta pelo órgão de polícia criminal que inclusive tomou conhecimento do seu conteúdo, pelo que esta apreensão não seria válida nestes termos.

7.4. Contudo, o argumento de base do tribunal de pronúncia radica também no facto de que a encomenda foi aberta na presença dos arguidos, pelo que estaria sanado eventual vício relativo à sua apreensão e tomada de conhecimento do seu conteúdo.

7.4.1. Naturalmente entendemos este fundamento, mas ele tem dois pressupostos essenciais e pelo que transparece dos autos não parece que se tenham materializado. Em primeiro lugar, só poderiam abrir a encomenda na presença dos arguidos se esses fossem os proprietários da encomenda e segundo, caso o fossem, se eles tivessem dado o seu consentimento para a abertura. Eventualmente pode parecer que abrir uma encomenda na presença do seu proprietário seja a mesma coisa que o fazer com o seu consentimento, no entanto assim não é. Pode-se perfeitamente violar a correspondência de uma pessoa em sua presença, se ela não tiver dado a sua anuência. Não resulta dos autos que os arguidos, especialmente o recorrente, concordaram com a abertura e tomada de conhecimento do conteúdo da encomenda. Até parece que é o contrário a se verificar, tendo em conta que o recorrente constantemente tem suscitado esta questão, tendo-o feito na audiência contraditória preliminar, na audiência de discussão e julgamento, em sede do recurso ordinário para o egrégio tribunal recorrido e agora no âmbito do amparo que se solicita a este tribunal.

7.4.2. Em relação à eventual titularidade do direito de propriedade sobre a encomenda, embora o tribunal de julgamento tenha vindo depois a decidir e a concluir que a mesma pertencia aos arguidos Ayo e Judy, naquele momento este facto não era conhecido pelo órgão de polícia criminal, uma vez que quem constava como destinatária da correspondência e, portanto, presumivelmente a sua proprietária era a senhora arguida Ronise, pelo que naquela fase processual só ela poderia dar o seu aval para se abrir a encomenda. Assim, embora não conste dos autos que os arguidos Ayo e Judy tenham dado a sua anuência para a abertura da encomenda, na verdade eles nem sequer a podiam facultar, na medida em que, como constava de transcrição da própria encomenda, a sua proprietária era a arguida Ronise.

7.4.3. Nestes termos, o órgão de polícia criminal só poderia abrir e tomar conhecimento do conteúdo da encomenda na presença da arguida Ronise e com o seu consentimento, pelo que a abertura e tomada de conhecimento do conteúdo da mesma é ilegal e o vício gerador de nulidade insanável, nos termos da alínea e) do artigo 151 do CPP.

7.5. No entanto, concluir-se pela nulidade da apreensão da correspondência não significa necessariamente que o Tribunal deverá conceder amparo ao recorrente que efetivamente invocou violação da correspondência, porque relativamente a esta questão subjaz uma outra que tem que ver com a legitimidade do recorrente para invocar tal nulidade e requerer amparo ao Tribunal. E este problema de legitimidade prende-se exatamente com o facto de ser a arguida Ronise quem consta da encomenda como sua destinatária e logo

proprietária, e este Tribunal não pode concluir que os proprietários sejam os arguidos Ayo e Judy, como o fez o tribunal de instância e a egrégia corte recorrida, na medida em que todo o raciocínio argumentativo dessas instâncias baseia-se, neste segmento, em provas nulas que não poderiam ter sido conhecidas e utilizadas.

7.5.1. Em relação à eventual concessão de amparo não haveria qualquer dúvida se a encomenda fosse do recorrente, pois aí seria claramente violação de correspondência que lhe pertence. Mas como já vimos não é assim, pois não se pode provar, recorrendo a provas válidas que a encomenda lhe pertencia. Assim, não se vê como lhe conceder amparo relativamente à violação da correspondência, porque o direito não lhe pertence, na medida em que não é ele o titular da garantia em causa.

7.5.2. Todavia, surge uma outra questão. Não seria possível ao recorrente invocar a nulidade em causa como base jurídica de amparo de uma outra posição jurídica fundamental? Parece que seja esse o argumento que o recorrente utiliza quando invoca violação de correspondência, pois em nenhum momento afirma que a encomenda era sua, negando aliás tal facto e argumentando persistentemente que a mesma pertencia à arguida Ronise. E isso tem alguma razão de ser, porque se o tribunal de julgamento ou o de recurso se basear numa prova nula para condenar um arguido, ainda que seja em virtude de violação de um direito de um outro arguido, como o foi neste caso, pode-se perfeitamente colocar em causa outros direitos desse arguido, como o seja o seu direito à liberdade ou, em certa medida, o seu direito ao processo equitativo, o que poderia fundamentar a concessão do mesmo amparo que foi solicitado ao Tribunal, ainda que com base em direito diferente. E aqui, efetivamente, ainda que seja discutível que a garantia de segredo de correspondência do recorrente tenha sido violada pelo simples facto de que esse não foi objeto de ingerência considerado que a correspondência não podia ser tida como dele, o facto é que tendo sido condenado com base em provas obtidas pela violação dessas garantias de outras pessoas isso inquina inevitavelmente o processo, violando garantias fundamentais de sua titularidade.

7.6. Por conseguinte, o poder judicial ao não declarar nulas as provas obtidas mediante violação do segredo de correspondência da Ronise, e usando-as para condenar o recorrente nesses autos violou o seu direito ao devido processo legal e à liberdade sobre o corpo justificando a concessão de amparo adequado a remediar-se a situação.

8. No concernente à leitura do cartão de telemóvel, contendo registo de dados de conversas telefónicas, conduta que o recorrente imputa ter violado a sua garantia do segredo das comunicações, parâmetro por si indicado para a condução deste escrutínio tendente a concessão do amparo:

8.1. A questão constitucional que se colocaria teria que ver com a possível violação do direito que se reconhece também no artigo 44 no segmento segundo o qual, *“é garantido o segredo (...) das telecomunicações, salvo nos casos em que por decisão judicial proferida nos termos da lei do processo criminal for permitida a ingerência das autoridades públicas (...) nas telecomunicações”*, decorrendo dessas formulações os seguintes elementos constitutivos:

8.1.1. A disposição é construída em termos muito estritos, uma vez que, primeiro, reconhece o direito em forma de garantia associada ao direito à intimidade da vida privada pois aceder às telecomunicações é obter informações íntimas sobre cada pessoa, no momento em que elas se desenrolam, com efeitos detrimenais para o ser humano, com a exposição da sua personalidade a terceiros com quem não a pretende partilhar e com a consequente perda de controlo sobre a sua própria comunicação, podendo gerar efeitos de desnaturalização, contenção e inibição.

