



Cópia:

Do parecer proferido nos autos de Apreciação Preventiva da Constitucionalidade n.º 1/2019, requerida por Sua Excelência o **Presidente da República**, tendo por objeto a norma constante do artigo 2.º do ato legislativo remetido pela Assembleia Nacional, para promulgação como Lei, na parte em que visa alterar o artigo 14.º da Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de julho.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PARECER N.º 1/2019

(FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA DO ARTIGO 2º DO ATO LEGISLATIVO DE REVISÃO DA LEI DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA PARTE EM QUE ALTERA O SEU ARTIGO 14)

I. Relatório

1. Sua Excelência “*O Presidente da República, usando da competência conferida pelos artigos 135.º, n.º 1, alínea r) e 278.º, n.º 1, alínea a) da Constituição da República (CRCV), conjugados com o disposto nos artigos 11.º, alínea b), 57.º, n.º 1, 63.º, alínea a), todos da Lei n.º 56/VI/2005, de 28 de Fevereiro, vem requerer a fiscalização preventiva da constitucionalidade de norma constante do acto legislativo remetido pela Assembleia Nacional ao Presidente da República, para promulgação como Lei, que visa proceder à alteração da Lei de Investigação Criminal, aprovada pela Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, com os seguintes fundamentos*”:

1.1. A Assembleia Nacional submeteu à sua apreciação para efeitos de promulgação de ato legislativo que procede à alteração da Lei de Investigação Criminal, aprovada pela Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, por meio do seu artigo 2º em parte que incide sobre o artigo 14 da Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, estabelecendo-se que “*A autorização para a operação (acção encoberta) é dada pelo Ministério Público competente, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de turno, devendo constar da mesma os fundamentos, a descrição sumária da operação e, sempre que possível, devendo ser ponderada a necessidade, bem como, a segurança da operação*”.

1.2. No seu entender na medida em que tal preceito consagra normativo segundo o qual a ação encoberta não carece de controlo judicial, ficando dependente de

autorização do Ministério Público, o qual tem simplesmente o dever de comunicar a juiz tal ato, não sendo, neste sentido, o mesmo do que autorizar, pois este último não desempenharia qualquer papel prático nesse processo porque nem autoriza válida *ex post factum* tal ato, solução legislativa que lhe suscita dúvidas “quanto à conformidade do disposto no seu artigo 2.º, em especial a alteração ao artigo 14.º da Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, com os artigos 35.º, n.ºs 6, 7 e 8; 17.º, n.ºs 4 e 5; 22.º n.ºs 1 e 6; e 209.º todos da CRCV”;

1.3. Tais reservas radicam no facto de que na sua perceção podem não estar asseguradas certas garantias de defesa em processo penal, em especial a necessidade da intervenção judicial em fase de instrução nas situações em que estejam ou possam estar em causa potencial lesão de direitos, liberdades e de garantias, sobretudo em razão da possível perigosidade que tais meios excepcionais de obtenção de prova podem representar para os direitos fundamentais dos suspeitos e eventualmente arguidos e igualmente dos dos agentes que os executam;

1.4. Fundamenta constitucionalmente tais dúvidas recorrendo ao número 7 do artigo 35º, que, na sua opinião, garante ao arguido a defesa e inviolabilidade dos seus direitos, liberdades e garantias, inclusive no que diz respeito à obtenção de provas, em contexto de acordo com o qual a tutela de direitos, liberdades e garantias, nos termos dos números 1 e 6 do artigo 22 e do artigo 209, ambos da Carta Magna Pátria, caiba aos tribunais.

1.5. Pois, não obstante o processo penal cabo-verdiano se reger pelo princípio acusatório, nos termos do qual em cada uma de suas fases haja um *dominus* processual que acolhe a distinção entre o juiz da audiência contraditória preliminar, o juiz de julgamento e o órgão acusador, tal princípio deve sofrer, nas suas palavras, uma certa flexibilização sempre que esteja em causa potencial violação de direitos, liberdades e garantias, determinando, assim, um controlo judicial.

Sempre na sua abalizada opinião, sendo certo que a fase de investigação (instrução) é dirigida pelo Ministério Público – órgão autónomo em relação ao poder judicial – a quem cabe com exclusividade a responsabilidade da investigação naquele momento, a intervenção judicial nesta fase é absolutamente necessária, ainda que tipificada e provocada por aquele órgão, nas situações de possível vulneração de direitos,

liberdades e garantias das pessoas, sendo efetivada sempre por impulso do próprio Ministério Público e após juízo por este feito relativamente à oportunidade e necessidade de tal intervenção. Só assim se poderia precaver eventuais ingerências injustas nos direitos, liberdades e garantias, uma necessidade cada vez mais premente na medida em que se vive tempos de desenvolvimento das estruturas policiais, de técnicas de investigação como as ações encobertas e de sistemas informáticos de controlo de dados que exigem controlos mais apertados.

1.6. Controlos estes que devem estar alocados ao magistrado judicial, por ser um juiz das liberdades, a quem constitucionalmente se incumbe de proteger os direitos, liberdades e garantias, nomeadamente dos suspeitos/arguidos. Precisamente por ser uma entidade independente, imparcial e descomprometida com a titularidade da ação penal, ao contrário neste particular do Ministério Público, que apesar de também ser um órgão de administração da justiça e de ter como único objetivo a procura da verdade material, regendo-se pelos princípios da legalidade e da objetividade, sendo igualmente titular da ação penal num cenário de aplicação de medidas com natureza restritiva de direitos fundamentais, não poderia cumular com objetividade as duas funções, sob pena de como diz textualmente, ser “*juiz em causa própria*”.

Tratando-se, como defende, de função materialmente constitucional, só podem ser garantidas por um juiz, a única entidade suficientemente independente e imparcial para preservar os direitos de interferências injustas por parte do próprio órgão investigador. Por isso, na sua opinião, sendo desencadeadas ações encobertas na fase de instrução ou de audiência contraditória preliminar, deve ser o juiz a permiti-lo ou a validá-las, não sendo suficiente a mera comunicação feita pelo Ministério Público de que já as autorizou.

1.7. Além disso, na atual forma, o diploma também colocaria a dúvida de se saber se tal material probatório – obtido por meio de ações encobertas – não seria fulminado por uma proibição de prova que o tornaria inutilizável no processo, o que não aconteceria caso fossem validadas pelo juiz.

Isto porque os interesses públicos que se tenta materializar através do processo penal encontra limites na dignidade da pessoa e nos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, não podendo valer-se de atos que contendam com os direitos fundamentais básicos. Motivo porque as provas obtidas mediante ofensa da reserva da

intimidade da vida privada são nulas, a menos que tais ações tenham sido efetuadas com intervenção (autorização) judicial, o mesmo acontecendo com aquelas que se mostrem desnecessárias, desproporcionais ou aniquiladoras de direitos, liberdades e garantias, nos termos do número 5 do artigo 17.

1.8. Por este motivo, literalmente, *“solicita-se ao Tribunal Constitucional, na sua qualidade de órgão máximo de administração da justiça em matéria jurídico-constitucional, ao abrigo das disposições supra citadas, a fiscalização preventiva da conformidade do artigo 2.º do acto legislativo cuja promulgação foi requerida ao PR, em especial da alteração ao artigo 14º da Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, com o disposto nos artigos 35.º, n.ºs 6, 7 e 8; 17.º, n.ºs 4 e 5; 22.º n.ºs 1 e 6; e 209.º todos da Constituição da República”*.

2. No Tribunal Constitucional é de se reportar a seguinte tramitação:

2.1. Tendo dado entrada no dia 28 de março, quinta-feira, às 15:40, foi devidamente autuado e concluso pela secretaria no mesmo dia.

2.2. Na mesma data, cópias da peça foram remetidas aos juízes, tendo os autos seguido para o Presidente que marcou sessão de distribuição para sexta-feira às 10:00.

2.3. Nesse exato momento emitiu igualmente despacho (de ff. 28 e ss) admitindo o pedido, por ter concluído que o requerente possui legitimidade, especificou o artigo, indicou as normas cuja fiscalização requer e os princípios constitucionais que reputa terem sido violados, e que foi apresentado em tempo oportuno.

2.4. Através do mesmo despacho determinou que o S. Excia. o Senhor Presidente da Assembleia Nacional fosse notificado para que esta instituição, na qualidade de órgão prolator da norma impugnada em querendo se pronunciasse, o qual foi recebido no dia seguinte, 29 de março, conforme consta da f. 30 dos autos.

2.5. No dia marcado para a sessão de distribuição do processo, a relatoria do mesmo coube por sorteio ao JC Pina Delgado, que, nessa data, emitiu despacho solicitando à Assembleia Nacional elementos imprescindíveis à apreciação e deliberação do desafio de constitucionalidade lançado pelo Presidente da República, seguindo-se outro dirigido ao Ministério da Justiça e Trabalho, no dia 1 de abril, e um pedido

complementar de elementos enviado outra vez ao Parlamento da República no mesmo dia.

2.6. Até ao termo do prazo para a apresentação da resposta esta não tinha dado entrada na secretaria e mesmo considerando a data do depósito do presente Memorando não havia sido enviada, pelo que não pode ser considerada, nem na fase de aprovação do memorando, nem depois de redação do parecer, já que não chegou a existir.