8.1.2. Porém, contempla certas exceções, pois admite que a lei de processo criminal ou eventualmente leis de segurança interna ou externa permitam situações de ingerência das autoridades públicas nas comunicações, delimitando claramente que isso só é possível com base em norma inserta em tais atos normativos e por autoridade pública, excluindo-se por motivos evidentes outros particulares.

8.1.3. Sendo isso possível, de acordo com o preceito, essa intromissão só se legitima se certificada por decisão judicial, não se abrindo aqui sequer a possibilidade de invocação de situações contempladas no artigo anterior sobre as buscas domiciliárias de flagrante delito, de desastre ou necessidade de se prestar socorro como exceções. A par da que já se analisou em relação ao segredo de correspondência, esta norma poderá permitir alguma limitação adicional ancorada naquilo que o Tribunal entendeu e discorreu a respeito da teoria da integração, mas não uma que atinja a sua essência ou a debilite excessivamente, nomeadamente naquilo que diz respeito à manutenção ampla da reserva judicial.

Assim, expressamente e à semelhança do que acontece em relação à correspondência, a ingerência na comunicação está sujeita a duas reservas, a reserva legal, ao determinar que



só poderá ocorrer nos estritos limites da lei processual criminal e a reserva de juiz, na medida em que dita que só o juiz poderá autorizar essa intromissão. No entanto, a fim de se impedir intrusões arbitrárias do próprio poder judicial na vida privada dos indivíduos, uma outra condição deverá estar preenchida. Ou seja, uma autorização judicial de intromissão na comunicação só será válida quando legitimada por um ou mais interesses públicos relevantes identificáveis. Somente a prossecução de uma finalidade pública relevante autentica uma eventual ingerência nas comunicações, pelo que a decisão judicial que a ordenar deverá identifica-lo, fundamentado a sua decisão e legitimando a intromissão por esta forma. Portanto, fica afastada a ideia de que apenas havendo permissão da lei e autorização ou mesmo convalidação em momento posterior pelo juiz a violação da comunicação se revela legitimada.

8.1.4. O conceito de telecomunicações ficou de certa forma recortado no segmento anterior quando se procurou delimitar o conceito de correspondência e separá-lo das outras formas de comunicação. Ali ficou assente que telecomunicação deve ser entendido em sentido bastante amplo, de modo a abranger as várias formas de transmissão de informações que não sejam correspondência, sendo processadas através de meios técnicos, digitais e eletrônicos, com recurso, portanto, a aparelhos e dispositivos. Neste conceito entram vários tipos de comunicações como as conversações telefônicas quer em áudio quer escritas (mensagens no telemóvel), a troca de mensagens via correio eletrónico ou por qualquer outro meio eletrónico, citando por exemplo as diversas formas que têm desenvolvido ultimamente de mensagens instantâneas (Skype, Facebook Messenger, Twitter, WhatsApp, Viber, Hangouts, etc.). Desta forma telecomunicação abrange todo e qualquer tipo de conversação telefónica e telemática. Portanto, mais uma vez, não se pretende proteger o meio de comunicação que é secundário, mas sim a capacidade da pessoa poder comunicar de forma não presencial utilizando a tecnologia do momento independentemente da sua configuração concreta. Em tempos já foi o telégrafo, hoje as cartas têm menor utilização, substituída em larga medida pelo email, da mesma forma como o telefone fixo partilha espaço com os telefones móveis ou chamadas via computador.

8.2. Mas, aqui também, acrescenta o Tribunal, atendendo à conduta concreta, poderá haver incidência sobre outra garantia homóloga, a de proteção de dados pessoais, decorrente, como dito, da dimensão de controlo informacional do direito geral à privacidade e também nestes casos do direito à imagem e do direito à identidade, os quais sempre são lesados quando o Estado recolhe, trata, permite o acesso a terceiros ou transfere dados e informações respeitantes a cada indivíduo.

Fica claro do que já se mencionou que o artigo 45 consagra um conjunto de garantias associadas à proteção de dados pessoais usando como epígrafe a expressão “*utilização de meios informáticos e proteção de dados pessoais*”. A disposição, quando decomposta para se extrair os seus elementos normativos mais básicos, permite inferir explicitamente que há uma garantia de proibição da recolha de certos dados que interferem diretamente com a consciência, identidade e esfera mais íntima da privacidade das pessoas, ainda que ela contemple algumas exceções. Aparentemente, veda a sua reunião no mesmo ficheiro ou em ficheiros interconectados quando proíbe a atribuição de um número único ao cidadão, pois, entende-se que a finalidade da norma não é meramente simbólica, ou seja, preocupada unicamente com o efeito abstrato sobre a dignidade da pessoa da redução da pessoa a um número com a negação subsequente do seu valor único e intrínseco, mas que tem propósitos concretos de evitar que o Estado tenha meios para poder reconstituir integralmente a pessoa, através da agregação de dados, muitas vezes inócuos, que tenha dispersos sobre a pessoa e, em situações limite, possa reuni-las para propósitos escusos, nomeadamente de limpeza étnica, religiosa ou de outra natureza discriminatória.

No mais, permite a recolha, tratamento, acesso por terceiros e transferência interna ou internacional de dados, mas sujeita-os a um conjunto de condições e a mecanismos de monitorização, preventiva, concomitante e sucessiva, determinando, por via de injunção um acolhimento legal de garantias destinadas a concretizá-los. Neste quadro, de modo explícito, somente estabelece que os cidadãos têm direito a: 1) aceder aos dados informatizados que lhe digam respeito; 2) exigir a sua retificação e atualização e 3) conhecer o fim a que se destinam, garantindo assim que a pessoa tenha meios de ser incluída no tratamento que se faz dos seus dados ao permitir-se que ele, na medida do possível, controle o seu uso secundário, a eles aceda e os possa corrigir, evitando assim a sua distorção independentemente da finalidade da mesma.

Não se diz em nenhum momento que as pessoas têm garantias fundamentais subjetivas relacionadas ao tratamento dos seus dados, mas ainda assim esta é a conclusão mais conforme que se retira do regime constitucional quando estabelece essas garantias específicas. Desde logo, em razão daquilo que já se disse, isto é, que se está perante um regime complexo composto por direitos substantivos e por garantias fundamentais; segundo, porque subjacente às disposições citadas e como reflexos que delas imanam está, no fundo, o reconhecimento de que as pessoas têm um proteção subjetiva e fundamental em relação aos seus dados pessoais, que cobre não só o direito de a eles aceder, de os retificar e atualizar e de ser informado sobre

a sua finalidade, mas também de controlar a sua recolha, o seu tratamento, o seu acesso por outras entidades e a sua transferência e de ter um sistema de monitorização que os proteja, além de subsistir o seu direito ao *habeas data*.

Dito isto, para o que interessa aqui, a dimensão de obtenção de dados, o relevante é reter que em última instância, uma garantia de proteção de dados pessoais quanto à sua recolha é passível de ser inferida do direito a conhecer a finalidade a que se destina – a qual, por motivos naturais, não se esgota na obtenção da mera informação sobre a finalidade, mas também como pressuposto de controlo pelo próprio titular de compatibilidade da recolha concreta com as situações excepcionais que a justificam e que a legitima e de respeito dos meios de fiscalização associados à mesma –, do direito ao *habeas data*, da proibição de tratamento de certos tipos de dados e da própria indicação interpretativa fornecida pela própria epígrafe do dispositivo.

8.3. Em relação à violação de comunicações o juiz de pronúncia, ancorando-se em doutrina e jurisprudências portuguesas, teceu as seguintes considerações e decidiu nos seguintes termos: “*Quanto à violação de telecomunicação invocada pelo arguido Judy, é de se realçar que na sequência da busca domiciliária na sua residência foram apreendidos diversos objectos e documentos, conforme demonstra o auto de fls. 28 a 31 , do auto de apreensão de fls.20, entre os quais dois telemóveis com cartão SIM da operadora de telecomunicações T+ com os números 9131438 e 9120991, cujas apreensões são legalmente admissíveis nos termos do artigo 234º nº 3 do CPP, tendo sido posteriormente validado por despacho judicial de fls. 60. Estando na posse dos objectos apreendidos, in casu, não carece de autorização judicial para se proceder à análise dos registos das chamadas recebidas e efectuadas e das mensagens enviadas e recebidas, por não ter havido qualquer violação do direito constitucionalmente consagrado no artigo 44º e nem foi violado o disposto no artigo 255º do CPP por não ter havido qualquer interceptação de chamadas e nem de mensagens em curso. (...). Ainda que assim não se entendesse – sempre se mostraria a mesma sanada, por extemporaneidade da invocação, por não ser sido arguida [dentro do] prazo legal. Assim sendo, não existe qualquer nulidade na prova obtida”.*

8.3.1. Portanto, o argumento utilizado pelo o juiz que presidiu a Audiência Contraditória Preliminar vai no sentido de que não há necessidade de autorização judicial para se proceder à análise da memória de telemóveis quer de informações constantes dos registos de chamada quer dos registos de mensagens, e que, portanto, estando o órgão de polícia

criminal na posse do telemóvel legalmente apreendido pode aceder ao seu conteúdo, sendo este ato perfeitamente válido. Nestes termos, considera que não houve qualquer violação nem do artigo 44º da Magna Carta, nem do artigo 255º do CPP.

8.3.2. O artigo 255º da lei processual penal cabo-verdiana tem a seguinte redação: “1. *A interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas por meio de correio electrónico ou outras formas análogas só podem ser ordenadas ou autorizadas, por despacho do juiz, se houver razões para crer que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova quanto a crimes: a) Puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos; b) Contra a liberdade e autodeterminação sexual; c) Terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada; d) Contra a protecção devida aos menores; e) Relativos ao tráfico de estupefacientes; f) De contrabando; ou g) De injúria, de ameaça, de coacção, de devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos através de telefone.* 2. *A interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas só podem ser ordenadas ou autorizadas relativamente a suspeitos ou a pessoas em relação às quais seja possível admitir, com base em factos determinados, que recebem ou transmitem comunicações provenientes dos suspeitos ou a eles destinadas, ou que os suspeitos utilizam os seus telefones.* 3. *O despacho que ordena ou autoriza a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas é fundamentado e fixa o prazo máximo da sua duração, por um período não superior a três meses, sendo renovável por períodos idênticos desde que se mantenham os respectivos pressupostos de admissibilidade.* 4. *É proibida a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor ou pessoas obrigadas a segredo profissional, exceptuado o caso de a interceptação respeitar a facto criminoso relativamente ao qual recaia igualmente sobre o defensor do arguido, forte suspeita de autoria, instigação ou cumplicidade.* 5. *O disposto no presente e nos artigos seguintes aplicar-se-á, correspondentemente, às comunicações entre presentes.*”

8.3.3. De facto, se nos ativermos ao modo como este artigo está formatado, naturalmente limitando-nos a levar em conta uma hermenêutica indiferente à Lei Fundamental, com relativa facilidade chegaremos à conclusão que não se aplica ao caso concreto dos autos. Nesta situação, conforme resulta da fl. 26, após a Polícia Judiciária ter apreendido o telemóvel com o número de registo 9131438 na posse do recorrente, o inspetor da Polícia Judiciária procedeu, sem qualquer autorização judicial, à leitura da memória do telemóvel em causa, mormente do registo de chamadas. Ora, o artigo em apreço faz sempre

menção à intercepção e gravação de conversações ou comunicações por via de correio eletrónico ou outras formas análogas e de conversações e comunicações telefónicas, sendo que no caso não temos nem intercepção nem gravação, o que houve foi a consulta de registo de chamadas efetuadas e recebidas, pelo que nesta situação já não seria possível nem a intercepção muito menos a gravação de eventuais comunicações telefónicas. Assim, como o disse o juiz de pronúncia não houve violação expressa do artigo 255º do CPP.

8.3.4. No entanto, em relação ao dispositivo constitucional as coisas não são assim tão cristalinas, na medida em que a norma nele contida garante o segredo da correspondência e das telecomunicações e só permite a restrição desta garantia, nos termos da lei do processo criminal e mediante autorização judicial, e pergunta-se até que ponto esta proteção se projeta, no sentido de se saber se não abrangeria também o registo de chamadas e de mensagens já efetuadas e recebidas que se encontra armazenado na memória de dispositivos eletrónicos, nomeadamente telemóveis.