2.7. Em concreto o Memorando de ff. 253-269v foi depositado na secretaria no dia 2 de abril, contendo, nos termos da lei, uma proposta a respeito das questões a responder pelo Tribunal acompanhada do encaminhamento quanto à solução e respetivos fundamentos, com o competente julgamento a ser marcado por despacho de f. 270v do Venerando Juiz Presidente do Tribunal para 8 de abril.

2.8. Entretanto, instantes antes do depósito do memorando, deu entrada o conjunto de documentos solicitados ao Ministério da Justiça do Trabalho que permite reconstruir em parte o pensamento do legislador; foram imediatamente autuados e disponibilizados aos juízes.

2.9. No mesmo sentido, a partir do mesmo dia, começaram a ser remetidos pela Assembleia Nacional os elementos requisitados pelo Relator tendentes a reconstruir-se a história legislativa do diploma.

2.10. A conferência de julgamento realizou-se no dia marcado, culminando com a aprovação das questões e propostas de solução inseridas no memorando na sequência de debate a respeito das mesmas que contou com a intervenção e contributos de todos os juízes.

2.11. Em seguida, a 15 de abril o Juiz Conselheiro Relator distribuiu uma versão completa do Parecer para a arbitragem tradicional, tendo obtido as manifestações de condordância dos demais juízes conselheiros nos dias seguintes.

2.12. A 17 de abril depositou-se o Parecer para efeitos de recolha de assinaturas e notificação das entidades envolvidas.

II. Fundamentação

1. A norma que suscitou dúvidas ao Exmo. Senhor Presidente da República foi, como consta aliás do despacho de admissão do Presidente deste Tribunal, devidamente identificada, verificando-se facilmente que se trata de norma que conta com um percurso recente no ordenamento jurídico cabo-verdiano, o qual convém explorar devidamente para se poder construir devidamente os elementos essenciais à empreitada que a Corte Constitucional se lança neste momento.

1.1. Os preceitos relevantes que foram integrados à Lei de Investigação Criminal em processo legislativo inserido numa segunda fase das reformas penais implementadas em Cabo Verde no início deste século, e que, em particular, se destinava a cobrir um meio emergente de obtenção de provas sobre o qual, tirando uma referência indireta na Lei da Droga, Lei nº 78/IV/93, de 12 de julho, publicada no *Boletim Oficial*, I Série, nº 25, 12 de julho, pp. 296-305, que através do artigo epigrafado como ‘conduta não punível em que se dispõe que “1. Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins estritos de inquérito e sem revelação de sua qualidade e identidade, aceitar diretamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas”, e a possibilidade aberta, mas sujeita a confirmação, pela incorporação do número 1 do artigo 20º da Convenção das Nações Unidas sobre Criminalidade Organizada Transnacional, aprovada para ratificação pela Resolução nº 92/VI/2004, de 31 de maio, publicada no *Boletim Oficial*, I Série, nº 16, 31 de maio, pp. 306-372, nos termos do qual “Se os princípios do seu ordenamento jurídico o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrónica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada”, o mesmo acontecendo com o artigo 50 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada para ratificação pela Resolução nº 31/VII/2007, de 2 de março, publicada no *Boletim Oficial*, I Série, nº 11, 22 de março, pp. 3-50, a qual dispõe que “A fim de combater eficazmente a corrupção, cada Estado Parte, na medida em que lhe permitam os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno e conforme as condições

prescritas por sua legislação interna, adoptará as medidas necessárias, dentro das suas possibilidades, para prever o adequado recurso, por suas autoridades competentes em seu território, à entrega vigiada e, quando considerar apropriado, a outras técnicas especiais de investigação como a vigilância eletrónica ou de outras índoles e as operações secretas (...)”, limitando-se, portanto, a permitir a possibilidade, mas não a determiná-la. Por conseguinte, tratava-se de questão que conhecia, naquele momento, um vazio normativo precisamente numa área que argüivelmente está associada a uma reserva de lei, dado o seu impacto sobre uma pluralidade de direitos, liberdades e garantias.

Apesar da referência geral ao artigo 2º na parte que altera o artigo 14º da Lei de Investigação Criminal, pela argumentação doutamente expendida pelo requerente deste desafio de constitucionalidade, a norma que se suscita é a exposta pela parte inicial do preceito que pretende alterar o artigo 14º, assim formulada: “*A autorização para a operação (ação encoberta) é dada pelo Ministério Público competente, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de turno, devendo constar da mesma os fundamentos, a descrição sumária da operação*”. Apesar de não ser despicienda a consideração da parte seguinte do preceito, nomeadamente expressa em termos segundo os quais na “*autorização para a operação (ação encoberta) (...) sempre que possível, deve[...] ser ponderada a necessidade, bem como, a segurança da operação*”, o Tribunal, por imposição constitucional e legal, só poderá, em princípio, verificar diretamente a conformidade constitucional e eventualmente proceder a pronúncia sobre aquele outro enunciado normativo.

1.2. Tratando-se de norma de alteração que contém concretamente regra sobre autorização para o desencadeamento de ações encobertas, é evidente que remete à versão originária aprovada pela Lei que se pretende rever, a Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de julho. Este ato legislativo foi aprovado inicialmente no ano de 2007 e não deixou desde o início, em razão do seu impacto, de suscitar fundadas dúvidas quanto ao seu impacto sobre um conjunto de preceitos constitucionais.

1.2.1. Não é despiciendo recordar que o arrazoado constante da nota justificativa da proposta de lei submetida ao Parlamento para aprovação enquadrava as medidas legislativas adotadas remetendo à necessidade de o Estado ter os instrumentos necessários para combater uma criminalidade que se considerava com “*elevado nível de sofisticação, que penetram insidiosamente a sociedade e corroem os próprios fundamentos do Estado*”

de Direito. A emergência destas novas formas de criminalidade que se socorrem de meios de atuação cada vez mais difíceis de detetar, exige respostas eficazes quer no âmbito preventivo quer repressivo”, sintetizando-se especialmente o interesse perseguido pelo poder público ao sublinhar-se que a proposta “prosegue o objetivo fundamental de reforço da eficácia no combate ao crime”.

1.2.2. Nas discussões prévias ao debate na generalidade questões foram suscitadas em sede de comissão especializada, conforme consta do relatório parecer (Rel: António Pascoal Santos; Pres. Lívio Lopes), de 29 de junho de 2007, prolongando-se em debates no plenário, nomeadamente com alguns deputados da oposição a levantarem um conjunto de questões constitucionais a envolver a titularidade da ação penal e competências investigatórias do Ministério Público, a maioria de aprovação em razão de matéria coberta pela lei, a expansão de causas de detenção fora de flagrante delito, e, além disso, a possibilidade de gravação de sons e imagens no quadro da investigação criminal.

1.2.3. Note-se que duas dessas questões também suscitaram dúvidas ao Senhor Presidente da República, justificando que tenha requerido a sua fiscalização ao Supremo Tribunal de Justiça enquanto Tribunal Constitucional: a da maioria requerida para aprovação do diploma em razão de normas que disporiam sobre os poderes do Ministério Público e a compatibilidade entre a possibilidade de gravação de imagens e sons e certas garantias constitucionais.

No seu douto *Parecer n.º 1[2007]*, de 6 de setembro, Rel. JC Fátima Coronel, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 35, 17 de setembro de 2007, pp. 659-668, o Supremo Tribunal de Justiça nas vestes de Tribunal Constitucional apresentou a sua posição e respetiva *ratio decidendi* nos seguintes termos: “*Por todo o exposto se conclui que o uso das câmaras de registo de som e imagem, na ausência de um quadro legal específico, ou desacompanhado de outras medidas que possam prevenir a sua utilização abusiva, e a admissão desse registo como meio de prova em sede de processo penal, em qualquer de processo, sem o consentimento dos visados, nos termos preconizados pelo acto legislativo em referência, nomeadamente pelo n.º 2 do artigo 22º, coloca o direito dos cidadãos à imagem, à palavra e a reserva da intimidade da vida privada numa situação de extrema vulnerabilidade, o que representa uma restrição desses direitos a um ponto que, por ser excessivo, não recolhe a legitimidade constitucional por violar o princípio da proporcionalidade que decorre do artigo 17º, n.º 5, da Constituição da*