8.4. Antes de respondermos a esta questão, em primeiro lugar, tem mais um preceito da Lei Suprema que deve ser chamado à colação que é o artigo 35(8) que contém norma redigida nos seguintes termos: *“São nulas todas as provas obtidas por meio de tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral, abusiva intromissão na correspondência, nas telecomunicações, no domicílio ou na vida privada ou por outros meios ilícitos.”* Segundo, temos que ter presente que toda e qualquer interpretação que fazemos dessas disposições que dizem respeito a direitos, liberdades e garantias não pode ter um caráter restritivo, sob pena de violação do número 2 do artigo 17 da Constituição, de acordo com o qual *“A extensão e o conteúdo essencial das normas constitucionais relativas aos direitos, liberdades e garantias não podem ser restringidas por via da interpretação.”*, pelo que devemos empreender uma operação hermenêutica de modo a que essas disposições sejam aplicadas na máxima extensão fática e juridicamente possível.

8.5. Tendo estabelecido esses parâmetros, passamos à análise da questão no sentido de saber se a proteção constitucional da comunicação se estende também aos registos de chamadas e de mensagens constantes da memória de telemóveis, pelo que o acesso às informações nela constantes só seria possível mediante autorização do juiz de instrução ou se, como entende o juiz que pronunciou o recorrente, não haveria necessidade dessa decisão, na medida em que, como entende parte da doutrina e jurisprudência, essencialmente portuguesa,

esses aspetos não estariam abrangidos pela proteção constitucional da comunicação, uma vez que já não seriam considerados telecomunicações.

8.5.1. O primeiro dispositivo constitucional analisado e afastado pelo tribunal de pronúncia por considerar que não fora violado diz que “*é garantido o segredo das telecomunicações*” e o segundo que o Tribunal trouxe à análise sanciona com nulidade toda e qualquer intromissão abusiva nas telecomunicações. Esses termos devem ser interpretados à luz da Constituição e isto significa que o devem ser na sua máxima extensão fática e juridicamente possível. Parece razoável concluir que as informações constantes de memória de telemóveis, nomeadamente registos de chamadas e de mensagens, fazem parte do segredo das telecomunicações que a Constituição quer proteger por meio do artigo 44º, por serem informações umbilicalmente ligadas ao direito à privacidade ou à reserva da intimidade privada. Portanto, sendo assim, o acesso a essas informações, quando não seja mediante o consentimento prévio do titular, só pode ser possível por meio de autorização judicial nos termos da lei. Naturalmente, qualquer acesso a essas informações sem o consentimento do proprietário ou não havendo autorização judicial prévia não deixa de ser uma intromissão abusiva nas comunicações e, portanto, sancionado com nulidade do ato, nos termos do número 8 do artigo 35º da Constituição.

8.5.2. A nível da legislação ordinária, de facto como dito supra, a situação concreta que temos em mãos não se enquadra na literalidade do artigo 255º que trata de questões relacionadas com a interceção ou gravação de conversações que naturalmente poderão estar em curso, mas tal facto não significa que não haja outros dispositivos legais que regulam a questão ou que uma solução mais conforme à Constituição não fosse possível através da interpretação dos preceitos aplicáveis.

A – Não seria de todo estranho adotar-se um sentido hermenêutico do preceito 255 do CPP numa direção de se interpretar o termo interceção de tal forma a poder abranger situações de consulta de informações constantes da memória de dispositivos eletrónicos mesmo que já recebidas e lidas pelo destinatário. É que, devido ao grande desenvolvimento tecnológico que se tem verificado nos últimos tempos, a ponte que separa mensagens lidas de mensagens não lidas é ténue e nem a lei nem Constituição procuram diferenciar essas duas situações. É evidente que toda e qualquer consulta de mensagens trocadas não lidas existentes na memória de qualquer dispositivo eletrónico, como por exemplo telemóveis, sem o conhecimento e consentimento do destinatário, seria claramente interceção e pressuporia, como ficou

explanado relativamente à correspondência e que se aplica às situações de telecomunicações por estarem sujeitos às mesmas condições (artigo 44 da Lei Suprema), a existência de permissão legal e autorização judicial, bem como a prossecução de um ou mais interesses públicos relevantes identificáveis. Não se vê, contudo, por que não estender esta mesma proteção à consulta de mensagens eventualmente já recebidas e lidas e registo de chamadas recebidas e efetuadas, até porque se está a proteger o mesmo direito, ainda que se possa entender que a proteção não seja na mesma intensidade. O que não é defensável do ponto de vista dos direitos fundamentais em causa, é dizer que não há qualquer limitação em relação ao poder de os órgãos de polícia criminal apreenderem e tomarem conhecimento de tais elementos, na medida em que se estaria perante apreensão de documentos normais, portanto sujeita ao regime geral. Não se está perante apreensão de documentos normais. Está-se perante apreensão de informações íntimas ligadas à vida privada dos indivíduos.

O telemóvel talvez se tenha tornado no instrumento eletrónico mais pessoal e privado existente no mundo moderno, e a consulta do seu conteúdo sem o consentimento do titular e sem autorização do juiz vulnera e de que forma o direito à privacidade reconhecido pela Lei Fundamental. A vida da pessoa pode estar no seu telemóvel, que podem conter dados integrais sobre a sua consciência e identidade precisamente porque dele se podem extrair dados de tráfego telefónico e de internet, fotografias, vídeos, e-mails, aplicações de todo o género, redes sociais, registos médicos, nomeadamente de frequência cardíaca, pressão arterial, pulsação, diários pessoais, agenda, etc.

B – No entanto, aplicando-se este preceito sempre se poderia argumentar no sentido de que seria possível ao órgão de polícia criminal tomar conhecimento prévio da comunicação interceptada, ao abrigo da norma constante do artigo 256, número 2, do CPP, cuja redação estabelece que “2. O disposto no número anterior não impede que o órgão de polícia criminal que proceder à investigação tome previamente conhecimento do conteúdo da comunicação interceptada a fim de poder praticar os actos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova”. Esta norma permite a tomada de conhecimento prévio do conteúdo das comunicações interceptadas por parte dos órgãos de polícia criminal, mesmo antes de as encaminhar ao juiz que as tiver ordenado. Entretanto, a aplicação deste dispositivo legal não é feita sem mais, pois existem certas condições que deverão estar preenchidas, desde logo as presentes no próprio corpo do dispositivo legal. Assim, a parte final da norma estipula que o órgão de polícia criminal só poderá tomar conhecimento prévio dessas informações com vista à prática de atos cautelares essenciais, estando, desta forma, vinculado ao princípio da

necessidade. O que significa que só será possível que tal aconteça no âmbito da prática de atos cautelares indispensáveis, que se não forem praticados colocar-se-ia em causa a possibilidade de acesso aos meios de prova resultantes dessas comunicações. Entretanto, além disso, essas exigências cautelares têm que ser urgentes, na medida em que não o sendo, o órgão de polícia criminal não tem legitimidade para tomar conhecimento dos conteúdos comunicacionais interceptados. Ademais, um outro pressuposto subjaz a toda essa problemática: tem que haver uma autorização judicial prévia a permitir a intercepção de comunicações.

No caso concreto não se consegue vislumbrar nenhuma medida cautelar que fosse imprescindível para assegurar os meios de prova. Não obstante, mesmo que existisse, ainda assim não seria possível a utilização deste poder pelos órgãos de polícia criminal, na medida em que não se verifica nenhum ato urgente que devesse ser praticado, sob pena de perda, dano ou extravio de meios de prova eventualmente existentes na memória do telemóvel, pois este objeto se encontrava na posse do órgão de polícia científica, não subsistindo, neste caso, qualquer possibilidade de dano ou extravio de qualquer conteúdo constante em sua memória, porque não tendo acesso ao mesmo não se vê como o recorrente poderia, nomeadamente, apagar o registo de mensagens e chamadas. E, acima de tudo, no âmbito deste processo, nunca houve qualquer autorização por parte do juiz de instrução no sentido de se poder apreender telemóveis ou registos de chamada e de mensagens constantes das suas memórias e, como já se disse acima, a apreensão do próprio telemóvel é ilegal, na medida em que só poderia ser válida se se estivesse em caso de flagrante delito, o que não se verificou na situação concreta.

C – Outra opção, ainda nos termos da Lei, seria a aplicação analógica do regime de apreensão de correspondência, previsto no artigo 244, analisado no ponto anterior, que também não destriça correspondência aberta de correspondência não lida. A aplicação analógica deste preceito seria possível, na medida em que, como ficou assente supra, não existe materialmente diferença entre telecomunicação e correspondência, e ela sancionaria com nulidade a consulta de informações constantes da memória de telemóveis, na medida em que só seria possível nos termos do artigo e mediante autorização judicial, que não houve. Além disso, somente o juiz poderia tomar o conhecimento dessas informações em primeiro lugar, sendo tal consulta, portanto, vedada ao órgão de polícia científica, conforme decorre do número 3 do referido preceito e alínea e) do número 1 do artigo 307.

Ainda que se permitisse ao órgão de polícia científica a tomada de conhecimento prévio das informações constantes da memória do telemóvel, o que seria forçado se se optar



pela aplicação analógica deste preceito à situação *sub judice*, em última instância esta consulta estaria subordinada à verificação dos pressupostos estabelecidos supra. Pelo que, além da necessidade de haver autorização judicial para o efeito, seria ainda necessário que fosse indispensável a prática de atos cautelares urgentes, o que, como se concluiu, não se verificou.

D – Essas aplicações analógicas em termos processuais e constitucionais são perfeitamente válidas, na medida em que o que se veda neste âmbito é toda e qualquer interpretação que limite ilegitimamente a extensão e o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias, sendo certo que a interpretação que tivesse a intenção de se aplicar na máxima extensão fática e juridicamente possível normas de direitos, liberdades e garantias nunca seria ilegítima.

8.6. Contudo, restaria ainda o preceito legal geral previsto no artigo 178º (3) do CPP que contém norma em parte semelhante à norma do artigo 35º (8) da Constituição, segundo a qual *“Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.”* Embora não exista nenhuma outra disposição legal no Código de Processo Penal que trate especificamente da questão, se conjugarmos esse artigo com o artigo 44º da *Lex Suprema*, e levarmos em conta as possíveis interpretações analógicas dos preceitos potencialmente aplicáveis, como acima recortado, a única interpretação possível que melhor considera as posições jurídicas fundamentais em causa, é a de que uma intromissão que violasse o segredo de telecomunicações, quando não houvesse consentimento do titular, só seria lícita mediante autorização do tribunal nos termos da lei do processo penal, com o fim de se prosseguir um interesse público legítimo como seja o da realização da justiça. Assim, nem o Ministério Público nem os órgãos de polícia criminal podem intrometer-se nas comunicações, nomeadamente ordenando a leitura de memória de telemóveis.

8.7. Para evitar o que aconteceu na vigência da Constituição de 1980, em que muitas liberdades fundamentais, ficaram condicionadas à boa vontade do Parlamento, que nunca oi muito tardiamente se concretizou, no nosso sistema constitucional atual, por força de princípio inserto no artigo 18, os direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis, não ficando limitada a sua eficácia pela necessária intervenção do legislador ordinário. Por conseguinte, sempre seria possível recorrer aos preceitos fundamentais em causa, mormente os artigos 44 e 35 número 8, sancionando com nulidade tal conduta do órgão de polícia criminal, por violação do segredo de comunicação, ainda que de uma forma menos intensa, por não se tratar

de uma comunicação em curso, mas sim um produto seu. Isto na medida em que ainda que fosse possível a apreensão do telemóvel se se estivesse perante situação de flagrante delito, nunca se poderia tomar conhecimento do conteúdo constante da memória do telemóvel, pois a reserva neste caso competiria primeiramente ao juiz. Esta solução não é de todo estranha, porque, além de os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias serem de aplicabilidade direta, os juízes dos tribunais judiciais também são juízes das liberdades, obrigados a respeitar e a aplicar a Constituição, mormente as normas relativas aos direitos, liberdades e garantias.

Contudo, a questão que se colocaria teria que ver com o regime constitucional a se aplicar a esta situação concreta, caso o aplicador não lançasse mão dos mecanismos previstos supra. Parece que o recurso ao regime previsto sobre a garantia da inviolabilidade do domicílio seria uma boa opção a se aplicar à situação concreta, porque, embora tenha uma proteção inferior à prevista no artigo 44, que não abre nenhuma exceção à possibilidade de não haver reserva do juiz, nem em caso de urgência ou flagrante delito, ainda assim possui um regime bastante apertado. E na situação em análise, como não estamos perante nenhuma das exceções previstas ainda assim continuaria sendo necessária autorização judicial antes de se apreender e eventualmente poder consultar informação constante da memória do telemóvel.