República. Em se tratando de fiscalização preventiva da constitucionalidade e tendo em vista o esgotar dos eventuais fundamentos para reputar a norma em apreço de inconstitucional, importa adiantar um pouco mais para dizer que, por se tratar de um matéria atinente à restrição de direitos poder-se-ia aventar ainda que, para além da inconstitucionalidade que se acaba de reconhecer, a norma cuja constitucionalidade é questionada, padeceria ainda de uma inconstitucionalidade formal decorrente do facto de não ter sido aprovado pela maioria especial requerida pelo artigo 160º, nº 3. Não sufragamos porém tal entendimento. É certo que a Constituição confere à Assembleia Nacional a reserva absoluta de competência para legislar sobre a restrição ao exercício de direitos (artigo 175º, alínea k) impondo ainda no artigo 160º, n.º 3, que os projetos e as propostas de lei que tenham por objeto essa matéria sejam aprovadas por maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em exercício de funções. Entendemos que a restrição ao exercício de direitos a que alude o artigo 175º alínea k) só abrange as restrições especiais previstas na Constituição para certas categorias de cidadãos, nomeadamente militares, os agentes da polícia e os funcionários e magistrados referidos no artigo 238º. Os argumentos que sustentam esse nosso entendimento são os que se seguem. Em primeiro lugar a matéria das restrições comuns ao exercício de direitos, isto é aquelas restrições que atingem por igual todos os cidadãos, não foram objeto de regulamentação autónoma em sede da distribuição das competências entre a competência absoluta e a competência reservada, pelo que só as restrições especiais foram objeto de inclusão no elenco das matérias da reserva absoluta. Por conseguinte, até à revisão de 1999 era entendimento pacífico de que bastaria a invocação da competência para legislar sobre direitos, liberdades e garantias para se poder legislar também sobre as restrições ao exercício de direitos, salvo o que constava da reserva absoluta em matéria de restrição ao exercício de direitos por parte dos militares. É certo que a lei Constitucional 1/99 limitou-se a atribuir à Assembleia, em sede de reserva absoluta, a competência para legislar sobre as restrições ao exercício de direitos, sem qualquer especificação. Mas, a supressão da referência à categoria ou categorias abrangidas pelo preceito não pode ser entendida como intenção do legislador em reservar a competência absoluta da Assembleia Nacional fosse qual fosse o tipo de restrição ao exercício de direitos, pois que isso poderia introduzir disfunções, senão mesmo o caos, na atividade legislativa sobre os direitos liberdades e garantias em que cada iniciativa legislativa teria que levar a duas deliberações distintas: uma sobre a regulamentação da matéria propriamente dita, da competência da

Assembleia que pode fazer a aprovação por maioria simples, ou delegar no Governo, e outra sobre as restrições da exclusiva competência da Assembleia e, mesmo assim, só passível de aprovação por maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções. Nada, nem nos trabalhos preparatórios, nem nos debates parlamentares, sugere que tenha sido essa a intenção do legislador. Pelo contrário, a forma enxuta com que o legislador constituinte de 1999 se referiu à matéria de restrição ao exercício de direitos parece ter mais a ver com a dificuldade em encontrar uma fórmula que pudesse abranger todas as outras categorias funcionais em relação às quais Constituição passou a admitir expressamente a possibilidade da restrição ao exercício de direitos, sendo certo por outro lado que, por estarem expressamente identificadas no próprio texto, seria dispensável voltar a fazê-lo na parte das competências da Assembleia”.

Em suma, não considerou que a maioria de aprovação (absoluta), mas não especial de dois terços, fosse desconforme à Lei Fundamental, nomeadamente em razão da prática constitucional nessa matéria e de não conter qualquer inovação em matéria de determinação dos poderes do Ministério Público em sede de processo penal, mas entendeu que sem o conteúdo regulatório presente numa lei sobre a videovigilância ou de preceitos similares ainda que insertos em outro(s) diplomas, a previsão de gravação de sons e imagens violava a Carta Magna da República, o quadro garantístico existente seria insuficiente para salvaguardar o direito à imagem e o direito à intimidade da vida privada das pessoas.

1.2.4. Para aquilo que interessa diretamente para a presente aferição de conformidade constitucional, a primeira versão da proposta de lei integrava preceito que nos ocupa neste momento, expressamente destinada a definir o regime de autorização para a realização de ações encobertas, tinha, na verdade, uma redação diferente da que está atualmente vigor, prevendo que “*1. A realização de uma ação encoberta no âmbito da instrução depende de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de turno e considerando-se a mesma validada se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes. 2. Se a ação referida no número anterior decorrer no âmbito da prevenção criminal, é competente para autorização o juiz de turno, mediante proposta do Ministério Público”.* Portanto, incluía a possibilidade de haver uma espécie de validação tácita pelo juiz

decorrente da sua inação perante a comunicação feita da qual decorreriam efeitos de aquiescência.

Esta solução ainda constava da versão aprovada pela Assembleia, mas veio a ser alterada quando após o veto presidencial resultante do parecer proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça enquanto Tribunal Constitucional no sentido de considerar o número 2 do artigo 22º da iniciativa legislativa desconforme à Constituição.

A razão tinha a ver com o entendimento de alguns deputados que o segmento que previa uma validação tácita do juiz por decurso de prazo violaria preceito da Constituição que impõe o dever de fundamentação de decisões judiciais que não sejam de mero expediente, particularmente em razão do impacto sobre certas garantias fundamentais. Neste sentido, pronunciou-se o Deputado Eurico Monteiro ao justificar o voto contra em nome da sua bancada sublinhando que *“a Proposta continua a insistir na figura do espaço [seria despacho] judicial tácito no n.º 1 do Artigo 14º, violando o disposto no n.º 5 do Artigo 210º da Constituição da República que impõe a fundamentação expressa das decisões judiciais”* (Atas da Reunião Plenária de 27 de julho de 2007, Praia, AN, 2007, p. 239).

Argumentos colocados desde a discussão na generalidade e votação final global da primeira versão do ato legislativo, entretanto vetado, e que depois ressurgiram quando o diploma voltou ao Parlamento Nacional visando ao expurgo ou reformulação da norma desconforme à Constituição e que se aproveitou para introduzir proposta de alteração a dois artigos, um dos quais o preceito em causa no segmento devidamente assinalado, que assim foi formulada pela Deputada Joana Rosa: *“A nossa proposta em relação ao artigo 14º – Requisitos, propõe a supressão da última parte do nº 1 do artigo 14º, por considerar que viola o nº 5 do artigo 210º da Constituição. A nossa proposta passaria a ter a seguinte redacção: a realização de uma acção encoberta no acto da instrução depende de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de turno. Porque é que propomos a supressão da última parte? Porque entendemos que a última parte mexe com a garantia do arguido. Há um princípio constitucional que as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas nos termos da lei. E, da maneira como vem o artigo, e na ausência do juiz a decisão do Ministério Público ganharia efeito pleno. De modo que, o MPD entende que deve-se suprir essa última parte do nº 1 do artigo 14. O despacho judicial tácito viola*

o artigo 210. Foi essa fundamentação. Todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, segundo a Constituição” (Atas da Reunião Plenária de 24 de junho de 2008, Praia, AN, 2008, pp. 145-146).

Depois dos consensos obtidos, ainda que não necessariamente acolhida a tese da inconstitucionalidade, já que o proponente, através do Senhor Ministro da Justiça José Manuel Andrade, ressaltando não entender que fosse inconstitucional, aceitou a proposta de supressão do segmento em causa. A nova versão do preceito aprovada por unanimidade dos deputados presentes (Ibid., p. 150), mais tarde promulgada, aparece já com a cara que se apresenta na atualidade e que foi objeto da lei de alteração que ora se fiscaliza, portanto redigida em termos conforme os quais: “1. *A realização de uma ação encoberta no âmbito da instrução depende de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de turno. 2. Se a ação referida no número anterior decorrer no âmbito da prevenção criminal, é competente para autorização o juiz de turno, mediante proposta”*.

É de registar que depois da sua entrada em vigor, foram aprovados dois diplomas que se referem a ações encobertas:

A Lei da Cooperação Judiciária Internacional em matéria penal – Lei nº 6/VIII/2011, de 29 de agosto, publicada no *Boletim Oficial*, I Série, nº 29, 29 de agosto de 2011, pp. 1013-1043, que, no seu artigo 160º (Acções encobertas), dispõe que “1. Mediante autorização da autoridade judicial competente, sob proposta do magistrado do Ministério Público, os funcionários de investigação criminal de outros Estados podem desenvolver acções encobertas em Cabo Verde, com estatuto idêntico ao dos funcionários de investigação criminal cabo-verdiano e nos demais termos da legislação aplicável. 2. *A actuação referida no número anterior depende de pedido baseado em acordo, tratado ou convenção internacional e da observância do princípio da reciprocidade”*, o que significa que, neste caso, incorpora-se reserva de juiz, uma solução que, naturalmente, pode ter a razão adicional de ser uma autorização concedida a funcionários de investigação criminal ao serviço de países estrangeiros, mas que não deixa de ser relevante.

A Lei do Cibercrime – Lei nº 8/IX/2017, de 20 de março, publicada no *Boletim Oficial*, I Série, nº 13, 20 de março, pp. 318-326, que, no seu artigo 21.º (Ações

encobertas), dispõe que “1. *É admissível o recurso às ações encobertas previstas na Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de julho, nos termos aí previstos, no decurso de instrução relativo aos seguintes crimes: a) Os previstos na presente Lei; b) Os cometidos por meio de um sistema informático, quando lhes corresponda, em abstrato, pena de prisão de máximo superior a 5 anos ou, ainda que a pena seja inferior, e sendo dolosos, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual nos casos em que os ofendidos sejam menores ou incapazes, a burla qualificada, a burla informática e nas comunicações, a discriminação racial, religiosa ou sexual, as infrações económico-financeiras.* 2. *Sendo necessário o recurso a meios e dispositivos informáticos observam-se, naquilo que for aplicável, as regras previstas para a interceção de comunicações*”. Disso resulta que, por remissão, o mesmo regime de alteração que se pretende inserir no ordenamento jurídico cabo-verdiano também seria aplicável a ações encobertas operadas no mundo digital.