Com tudo isso o Tribunal quer fazer entender que a proteção no caso concreto poderia até ser menos intensa do que a prevista no artigo 44, na medida em que já não se está perante comunicações em curso, que merece de facto proteção reforçada, mas a proteção deve ainda assim ser de tal modo intenso a se poder proteger o direito à privacidade, pois a consulta de informações constantes de memória de telemóveis vulnera esse direito, expondo informações íntimas e pessoais dos titulares, cujo conhecimento não pode em caso algum ficar dependente do livre arbítrio dos órgãos de polícia criminal ou sequer do Ministério Público.

Assim, não se pode aceitar de modo nenhum o entendimento do juiz de instrução segundo o qual sendo a apreensão lícita, o que não foi, e estando o telemóvel na posse do órgão de polícia criminal, nada impede que o mesmo tenha acesso a informações constantes da sua memória.

8.8. Esta é a interpretação que melhor atende aos preceitos constitucionais na matéria. Aliás, o legislador ordinário levou-a em conta e, através da Lei nº 8/IX/2017, de 20 de março, que estabelece as disposições penais materiais e processuais, bem como as disposições

relativas à cooperação internacional em matéria penal, relativas ao domínio do cibercrime e da recolha de prova em suporte eletrónico, passou a regular a questão de um modo mais específico. Assim, relativamente à recolha de prova em suporte eletrónico, nos termos do artigo 17º “1. *Quando no decurso do processo se tornar necessário à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade, obter dados informáticos específicos e determinados, armazenados num determinado sistema informático, a autoridade judiciária competente autoriza ou ordena por despacho que se proceda a uma pesquisa nesse sistema informático, devendo, sempre que possível, presidir à diligência.* 2. *O despacho previsto no número anterior tem um prazo de validade máximo de 30 dias, sob pena de nulidade.* 3. *O órgão de polícia criminal pode proceder à pesquisa, sem prévia autorização da autoridade judiciária, quando: a) A mesma for voluntariamente consentida por quem tiver a disponibilidade ou controlo desses dados, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado; b) Nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa.* 4. *Quando o órgão de polícia criminal proceder à pesquisa nos termos do número anterior: a) No caso previsto na alínea b), a realização da diligência é, sob pena de nulidade, imediatamente comunicada à autoridade judiciária competente e por esta apreciada em ordem à sua validação; b) Em qualquer caso, é elaborado e remetido à autoridade judiciária competente o relatório no qual mencionam, de forma resumida, as investigações levadas a cabo, os resultados das mesmas, a descrição dos factos apurados e as provas recolhidas.* 5. *Quando, no decurso de pesquisa, surgirem razões para crer que os dados procurados se encontram noutra sistema informático, ou numa parte diferente do sistema pesquisado, mas que tais dados são legitimamente acessíveis a partir do sistema inicial, a pesquisa pode ser estendida mediante autorização ou ordem da autoridade competente, nos termos dos n.ºs 1 e 2.* 6. *À pesquisa a que se refere este artigo são aplicáveis, com as necessárias adaptações, as regras de execução das buscas previstas no Código de Processo Penal”.*

8.8.1. Nos termos do novo diploma legislativo, qualquer pesquisa feita em qualquer sistema informático, o que inclui como é natural sistemas operativos de telemóveis, que não deixam de ser sistemas informáticos, tem que ser autorizada por autoridade judiciária competente, devendo, aliás, sempre que possível, presidir à diligência. As únicas exceções a esta regra são as que estão no nº3 do mesmo artigo, em que o órgão de polícia criminal pode fazer a pesquisa sem a autorização da autoridade judiciária competente quando há

consentimento de quem tem a disponibilidade ou o controlo desses dados ou nos casos de criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa.

8.8.2. Ora o caso que temos em mãos não se enquadra em nenhuma dessas exceções. Sempre se poderia argumentar que o crime de que o recorrente foi julgado e condenado seria um caso de criminalidade violenta ou altamente organizado, no entanto esta tentativa seria muito forçada, na medida em que é difícil enquadrar o crime concreto neste tipo de base, ou, mesmo que fosse possível, não seria fácil fundamentar que na presente situação estar-se-ia na iminência de prática de crime que pusesse em grave risco a vida e a integridade de qualquer pessoa. Pelo que se afasta a possibilidade de este tipo de caso se enquadrar na exceção da alínea b). Mesmo que tal fosse possível, ainda assim o órgão de polícia criminal deveria comunicar imediatamente a diligência à autoridade judiciária competente para validação.

Destarte, embora esta lei tenha entrado em vigor no ordenamento jurídico cabo-verdiano em momento posterior ao julgamento e condenação do recorrente em primeira instância, verifica-se que o regime estipulado pelo legislador no âmbito de recolha de provas em suporte eletrónico é bastante apertado, como o é aliás todo e qualquer meio de obtenção de provas que coloca em causa os direitos, liberdades e garantias dos arguidos.

8.8.3. Ademais, além desta possibilidade, assiste ao órgão de polícia criminal, nos termos do artigo 14, número 2, a prerrogativa de ordenar a preservação de dados constantes de sistema informático, importantes para a produção de prova, com vista à descoberta da verdade material. O preceito tem redação nos seguintes termos: “2. *A preservação pode também ser ordenada pelo órgão de polícia criminal mediante autorização da autoridade judiciária competente ou quando haja urgência ou perigo na demora, devendo aquele, neste último caso, dar notícia imediata do facto à autoridade judiciária e transmitir-lhe o relatório no qual mencionam, de forma resumida, as investigações levadas a cabo, os resultados das mesmas, a descrição dos factos apurados e as provas recolhidas.*” Entretanto, esta faculdade é exceção, pois, regra geral, quem deverá ordenar a preservação desses dados é a autoridade judiciária competente, pois nos termos do número 1 do mesmo dispositivo, “*Se no decurso do processo for necessário à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade, obter dados informáticos específicos armazenados num sistema informático, incluindo dados de tráfego, em relação aos quais haja receio de que possam perder-se, alterar-se ou deixar de estar disponíveis, a autoridade judiciária competente ordena a quem tenha disponibilidade*

*ou controlo desses dados, designadamente a fornecedor de serviço, que preserve os dados em causa.*” Nem relativamente à autoridade judiciária o poder é automático, na medida em que a ordem de preservação só é legítima, se for necessária para a produção da prova e houver receio de perda, alteração e indisponibilidade dos meios de prova. Relativamente, ao órgão de polícia criminal os pressupostos são ainda mais estreitos, porque, para além desses que se têm de se verificar, o órgão de polícia criminal só pode ordenar a preservação dos dados quando houver autorização prévia por parte da autoridade judiciária ou então quando houver urgência ou perigo na demora, e, ainda, tem que cumprir certos requisitos, na medida em que deve informar os factos imediatamente à autoridade judiciária, além de transmitir-lhe o relatório contendo resumidamente todo o processo de investigação.

8.9. Assim, não se vê outra alternativa que não seja a de afastar a interpretação e aplicação dos preceitos em causa pelo juiz de pronúncia, que não considerou da melhor forma os direitos, liberdades e garantias do recorrente. Mesmo sem esta lei, não era impossível ao Tribunal de Instância ou mesmo ao órgão recorrido terem chegado à interpretação segundo a qual a leitura de memória de telemóveis, nomeadamente registos de chamadas e mensagens efetuadas e recebidas por parte dos órgãos de polícia criminal, sem autorização da autoridade judiciária competente, neste caso o juiz, ou sem o consentimento do titular do direito posto em causa, constitui uma nulidade insanável, e, portanto, a prova por este meio conseguida é uma *prova proibida*, que não deveria ser utilizada.

E isto independentemente de a apreensão ser lícita ou ilícita. É que o tribunal de pronúncia considera que o acesso às informações constantes da memória do telemóvel seria permitido, na medida em que, sendo a apreensão lícita, na sua opinião, da qual esta Corte Constitucional se afasta, e estando o bem (telemóvel) na posse do órgão de polícia criminal, nada obstava a que o mesmo pudesse consultar e fazer pesquisas nele.

8.9.1. Em primeiro lugar aqui estamos perante duas situações diferentes, num primeiro momento estamos em face de apreensão do telemóvel, um bem físico, e num segundo momento perante a apreensão de um meio de prova (registo de chamada ou de mensagem) constante da memória do telemóvel.

8.9.2. Neste segundo momento estamos perante requisitos mais apertados, na medida em que se atentarmos à Lei nº 8/IX/2017, de 20 de março e à Constituição, nem sequer é admitida a consulta e recolha de meios de prova em flagrante delito, as únicas exceções são

as constantes da alínea a) e b) do número 3, do artigo 17º. Pelo que, mesmo que a apreensão fosse lícita, o que o Tribunal não considerou, ainda assim o órgão de polícia criminal deveria solicitar autorização da autoridade judiciária competente antes de proceder à consulta, pesquisa e recolha dos meios de prova constantes do telemóvel do recorrente.

Não fazendo assim incorreram numa nulidade insanável que põe em causa as provas obtidas por essa via. Deste modo, violando a garantia de reserva de comunicações e justificando que as provas obtidas por esta via tenham de ser desconsideradas no quadro do processo.

8.10. Além disso, pelos mesmos motivos, ao recolher dados pessoais telefónicos do recorrente fora do quadro legal previsto, nomeadamente contornando o sistema de fiscalização instituído por lei para a recolha de informações desta natureza suscetível de ser usada em processo crime vulnerou-se igualmente a garantia de proibição de recolha de dados pessoais fora dos casos previstos pela lei que emana do artigo 45 da Constituição da República, justificando que, neste particular, o Tribunal adote o amparo ajustado a remediar a violação.

9. Em relação à possível violação da garantia da presunção da inocência, como se antecipava, o escrutínio fica prejudicado:

9.1. Especificamente, o tribunal recorrido teceu considerações segundo as quais, *“Já no que se refere propriamente ao mérito da decisão, diz o recorrente que não ficou provado que importou a droga, para, de seguida, enumerar os factos que a seu ver ficaram provados. Ora, como reiteradamente tem decidido este tribunal, a apreciação da prova é da responsabilidade da entidade judiciária competente, no caso, o juiz, que a aprecia livremente, nos termos do art 177º do CPP. De modo que é irrelevante que o arguido considere provados determinados factos de acordo com a sua versão e conveniência, para mais quando nem sequer indica as razões pelas quais estes factos devem ser considerados provados, em detrimento dos que o tribunal deu como provados, com base nas provas produzidas e examinadas na audiência de discussão e julgamento, nem as passagens da gravação que impunham decisão diversa. Na verdade, o arguido limita-se a afirmar que os factos provados não deviam ter sido assim considerados, que o tribunal não o podia condenar porque existe uma panóplia de argumentos, documentos e testemunhos contraditórios, que não satisfazem as exigências de convicção para lá da dúvida razoável. Porém, não indica essas contradições, nem as passagens da gravação donde pudessem resultar, ónus imposto pelo art. 22º nº 5 Lei*

*nº 33/VIII/2013, de 16 de Julho, e que não foi cumprido, tendo como consequência a rejeição do recurso da matéria de facto. Alega ainda que foi condenado por preconceito, por ser estrangeiro, mas essa alegação não te[m] qualquer cabimento, porquanto não decorre do processo, sendo por demais evidente que o facto de uma co-arguida ter sido absolvida não evidencia a existência do preconceito alegado, sendo a alegação produto de mera percepção infundada do recorrente. De resto, o tribunal, ainda no âmbito da apreciação da prova, não está obrigado a acreditar nos depoimentos dos intervenientes processuais, tudo dependendo da credibilidade que esses depoimentos oferecerem. Por isso, o facto de o co-arguido Ayo ter declarado que não disse nada aos agentes e que não conhecia o recorrente não vincula o tribunal recorrido, sendo evidente que ambos se conheciam, e a sentença recorrida justificou as razões pelas quais não acreditou nessa versão. Por outro lado, estão demonstrados os contactos telefónicos entre o recorrente e o arguido Ayo enquanto procedia a recolha da mala que continha a droga, sendo certo que a alegação de que tinha cedido o telemóvel a um tal de Jack, nunca encontrado, não mereceu a credibilidade do tribunal, sendo certo que o arguido não nega que o número de telemóvel lhe pertencia”.*

Portanto, embora certeza não exista, aparentemente para o Tribunal de Recurso, as provas que foram obtidas por meio da leitura do telemóvel, às quais se refere explicitamente, como, de alguma forma, a assunção do que o juiz de julgamento tinha expressado em relação à forma como se convenceu da culpa do ora recorrente, referindo-se a página 8 da sua sentença ao “conteúdo do auto de revista e apreensão de folhas 20, com o teor do auto de abertura de encomenda de folhas 21, com as fotografias de folhas 22, 23 e 24, com o teor do auto de apreensão de folhas 25, com o teor do auto de leitura de memória de telemóvel que foi lida aos arguidos a folhas 26 e 27, com o teor dos autos de busca e apreensão de folhas 28 a 31, com o teor de exame perícia ao produto da droga (cocaína) que faz folhas 32 a 35 e (...)”, terá se mostrado decisiva para a condenação e sobretudo para a sua manutenção pelo órgão judicial recorrido, sendo até de se conjecturar se na sua ausência as restantes provas testemunhais e documentais seriam suficientes por meramente circunstanciais.