É no quadro deste contexto que se pretende alterar a Lei de Investigação Criminal como forma de concretizar interesses públicos que são registados com a seguinte *rationale*: “*O presente diploma, o Governo propõe a revisão da Lei de Investigação Criminal, aprovada pela Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de julho, visando dotar o sistema de melhores condições de eficiência da investigação criminal e da eficácia do combate ao crime. Ademais, posteriormente à sua aprovação, foram introduzidas diversas alterações à lei penal e à processual penal com novos paradigmas de combate aos fenómenos criminológicos, foi reforçada a tutela de pessoas vulneráveis, particularmente nos crimes sexuais contra menores e no crime de Violência Baseada no Género, assistiu-se à diversificação de novos crimes e das penas, aumentando o leque das mesmas, foram alteradas formas processuais, sempre com o intuito de tornar a Justiça mais célere e de vincar o tratamento diferenciado entre a pequena e a grande criminalidade*”.

Fica claro que as principais medidas de alteração estariam relacionadas a esta finalidade, pois estabelece a nota justificativa que “*o presente diploma tem como um dos principais objetivos reforçar a capacidade de atuação dos órgãos de polícia criminal no âmbito da investigação criminal, nomeadamente, a PJ e a Polícia Nacional (PN), mediante redefinição e redistribuição das suas competências, com vista a garantir, por um lado, a eficácia da perseguição criminal e, por outro, contribuir na lu[t]a contra a morosidade processual através de redução das pendências crescentes dos processos*

criminais em investigação” e decorrentes questões de coordenação entre os diversos órgãos de política criminal.

As soluções de alteração não estão em causa neste processo, mas sim emendas adicionais inseridas ao diploma na parte que reporta a técnicas de investigação criminal, utilizando-se o seguinte segmento para as enquadrar a este nível: *“Aproveita-se ainda esta oportunidade para introduzir novos mecanismos especiais de investigação, como as “ações controladas” e “gravação de imagens e sons”, sendo, neste último caso, cuja utilização é ditada pelas necessidades de recolha de material probatório, no âmbito da investigação e perante indícios dos crimes especialmente previstos na presente lei. Ou seja, por um lado, em função das necessidades da descoberta do crime, do seu agente e respetivo modus operandi, são clarificadas as situações da utilização das gravações de imagens [e]sons, circunscrevendo-a ao âmbito restrito da investigação criminal, ou seja, mediante existência de elementos indiciários do cometimento de um ato criminoso e, por outro lado, as “ações controladas”, podem ser utilizados quando se destine a comprovar denúncias ou suspeitas que de outro modo não se conseguem, podendo ainda, no respetivo processo, serem utilizados os demais mecanismos especiais previstos na lei”.*

Não se menciona especificamente a alteração substancial que se promove ao artigo 14º, referindo-se simplesmente à questão das ações encobertas na perspetiva da explicitação do quadro de proteção dos agentes por remissão à Lei de Proteção de Testemunhas na parte em que arrazoa que *“No âmbito das ações encobertas, por razões que têm a ver com a garantia de defesa do direito à integridade física do agente ou terceiro utilizado na investigação, introduz-se uma importante modificação, de modo a tornar obrigatória a dispensa do funcionário de investigação criminal ou do terceiro que atuou com ocultação de identidade, em consonância com a Lei de proteção de testemunhas, no pressuposto, lógico, de que ”a sua vida, integridade física ou psíquica, liberdade ou bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado sejam postos em perigo por causa do seu contributo para a prova dos fatos que constituem objeto do processo”.*

Por conseguinte, o proponente não justificou em particular a alteração concreta que nos preocupa nesta ação preventiva de fiscalização preventiva. No mesmo diapasão não se chegou a discutir a questão específica no debate na generalidade, nem o que a respeito da especialidade realizou-se em sede de comissão especializada ou, como é

natural, no quadro da votação final global. Como não houve resposta do órgão prolator da norma, momento que permite algum desenvolvimento das razões de fundo que justificam as soluções legais que suscitam dúvidas, exige-se, neste particular, que se tente obter tais elementos da análise dos demais trabalhos preparatórios disponíveis.

Notando-se especificamente que a intenção da alteração do preceito já resulta do anteprojeto de lei submetido ao Ministério da Justiça por um consultor contratado. Dele constava proposta de alteração nos termos da qual “*A autorização para a operação é dada pelo Ministério Público competente, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de turno, devendo constar da mesma os fundamentos, a descrição sumária da operação e, sempre que possível, devendo ser ponderada a necessidade, bem como, a segurança da operação*”, muito embora, depois na versão consolidada a publicar inseria-se solução ainda mais flexível no sentido de que “*A autorização para a operação é dada pelo Ministério Público competente ou pela autoridade de polícia criminal, devendo constar da mesma os fundamentos da mesma, a descrição sumária da operação e, sempre que possível, o tipo e a quantidade de produtos em circulação, devendo ser ponderada a necessidade, bem como, a segurança da operação*”.

A questão da possível inconstitucionalidade deste preceito não foi colocada durante os debates, nomeadamente os realizados em sede de especialidade na comissão competente – a Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos Humanos, Segurança e Reforma do Estado (v. Atas da Reunião de 7 de março de 2019, Praia, AN, 2018 (versão áudio)) –, momento no qual até se discutiu questão diferente de constitucionalidade, ou decorrente das auscultações a entidades ou pareceres por si emitidos com a exceção daquele que foi exarado pelo Conselho Superior do Ministério Público, que assim se pronunciou, aparentemente em relação à versão que concedia autorização tanto ao Ministério Público como a autoridade de investigação criminal.

Sustentou em particular que “*Estamos em crer que a alteração a esse artigo é o que mais contende com os direitos do arguido, na medida em que, para além de retirar a exigência de comunicação obrigatória da operação ao juiz de turno, permite que a autoridade de polícia criminal também possa autorizar esse tipo de operação. Ora, se analisarmos o Código de Processo Penal veremos que a intervenção da autoridade de polícia criminal está sempre dependente de um pressuposto essencial, que é o de urgência ou perigo, de fuga ou de perda da prova. No caso em análise, pretende-se permitir à*

autoridade de polícia criminal autorizar uma diligência que acaba por contender com os direitos do arguido, sem que esteja em causa qualquer situação de urgência ou perigo que justifique que não se recorra à autoridade judiciária competente. E mais, não se pode perder de vista que o dominus da instrução é sempre o Ministério Público, que não deverá ser surpreendido com a utilização de um mecanismo especial de investigação tão sensível como é este das ações encobertas. Por outro lado, não podemos deixar de ter presente que o nosso sistema processual penal e sancionatório assenta num regime geral de validação judicial de atos do MP e dos OPC quando estejam em causa intervenções que visam restringir direitos fundamentais, fulminado com nulidade todas as provas obtidas nessas circunstâncias sem intervenção judicial - vide art.º 35º n.º 8 da CRCV e os artigos 308º e 151º als.ª c) e e) do C.P.P. Razão pela qual, não podemos concordar com essa proposta de alteração” (Parecer Lei de Investigação Criminal e Lei de Execução da Política Criminal, Praia, Conselho Superior do Ministério Público, 16 de agosto de 2017, pp. 9-10).

É fácil concluir que o Conselho Superior do Ministério Público embora tenha se referido e rechaçado a possibilidade de outros órgãos de investigação criminal autorizarem por si só tais operações, também subordina qualquer autorização para a condução de tais operações à necessária autorização judicial. Reservas essas que, contudo, não se colocaram ao Conselho Superior da Magistratura Judicial que entendeu, sem censurar a solução, que *“a autorização para as ações encobertas, passou a ser dada não só pelo Ministério Público, mas também pela autoridade de polícia criminal e acrescenta-se, igualmente, a fundamentação sumária da requisição desse mecanismo”* (Parecer nº 44, Praia, Conselho Superior da Magistratura Judicial, 8 de agosto de 2017, p. 4).

Mesmo assim os trabalhos preparatórios não mostram de forma expressa a razão específica que presidiu à alteração, mas, em última instância, parece poder ser reconduzível ao propósito genericamente expresso já no anteprojeto de *“garantir o aumento do nível de eficácia da reação policial e jurisdicional, particularmente com recurso à requalificação dos meios de investigação”*- que remete ao próprio Programa do Governo – num contexto de criminalidade crescente, assumindo um dever de o Estado garantir o que entende ser um direito fundamental à segurança. Para tanto, apresentou estatísticas criminais, muito embora enfatizando sobretudo o aumento da criminalidade

urbana de pequena gravidade, furtos e roubos, mas alegadamente de grande impacto social, mais afeita a justificar as alterações organizatórias e funcionais que o diploma incide do que propriamente a que remete à norma que ora se avalia.

O diploma em causa foi, depois deste percurso que se procurou sumarizar, aprovado por unanimidade dos votos dos deputados presentes, em número de 62 (36 do MpD, 23 do PAICV e 3 da UCID) conforme foi anunciado pelo Senhor Presidente da Assembleia Nacional (Atas da Reunião Plenária de 3 de março de 2018, Praia, AN, 2018 (versão áudio)).

2. Quanto aos parâmetros que devem ser utilizados para sindicar a norma identificada, é necessário, como tem sido prática do Tribunal neste tipo de processo, primeiro fixar aqueles que são mencionados pelo requerente, organizando-os de modo a facilitar a aferição e, em seguida, pelo facto de esta Corte poder sempre usar critérios não suscitados pelo requerente, identificar outros que podem ser eventualmente convocados para a empreitada constitucional em curso.

2.1. Quando às primeiras, o Ilustre requerente menciona genericamente os “*artigos 35.º, n.ºs 6, 7 e 8; 17.º, n.ºs 4 e 5; 22.º n.ºs 1 e 6; e 209.º*”.

2.1.1. Ou seja, respetivamente, normas que fazem parte da Constituição Processual Penal exposta pelo artigo 35º, nomeadamente a definição da estrutura basicamente acusatória do processo penal, a existência de garantias de preservação dos direitos, liberdades e garantias que são tidas por invioláveis, bem como a garantia de nulidade de provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada das pessoas; o direito à proteção judiciária e uma garantia de juiz em matéria de proteção de direitos, liberdades e garantias decorrente dos artigos 22 e 209 da Lei Fundamental da República; e, finalmente, os que determinam certos critérios de legitimação de operações restritivas de direitos, liberdades e garantias consagradas pelos números 4 e 5 do artigo 17º.

2.1.2. Entende-se que a referência a esses últimos preceitos constitucionais não é autónoma; outrossim, são convocados como base da sindicância de constitucionalidade que se pode lançar às outras garantias, sobretudo as que tenham natureza processual, e assim serão tratados.

2.2. Quanto aos segundos, também se poderia discutir se, na medida em que o complexo normativo em causa que releva integra noção de ação encoberta definida como “*aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro atuando sob o controlo da Polícia Judiciária, na investigação dos crimes indicados nesta Lei, com ocultação da sua qualidade e entidade*”, resultantes da alteração proposta ao artigo 13º, abarcando, no mínimo, a possibilidade de utilização de agentes infiltrados e de agentes encobertos no sentido estrito da palavra, poderia atingir o direito geral à privacidade e garantias a si associadas. Ademais, a possível utilização da primeira figura, além de outras questões que levanta, na medida em que se baseia na possibilidade de um agente tentar aceder a informações passíveis de serem transformadas em meios de prova através da obtenção da confiança de suspeitos de crimes e sua inserção nos seus esquemas delitivos, poderá inclusive atingir a garantia contra a autoincriminação.

2.3. Além disso, ainda que tal não tenha sido – pelo menos diretamente – objeto do pedido doutamente formulado por S. Excia. o Senhor Presidente da República, mas de uma referência a que alude na sua argumentação, partindo da necessária perspetiva de efetivação das garantias das pessoas enquanto suspeitas ou arguidas, ficaria ainda a questão de no quadro do mesmo tipo de mecanismos de obtenção de provas – as ações encobertas – verificar-se se a reserva de juiz também não seria necessária para salvaguardar o direito à vida e o direito à integridade física das próprias pessoas que, enquanto agentes encobertos, funcionários da investigação criminal ou terceiros, participam de tais operações, considerando os perigos a que ficam expostos.

3. Há, contudo, questões preliminares que urgirá também tratar, pois são decisivas para a aferição em causa, atendendo aos efeitos que poderá ter sobre o seu âmbito:

3.1. Isto, primeiro, em razão da possível ausência de novidade normativa, que poderia levantar a questão de se saber se seria adequado requerer-se fiscalização preventiva de norma que já faz parte do ordenamento jurídico. É que, por motivos naturais, a alteração que suscita dúvidas ao Exmo. Senhor Presidente da República incide sobre norma – o artigo 14º - que contém solução constante da Lei nº 30/VII/2008, de 21 de julho, publicada no *Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, I Série, nº 27, 21 de julho de 2008, pp. 544-549, que apresenta algumas semelhanças com aquela, nomeadamente porque atribui também poderes de autorização ao Ministério Público, ao estabelecer que “*1. A realização de uma ação encoberta no âmbito da instrução depende*

de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, sendo, obrigatoriamente comunicada ao juiz de turno”;

3.2. E, segundo, considerando-se essa mesma possibilidade, naturalmente partindo-se do princípio de que seriam normas diferentes ainda que com elementos regulatórios comuns, se de eventual pronúncia de inconstitucionalidade decorreria dever de o Tribunal também escrutinar a norma que se pretende alterar para efeitos de aferição de compatibilidade constitucional, como, de resto, já fez no quadro do Acórdão n.º 1/2017, de 12 de janeiro (identificação completa *infra*).

4. Assim sendo, é possível identificar as seguintes questões que devem ser apreciadas e resolvidas pelo Tribunal Constitucional, sendo de se as dividir em questões prévias e questões de fundo:

4.1. Enquanto questões prévias:

4.1.1. Saber se a norma que suscita reservas ao Senhor Presidente da República, atendendo ao facto de proceder alteração de preceito que consagra igualmente solução jurídica que atribui ao Ministério Público poderes para autorizar ações encobertas, ainda que só no quadro da repressão criminal, é inexistente no ordenamento jurídico, habilitando o Tribunal a proceder à sua fiscalização preventiva;

4.1.2. Saber se na hipótese de o Tribunal pronunciar-se pela inconstitucionalidade da norma que se requereu fiscalização se deverá também por arrastamento escrutinar a norma homóloga consagrada pela Lei de Investigação Criminal em vigor, portanto o artigo 14.º da Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de julho, por conter elementos suscetíveis de serem atingidos pelo mesmo fundamento que determina a inconstitucionalidade da norma de alteração em processo de fiscalização;

4.2. Enquanto questões de fundo:

4.2.1. Se o artigo 2.º do ato legislativo de alteração à Lei de Investigação Criminal aprovado pela Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, na parte em que revê o artigo 14 da Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, estabelecendo-se que “*A autorização para a operação (acção encoberta) é dada pelo Ministério Público competente, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de turno, devendo constar da mesma os*

fundamentos, a descrição sumária da operação”, ao permitir que tais meios de obtenção de provas se realizem sem autorização ou validação de juiz, afastando o poder judicial do processo, sendo insuficientemente garantística de direitos, liberdades e garantias, é desconforme ao número 7 do artigo 35º, aos números 1 e 6 do artigo 22º, e ao artigo 209, todos da Constituição da República;

4.2.2. Se o artigo 2º do ato legislativo de alteração à Lei de Investigação Criminal aprovado pela Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, na parte em que revê o artigo 14 da Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, estabelecendo-se que “*A autorização para a operação (acção encoberta) é dada pelo Ministério Público competente, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de turno, devendo constar da mesma os fundamentos, a descrição sumária da operação*”, ao permitir que tais meios de obtenção de provas se realizem sem autorização ou validação de juiz, levaria à obtenção de meios de prova proibidos por violação do direito à anulação de provas obtidas mediante interferência abusiva na intimidade da vida privada e do próprio direito geral à privacidade e de outras de suas garantias;

4.2.3. Se o artigo 2º do ato legislativo de alteração à Lei de Investigação Criminal aprovado pela Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, na parte em que revê o artigo 14 da Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, estabelecendo-se que “*A autorização para a operação (acção encoberta) é dada pelo Ministério Público competente, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de turno, devendo constar da mesma os fundamentos, a descrição sumária da operação*”, ao permitir que tais meios de obtenção de provas se realizem sem autorização ou validação de juiz, dado ao conceito adotado de acção encoberta, ao depender de criação de quadro de confiança com suspeitos, arguidos ou presos, é desconforme ao número 2 do artigo 35º da Lei Fundamental, que consagra a garantia contra a autoincriminação.

4.2.4. Se o artigo 2º do ato legislativo de alteração à Lei de Investigação Criminal aprovada pela Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, na parte em que revê o artigo 14 da Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, estabelecendo-se que “*A autorização para a operação (acção encoberta) é dada pelo Ministério Público competente, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de turno, devendo constar da mesma os fundamentos, a descrição sumária da operação*”, ao permitir que tais operações se realizem sem autorização ou validação de juiz, afastando o poder judicial do processo,

sendo insuficiente para garantir as cautelas necessárias à preservação da vida e integridade física de agentes participantes da operação, é desconforme ao número 1 do artigo 28º da Constituição, que consagra esses direitos.

5. As questões prévias são, se vistas em retrospectiva, de alguma forma prosaicas, todavia, tendo de definir com o máximo rigor possível o objeto desta aferição de constitucionalidade o Tribunal não se pode furtar a promover esse exercício. Em relação à primeira questão prévia levantada, ou seja, de se saber se **a norma que suscita reservas ao Senhor Presidente da República, atendendo ao facto de proceder alteração de preceito que consagra igualmente solução jurídica que atribui ao Ministério Público poderes para autorizar ações encobertas, é inexistente no ordenamento jurídico, habilitando o Tribunal a proceder à sua fiscalização preventiva**, a resposta da Corte Constitucional é negativa.

5.1. Apesar de o pedido já ter sido admitido em razão do preenchimento dos pressupostos da ação, cuja aferição depende de uma avaliação sumária pelo Presidente do Tribunal Constitucional, atendendo à exiguidade dos prazos nesse tipo de fiscalização, disso não decorre que o Plenário da Corte Constitucional não a possa vir a considerar inadmissível, conforme decorre do número 4 do artigo 57 da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

5.2. Atendendo ao prazo de vinte e quatro horas previsto pelo número 2 do artigo 64 do mesmo ato legislativo, a aferição do preenchimento do pressuposto específico relevante nesta matéria não requer uma avaliação minuciosa da norma que suscita reservas ao requerente, mas simplesmente a averiguação de que foi ou não indicada. O que pode levar a potencial identificação de norma que já está em vigor, logo passível de controlo somente por via sucessiva.