9.2. Por conseguinte, como fica evidente, a sindicância por violação desse direito fica notoriamente prejudicada, pelo menos na perspetiva de impor um escrutínio mais demorado ou definitivo porque, na verdade, atendendo que provas nulas foram utilizadas para condenar o arguido e fizeram parte do arsenal que determinou o duto arrazoamento do juiz comarcão e também a confirmação dessa sentença pelo fundado aresto do Tribunal de recurso recorrido, qualquer juízo desta Corte Constitucional incidiria sobre uma decisão que se ancorou em

provas cuja forma de obtenção foram por si só vulneradoras de garantias fundamentais associadas ao direito à privacidade e à liberdade, nomeadamente à inviolabilidade de domicílio e ao segredo de correspondência, de telecomunicações e do direito à proteção de dados pessoais.

9.3. Isso de tal sorte a distorcer o próprio escrutínio que se podia lançar à violação do direito, tendo ainda o potencial de levar a resultados virtualmente contraditórios, nomeadamente uma determinação de não violação do direito à presunção da inocência ao mesmo tempo que se estabelece a vulneração das garantias fundamentais associadas ao direito à privacidade já citadas.

10. Mostra-se ainda necessário enviar, nos termos do número 3 do artigo 25 da Lei do Amparo e do *Habeas Data* nos termos já decididos por este Tribunal desde o acórdão tirado no caso *Joaquim Wenceslau v. STJ*, Acórdão 10/2018, de 3 de maio, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado no BO, I Série, n.º 35, de 6 de junho de 2018, pp. 869-884, prática seguida pelo Acórdão nº 24/2018, de 13 de novembro, *Alexandre Borges v. STJ*, Rel: JC José Pina Delgado, *Boletim Oficial*, I Série, nº 88, 28 de dezembro de 2018, pp. 1824-1835/para. 5.1.

### **III. Decisão**

Pelo exposto, os Juízes do Tribunal Constitucional reunidos em Plenário decidem que houve:

1. a) violação das garantias de inviolabilidade de domicílio, de segredo da correspondência e do segredo das telecomunicações e concomitantemente da garantia de exclusão de provas obtidas mediante abusiva intromissão na correspondência, nas telecomunicações, no domicílio e na vida privada do recorrente pelo facto de o órgão recorrido ter considerado que, enquanto Tribunal de recurso, não podia conhecer de questões a envolver nulidades, ainda que insanáveis, por já terem sido decididas pelo juiz de instrução e não se ter interposto a tempo o competente recurso;

b) violação da garantia de inviolabilidade de domicílio por se ter usado provas obtidas através de abusiva intromissão no domicílio do recorrente sem consentimento, sem mandado judicial e fora de situação de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro.



c) violação do direito ao processo justo e equitativo ao serem admitidas e usadas provas obtidas por meio da violação das garantias de segredo de correspondência de terceiro;

d) violação da garantia de segredo de telecomunicações e da proteção de dados pessoais ao serem admitidas e usadas provas resultantes de leitura de dados de comunicações telefônicas do recorrente fora do apertado quadro legal permitido por lei, nomeadamente sem autorização judicial.

2. Declarar que o conhecimento da alegação de violação da garantia da presunção da inocência fica prejudicada pelas decisões anteriores e logo a lesão deste direito não pode ser escrutinada;

3. Conceder o amparo adequado à situação, determinando que o órgão recorrido anule as provas obtidas através de abusiva intromissão no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações do arguido, ora recorrente;

4. Ordenar a remessa dos autos ao Procurador-Geral da República para efeitos de fiscalização sucessiva e concreta da constitucionalidade das normas aplicadas pelo:

a) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de N° 53/2017, de 24 de Julho de abril, na exata aceção normativa atribuída ao número 3 do artigo 178 conjugado com a alínea e) do artigo 151 e com o número 1 do artigo 372, todos do Código de Processo Penal de acordo com a qual o tribunal de recurso não pode conhecer de arguição de nulidade de provas obtidas por meio de abusiva intromissão na vida privada do arguido caso a questão já tenha sido decidida pelo juiz de pronúncia e não tenha havido qualquer recurso dessa decisão por violação das garantias de inviolabilidade de domicílio, de segredo de correspondência, de segredo de comunicações e de nulidades de provas obtidas por meio de abusiva intromissão na correspondência, nas telecomunicações, no domicílio e na vida privada.

b) Despacho de Pronúncia de 28 de janeiro e confirmada pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de N° 53/2017, de 24 de julho de abril, na exata aceção normativa atribuída aos artigos 234 conjugado com o número 3 do artigo 238 do Código de Processo Penal, segundo a qual configura flagrante delito situação de entrega controlada que não se materializa por violação à garantia de inviolabilidade de domicílio habilitando os órgãos de polícia criminal a conduzir busca domiciliária sem prévia autorização do juiz;

c) Despacho de Pronúncia de 28 de janeiro e confirmada pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Nº 53/2017, de 24 de julho de abril, na exata aceção normativa atribuída aos artigos 244 do Código de Processo Penal, segundo a qual o órgão de polícia criminal não só pode apreender, como abrir e tomar conhecimento de conteúdo de encomenda sem consentimento expresso do seu proprietário, ainda que na sua presença, e sem apresentá-la ao juiz por violação da garantia de segredo de correspondência;

d) Despacho de Pronúncia de 28 de janeiro e confirmada pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Nº 53/2017, de 24 de julho de abril, na exata aceção normativa atribuída aos artigos 255 do Código de Processo Penal, segundo a qual a leitura de dados de tráfego de telemóvel sem autorização judicial não gera nulidade por não se tratar de comunicação ativa, mas mero documento, logo não sendo abarcada pelo conceito de intercetação de comunicações, por violação da garantia de segredo de comunicações e da garantia de proteção de dados pessoais.

Registe, notifique (inclusivamente a Comissão Nacional de Proteção de Dados em razão da matéria objeto do amparo por força do artigo 7º da lei nº 42/VIII/2013, de 17 de setembro) e publique.

Praia, 20 de dezembro de 2018

*José Pina Delgado* (Relator)

*Aristides R. Lima*

*João Pinto Semedo*

**ESTÁ CONFORME**

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 22 de janeiro de 2019.

O Secretário,

*João Borges*