5.3. A norma que S. Excelência o Senhor Presidente da República requer fiscalização preventiva, conforme se recortou atrás, foi construída em moldes segundo os quais *“A autorização para a operação (ação encoberta) é dada pelo Ministério Público competente, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de turno, devendo constar da mesma os fundamentos, a descrição sumária da operação (...)”*.

5.4. Note-se, por outro lado, que o atual artigo 14º da Lei de Investigação Criminal, dispõe que “*a realização de uma ação encoberta depende de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de turno*”, contudo, está umbilicalmente associada a outra norma, que, na verdade, reduz o espectro dessa autorização do magistrado do Ministério Público somente para as situações de repressão criminal, já que, prevê o seu número 2, que “*Se a ação referida no número anterior decorrer no âmbito de prevenção criminal, é competente para autorização o juiz de turno, mediante proposta do Ministério Público*”.

5.5. Apesar das semelhanças naturais entre as duas normas e da sobreposição aparente entre ambas, a autonomia de uma em relação à outra, como este Tribunal tem entendido, não só depende do seu próprio objeto, teor e sentido, mas também da sua inserção em certo complexo normativo dentro do qual a sua significação é também dependente da sua integração a outras normas. Neste caso, se se analisar o compósito de preceitos e a estrutura na qual se inserem, ver-se-á facilmente que o âmbito da norma que decorre dos seus elementos constitutivos e do cruzamento que resulta da conjugação das outras normas que fazem parte do mesmo, apesar de partilharem alguns deles, são distintas no que diz respeito ao seu âmbito de aplicação.

Mais essencial ainda é o facto de que no seu âmago nota-se que a norma atualmente em vigor prevê autorização de juiz, malgrado exigi-la somente em casos de prevenção criminal, portanto excluindo as de repressão criminal, ao passo que a alteração aprovada pela Assembleia Nacional aparentemente concentra no Ministério Público todas as decisões referentes à autorização para a utilização de ações encobertas, excluindo o juiz de qualquer papel neste particular.

5.6. Portanto, não se poderia considerar que se está perante uma mesma norma que pudesse inviabilizar a prossecução deste juízo preventivo de desconformidade constitucional por ausência de novidade normativa.

6. Elementos similares, mas vistos a partir de um ângulo diferente, remeteriam para uma outra questão prévia, ultrapassando-se claramente a que envolve a avaliação de desconformidade por ação de fiscalização preventiva da norma recortada pelo ilustre requerente que a solicitou, ou seja, de **saber se na hipótese de o Tribunal pronunciar-se pela inconstitucionalidade da norma que se requereu fiscalização se deverá**

também por arrastamento escrutinar a norma homóloga consagrada pela Lei de Investigação Criminal em vigor, portanto o artigo 14º da Lei nº 30/VII/2008, de 21 de julho, por conter elementos suscetíveis de serem atingidos pelo mesmo fundamento que determina a inconstitucionalidade da norma de alteração em processo de fiscalização.

6.1. Quanto a esta questão importante se faz registar que sendo normas diferentes no seu sentido regulatório, não deixam de partilhar certos elementos, nomeadamente porque tanto uma como a outra, atribuem poderes exclusivos ao Ministério Público para autorizar ações encobertas de repressão criminal, ainda que a alteração aprovada pela Assembleia Nacional acabe por igualmente adensar essa competência ao privar o poder judicial da competência para autorizá-las em sede de prevenção criminal e atribuí-la também àquele outro órgão.

6.2. O problema que se coloca a este nível é que se se considerar, conforme se discutirá adiante, que, de facto, em contexto de afetação potencial de direitos, liberdade e garantias importante de natureza processual penal por meio de normas com efeitos restritivos – as que permitem as ações encobertas – haveria sempre que se preservar uma reserva de juiz para se estatuir um quadro minimamente garantístico que, de alguma forma, torna-se palatável ao Estado de Direito Democrático tal possibilidade – que nos pareceu ser o cerne das reservas da ilustre entidade requerente – o facto é que tal constatação também seria passível de aplicação, a despeito do alcance diferenciado, à norma atualmente em vigor.

6.3. O Tribunal poderia em tese também estender possível aferição de constitucionalidade a essa norma, de modo similar ao que fez por meio do Acórdão nº1/2017, de 12 de janeiro, sobre a constitucionalidade do artigo 13 da Lei da Taxa Ecológica, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 10, 27 de fevereiro 2017, pp. 218-265 e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional*, Praia, INCV, 2018, v. III (2017), pp. 19-191, aproveitando-se de eventual fundamentação de inconstitucionalidade para expurgar do sistema de possível anomalia que venha a ser detetada.

Neste acórdão o Tribunal para evitar a possibilidade de uma norma repristinada estar também marcada por inconstitucionalidade, procedeu ao escrutínio de

constitucionalidade com a seguinte justificação: “*porque pode ocorrer que também est[a] norma padeça de vício de inconstitucionalidade, não parecendo ao Tribunal que lhe seria legítimo e prudente operar no sentido de expurgar do ordenamento jurídico constitucional norma de tal teor, substituindo-a por outra que porta a mesma mácula fundamental. Outrossim, é do entendimento da Corte Constitucional que nestes casos se justifica também avaliar se as razões que determinam a consideração de inconstitucionalidade também se aplicam à norma reprimada e, se assim for, deverá também declará-la inconstitucional, impedindo a sua reentrada no ordenamento jurídico*” (para. 5.4.).

6.4. Fosse esta uma ação de fiscalização sucessiva da constitucionalidade o Tribunal naturalmente para evitar o efeito sublinhado pelo Acórdão citado não poderia deixar de escrutinar a norma ressuscitada por reprimada, mas, neste caso, apesar de haver um efeito materialmente próximo de se deixar em vigor norma que pode padecer de inconstitucionalidade, a situação é claramente diferente porque se está perante uma modalidade de fiscalização da constitucionalidade com as suas particularidades, nomeadamente ao nível da sua natureza e duração. Isso porque insere-se de forma incidental no quadro de um processo legislativo em curso, interferindo na sua dinâmica normal e, por esse motivo, depende de uma aceleração decisória que se manifesta através dos prazos relativamente exíguos previstos pela Constituição e pela Lei. Neste sentido, em princípio o seu objeto será sempre delimitado pelo pedido e a postura do Tribunal necessariamente pragmática de tentar dentro do intervalo temporal previsto dar a melhor resposta possível ao mesmo. Em todo o caso, quando muito um tal pronunciamento poderia assumir-se como um alerta ao legislador e pouco mais isso, dado os efeitos já registados da pronúncia de inconstitucionalidade definidos pelo número 1 do artigo 279 da Constituição se limitarem ao diploma que se pretende promulgar.

6.5. Deste modo, o facto é que a situação é diferente, nomeadamente por se estar perante processo de fiscalização preventiva e não sucessiva, cujo objetivo primário é fornecer ao Presidente da República uma avaliação sobre a conformidade constitucional de norma integrada em diploma que lhe tenha sido submetida para efeitos de promulgação, para si vinculativas nos termos do número 3 do artigo 279 da Constituição da República (“*Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de*

norma constante de qualquer diploma legislativo, deve o diploma ser vetado pelo Presidente da República e devolvido ao órgão que o tiver aprovado”).

6.6. Finalmente, caso optasse por proceder a tal escrutínio, o Tribunal faria aquilo que cuidou de precaver-se no segmento anterior, pois utilizaria a ação de fiscalização preventiva da constitucionalidade para escrutinar normas já em vigor, que em sede só o podem ser por via sucessiva, abstrata ou até concreta.

6.7. Por conseguinte, pelos motivos acima expostos, isto é, de não lhe caber escrutinar norma em vigor em sede de fiscalização preventiva, e em razão igualmente do objetivo concreto do Presidente da República de – no âmbito de um dos mais importantes meios que tem ao seu dispor para exercer o seu poder moderador do sistema político e a sua função de vigia e garante do cumprimento da Constituição ínsito ao artigo 123 da Lei Fundamental – obter especificamente um pronunciamento sobre uma norma que entende submeter a fiscalização preventiva no quadro da avaliação que procede no sentido de promulgar um ato legislativo, fica completamente afastada possibilidade de o Tribunal Constitucional fazer qualquer pronúncia por arrastamento a respeito de possível inconstitucionalidade do artigo 14º da Lei de Investigação Criminal atualmente em vigor.

6.8. Assim sendo, mesmo na hipótese de considerar que da pronúncia de inconstitucionalidade em relação à alteração promovida à disposição pudessem decorrer dúvidas em relação à disposição atualmente em vigor, dada a partilha de alguns elementos regulatórios centrais, o facto é que tal questionamento neste momento só poderia ser perseguido caso houvesse na sequência colocação de pedido autónomo de ação de fiscalização sucessiva ou de recurso de fiscalização concreta autónomos por entidade legítima.

7. Ultrapassadas estas questões prévias e tendo ficado definido o âmbito desta aferição de constitucionalidade e as consequências de possível pronúncia de inconstitucionalidade, em relação às questões de fundo, poder-se-á desde logo fixar entendimento de que estão relacionadas a discussão central que caracteriza o atual Estado de Direito Democrático, que remete, em última instância, aos seus valores, à sua essência e à sua alma.

7.1. É que a presente avaliação de desconformidade constitucional tem como contexto envolvente o surgimento de novas formas de criminalidade, nomeadamente a criminalidade organizada transnacional e o terrorismo cuja emergência perturba pelos seus efeitos os alicerces do atual Estado de Direito Democrático, as suas crenças e princípios, levando em amiúde ao recurso a mecanismos de combate a esses tipos criminalidade muitas vezes perigosos, que se não forem devidamente controlados – nomeadamente não permitindo a sua utilização ou sempre racionalizando-os na perspetiva de atingir um ponto de equilíbrio entre os benefícios públicos que geram e os sacrifícios por eles impostos aos direitos fundamentais dos indivíduos – pode-se reconduzir a um cenário de sua descaracterização.

7.2. Esse Estado de Direito Democrático que resulta de uma opção clara pela legitimação popular, no sentido de que, em última instância, a legitimidade do poder público se reconduz a um ato fundador em que o povo adota de forma livre um determinado modelo de organização da comunidade política.

7.2.1. Todavia, um em que ele não é obrigado a recair em última instância no dilema hobbesiano de ter de escolher entre, por um lado, a ordem e a segurança pessoal e, do outro, a sua liberdade natural, tendo forçosamente que optar por um Estado forte, no mínimo autoritário, que estabelece o lícito e o ilícito a seu bel prazer, sem qualquer bitola externa porque *auctoritas, non veritas facit legem*, distingue o justo e o injusto e define o *meeum* e o *tuum* (Thomas Hobbes, *Leviathan*, C.M MacPherson (ed.), London, Penguin, 1968 [orig: 1651], Part 2, Chap. 17, p. 188. Em suma, em que o preço pela segurança é a supressão da liberdade individual, já que reverbera o notável pensador que “*A única forma de erigir tal poder comum, apto a defendê-los de uma invasão de estrangeiros, e das injúrias uns dos outros, e assim garantir a sua segurança, para que pelo seu próprio labor e graças aos frutos da terra possam alimentar-se e viver satisfeito; é de conferir todos os seus poderes e força a um único Homem ou a uma Assembleia de Homens, que podem reduzir todas as suas vontades, de uma pluralidade de vozes, a uma única vontade: que significa dizer, nomear um Homem ou uma Assembleia de Homens, de conduzir a sua pessoa e todos os outros a possuir e reconhecê-lo como autor de tudo que fizer em relação às coisas que digam respeito à paz e segurança comuns; e assim de submeter a sua vontade e os seus julgamentos ao seu. Isto é mais do que consentimento ou concordância, é a unidade real deles todos numa única e mesma Pessoa, criada por*

Pacto de todos os homens com todos os homens, de tal modo que todos os homens declaram aos seus congéneres, “Eu autorizo e renuncio aos meu direito de me governar em benefício deste homem ou desta assembleia de homens na condição de vocês renunciarem aos vossos direitos em benefício dele e autorizarem todas as suas ações de modo conforme”. Assim feito, a multidão reunida numa única Pessoa é chamada de Comunidade [Política], em latim Civitas. É a gargação do grande Leviathan, ou então (para falar de modo mais reverente) do deus mortal a quem debaixo do Deus imortal devemos a nossa segurança e defesa. Porque a sua autoridade, que lhe é transmitida por todo o homem em particular na Comunidade, ele deve usar de tanto poder e força que lhe é conferida, que pelo terror resultante, ele é habilitado a conformar a vontade de todos, e trazer a paz doméstica e a ajuda mútua contra os inimigos no estrangeiro/The only way to erect such a Common Power, as may be able to defend them from the invasion of Forraigners, and the injuries of one another, and thereby to secure them in such sort, as that by their owne industrie, and by the fruites of the Earth, they may nourish themselves and live contentedly; is, to conferre all their power and strength upon one Man, or upon one Assembly of men, that may reduce all their Wills, by plurality of voices, unto one Will: which is as much as to say, to appoint one man, or Assembly of men, to beare their Person; and every one to owne, and acknowledge himselfe to be Author of whatsoever he that so beareth their Person, shall Act, or cause to be Acted, in those things which concerne the Common Peace and Safetie; and therein to submit their Wills, every one to his Will, and their Judgements, to his Judgment. This is more than Consent, or Concord; it is a reall Unitie of them all, in one and the same Person, made by Covenant of every man with every man, in such manner, as if every man should say to every man, "I Authorise and give up my Right of Governing my selfe, to this Man, or to this Assembly of men, on this condition, that thou give up thy Right to him, and Authorise all his Actions in like manner." This done, the Multitude so united in one Person, is called a COMMON-WEALTH, in latine CIVITAS. This is the Generation of that great Leviathan, or rather (to speake more reverently) of that Mortall God, to which wee owe under the Immortall God, our peace and defence. For by this Authoritie, given him by every particular man in the Common-Wealth, he hath the use of so much Power and Strength conferred on him, that by terror thereof, he is inabled to forme the wills of them all, to Peace at home, and mutuall ayd against their enemies abroad”.

7.2.2. Mas, outrossim, que assume as vestes propostas por John Locke, *Second Treatise on Civil Government* in. John Locke, *Two Treatises on Government*, Peter Laslett (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1960 [orig: 1689], em que se tenta harmonizar os valores da liberdade e da segurança com base na premissa de que uma liberdade bem ordenada e equilibrada é a verdadeiro base da própria segurança pública e a única aceitável por um indivíduo racional. Pois, se ainda entendia que a inexistência do poder público fosse por si só base para inconvenientes, atendendo que “*o Governo Civil é o remédio adequado para as inconveniências do estado de natureza, que são grandes quando os homens poder ser juízes em causa própria, considerando que é fácil de imaginar, que aquele que foi tão injusto ao ponto de causar dano ao seu irmão, dificilmente será justo para condenar-se a si próprio/Civil government is the proper remedy for the inconveniences of the state of nature, which must certainly be great, where men may be judges in their own case, since it is easy to be imagined, that he who was so unjust as to do his brother an injury, will scarce be so just as to condemn himself for it ..*”, a escolha dilemática de Hobbes não teria como resposta a criação de um Estado supressor das liberdades, já que, nessa perspectiva “*Quando os homens abandonam o estado de natureza, (...) concordam que todos eles com a exceção de um devem ficar sujeitos às restrições legais, mas que ele [o Estado-a pessoa ou as pessoas que o encarnam] devem manter toda a liberdade do estado de natureza acrescida de [mais] poder, e feito licenciosidade pela impunidade/[A]s if when men quitting the state of nature ... agreed that all of them but one[] should be under the restraint of laws, but that he should still retain all the liberty of the state of nature, increased with power, and made licentious by impunity*” (cap. VII, para. 93), daí ser na sua opinião “*pensar que os homens são tão tolos que se preocupam com os agravos que lhes podem ser feitos por furões ou raposas; mas, ficam agradados, melhor, com sentimento de segurança, de serem devorados por leões/This is to think, that men are so foolish, that they take care to avoid what mischiefs may be done them by pole-cats, or foxes; but are content, nay, think it safety, to be devoured by lions*” (Ibid.).

7.2.3. Não há dúvidas de que a Constituição cabo-verdiana neste particular é muito mais herdeira dessa perspectiva lockiana do que dos ensinamentos de Hobbes, pelo menos na sua estrutura básica, e em situações normais não haveria sequer dúvidas sobre o que deve acontecer. Ocorre que, evidentemente, as alterações paradigmáticas que se propõe dependem de uma dramatização da existência humana, ecoando a caracterização

hobbesiana de um estado de natureza que é reinserido quando o Estado civil é incapaz de organizar a sua defesa perante ameaças letais que põe em risco a sua existência e a segurança das pessoas, no qual o *“tudo, portanto, que advém de um tempo de Guerra, onde cada homem é Inimigo de outro homem, igualmente advém do tempo em que os homens vivem sem outra segurança além do que sua própria força e sua própria astúcia conseguem provê-los. Em tal condição, não há lugar para a Indústria; porque seu fruto é incerto; e, conseqüentemente, nenhuma Cultura da Terra; nenhuma Navegação, nem uso algum das mercadorias que podem ser importadas através do Mar; nenhuma Construção confortável; nada de Instrumentos para mover e remover coisas que requerem muita força; nenhum Conhecimento da face da Terra; nenhuma estimativa de Tempo; nada de Artes; nada de Letras; nenhuma Sociedade; e o que é o pior de tudo, medo **contínuo e perigo de morte violenta**; e a vida do homem, solitária, pobre, sórdida, brutal e curta/Whatsoever therefore is consequent to a time of Warre, where every man is Enemy to every man; the same is consequent to the time, wherein men live without other security, than what their own strength, and their own invention shall furnish them withall. In such condition, there is no place for Industry; because the fruit thereof is uncertain; and consequently no Culture of the Earth; no Navigation, nor use of the commodities that may be imported by Sea; no commodious Building; no Instruments of moving, and removing such things as require much force; no Knowledge of the face of the Earth; no account of Time; no Arts; no Letters; no Society; and which is worst of all, continuall feare, and danger of violent death; And the life of man, solitary, poore, nasty, brutish, and short”* (Thomas Hobbes, *Leviathan*, Part 1, Chap. 13, p. 188).

7.3. No fundo e a propósito não deixou de ser o dilema que foi retratado na própria discussão que deu origem à aprovação da primeira versão da Lei de Investigação Criminal que o ato legislativo ora em análise pretende rever. Lembrando-se a propósito sábias reflexões partilhadas por dois sujeitos parlamentares:

7.3.1. Especificamente o Deputado Eurico Correia Monteiro que assim constrói o seu raciocínio: *“Nos tempos que correm torna-se imperioso para todos o combate à criminalidade sobre todas as suas formas, mas especialmente a criminalidade organizada, o terrorismo, a corrupção e o tráfico, crimes que minam os alicerces da sociedade, das estruturas do próprio Estado. O Estado de direito deve poder organizar-se convenientemente para assegurar os direitos e valores essenciais à própria*

sobrevivência e funcionamento da comunidade, protegendo-se contra a criminalidade. Porque a iniciativa legislativa do Governo é a manifestação dessa preocupação comum a todos, saudámo-la, dizendo desde já que estamos abertos e disponíveis para encontrar as melhores soluções que ajudem no combate à criminalidade, assegurando direitos fundamentais dos cidadãos cabo-verdianos à vida, integridade física, liberdade, honra, propriedade, mas também sossego, paz e tranquilidade. Também todos estarão de acordo que o combate à criminalidade deve processar-se no quadro do Estado de direito democrático, não se mostrando aceitável qualquer tese da criação de uma zona de não direito para os indiciados por estes tipos de crimes. Na verdade se outras razões não existissem, tais como aquelas que reafirmam ser o criminoso uma pessoa absolutamente igual a todas as outras, o princípio da presunção da inocência se oporia clara e ferozmente contra todas as expectativas de transformar os indiciados em menos pessoas. Às vezes as pessoas têm dificuldades em entenderem todo o alcance da presunção da inocência, esquecendo-se que estão a lidar presumivelmente com inocentes e que só por razões meramente cautelares se admitem restrições aos direitos e liberdades. Se na sociedade e nas autoridades for cultivado o princípio da presunção da inocência, com consagração em todos os estados democráticos, várias soluções extremadas a favor da segurança e contra a liberdade seriam moderadas. O combate à criminalidade deve passar naturalmente pelo fomento, na sociedade, de uma cultura de valores como o trabalho, a honestidade e o mérito por uma aposta séria na qualificação dos meios de investigação criminal e num adequado sistema de repressão penal. A tentação, por ser mais fácil e mais barato é uma política de compressão do direito, fazendo crer a sociedade que não se combate a criminalidade porque existem direitos a mais que devem ser suprimidos, limitados, comprimidos. Como democratas convictos e defensores acérrimos do Estado de direito democrático, não acreditamos na tese daqueles que pretendem colocar os direitos e liberdades dos cidadãos no extremo oposto do combate à criminalidade, como se se tratasse de valores rivais, consoante maior a liberdade menor a segurança das pessoas; consoante maior a segurança, menor a liberdade. Querem mais e melhor combate à criminalidade? Sacrifiquem então os vossos direitos e a vossa liberdade. Querem ter mais direitos e mais liberdades? Então não se queixem da criminalidade. Um debate que não é exclusivo de Cabo Verde, mas tem tido lugar em quase todos os lados. Para um democrata a equação menos liberdade é igual a mais segurança, não é verdadeira. O Estado de direito deve encontrar os meios de combate à criminalidade, que não ponham em causa os seus princípios e valores essenciais. No

mundo em que o ritmo de mudanças é assustador e em que a criminalidade ganha contornos transnacionais cada vez mais vincados, todos temos de fazer um esforço para aprender, inovar instrumentos de combate nos limites consentidos pelo Estado de direito. Combater a criminalidade num Estado de direito é muito mais difícil porque tem regras mais apertadas. O que num estado autoritário se consegue por via de restrição ou cancelamento de direitos, num Estado democrático as deficiências deverão ser compensadas com apostas mais fortes e sistematizadas na qualificação dos meios e instrumentos de investigação. Seria interessante o Governo trazer ao Parlamento para debate a verdadeira polícia técnica e científica[,] os laboratórios de exame, as novas tecnologias criminais, a formação de peritos, o reforço das exigências de provimento de agentes e dirigentes da polícia de investigação criminal, as medidas de salvaguarda dos cenários do crime, entre tantas outras medidas de qualificação dos recursos de investigação. Vencer a criminalidade com as próprias regras do Estado democrático é o desafio que temos que vencer, pois que as outras alternativas não são viáveis e devemos rejeitá-las por razões de princípio. No dia em que a criminalidade conseguir condicionar o exercício das liberdades públicas, então sim venceu antecipadamente e ninguém quer, seguramente, que isso aconteça” (Atas da Reunião Plenária de 2 de julho de 2007, Praia, AN, 2007, pp. 176-177).

7.3.2. E do Ministro da Administração Interna, Júlio Correia, que assim retomou o debate: “(...) Uma coisa eu estaria de acordo com o Deputado Eurico Monteiro: segurança e liberdade não estão por contraposição, tenho-lhe dito várias vezes que a segurança é a condição da liberdade. Não há liberdade afora de um contexto em que o cidadão possa exercitar com liberdade estas mesmas liberdades. Aliás, tenho dito que o ambiente mais propício para as violações é seguramente aquele ambiente em que o Estado fraqueja no cumprimento das suas responsabilidades. Quando o Estado fraqueja no cumprimento das suas responsabilidades em matéria de prevenção e da repressão criminal este sim, quando o Estado deixa de cumprir as suas responsabilidades, é o ambiente propício para a violação das liberdades individuais dos cidadãos. E, não há nenhuma contradição entre um Estado forte, com uma convicção firme no combate ao crime e um Estado de direito democrático. Não existe esta contradição, pelo contrário penso que aquele Estado que se afirma na pujança das suas instituições é aquele em que os direitos e as liberdades são melhor defendidos. Gostava de terminar dizendo duas outras coisas e que penso que ninguém pode perder de vista: é que a criminalidade actua

quase sempre em prejuízo para os fundamentos do Estado de direito. Muita criminalidade actua com prejuízo para os fundamentos do Estado de direito democrático. Portanto, o que nós queremos é que este combate possa ser travado no quadro do Estado de direito e em defesa desse mesmo Estado. Mais uma última observação: dizemos várias vezes que o crime é inteligente e quero aqui dizer que o crime não é apenas inteligente porque se aproveita das brechas... E se a gente não aprovar esta lei é uma brecha que fica. O crime é inteligente não só porque aproveita das brechas que se vão criando, do vazio legislativo designadamente (ele não é só inteligente por causa disso), mas porque, devo dizer isso, o crime também procura estar sempre up to date com relação às tecnologias. Nós devemos prestar atenção a isto e penso que é um grande desafio que temos pela frente que é encontrar este equilíbrio, em garantir este Estado de direito e permitir também que haja segurança interna. É evidente que há limites, razão pela qual digo que os fins não justificarão todos os meios, felizmente para todos há limites, sempre defendi isso, não estou a defender isso agora no Parlamento. Nunca entendi que os fins justificam todos os meios. Nós temos um Estado de direito e é isto que estou a dizer, Sr. Deputado está atento, que é preciso que a segurança interna se faça adentro dos limites desse Estado de direito e não fora dele. Mas, tem o Deputado, como temos todos, este desafio de garantir este justo equilíbrio. No vazio é que não podemos ficar. E, tem que haver, aí sim tenho que terminar desta forma, um claro comprometimento. Não pode haver comprometimentos equivocados em sede do Parlamento em matéria de combate e de repressão ao crime. Adentro desses parâmetros todos, tem que haver esse firme comprometimento, em que o Parlamento possa legislar com clareza para que se possa conseguir isso” (Ibid., pp. 190-191).

7.3.3. Não sendo perspectivas iguais, são equivalentes no concernente à captação do dilema que se coloca ao Estado de Direito no que diz respeito ao combate à criminalidade organizada e na ênfase de uma tríade composta pelos conceitos de ação, de limitação e de justo equilíbrio. E ainda que provavelmente seja legítimo que individualmente eles sejam estabelecidos em pontos distintos existem fronteiras inultrapassáveis que, como tais, devem ser rejeitadas sob pena de se descaracterizar o próprio modelo de organização da comunidade política no qual o povo cabo-verdiano escolheu viver.

7.4. Modelo este que denota um equilíbrio político aristotélico, mas tendente à proteção dos direitos das pessoas com a máxima intensidade possível.

7.4.1. Suficientemente realista para, recorrendo as sábias palavras do Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, que uma vez disse que a *“escolha não é entre ordem e liberdade. É entre liberdade com ordem ou anarquia sem nada/The choice is not between order and liberty. It is between liberty with order and anarchy without either”* pois não se pode interpretar a Carta de Direitos da Constituição como se fosse um pacto suicida (Justice Jackson (dissenting), *Terminiello v. Chicago*, 1948, Cases Adjudged in the Supreme Court of the United States, *United States Reports*, Washington, D.C., Supreme Court, n. 337, p. 37). Mas, profundamente comprometida com os seus valores básicos para saber que há limites que o Estado de Direito não pode ultrapassar mesmo quando combate ameaças graves e até letais sob pena de comprometer de forma irreversível a sua essência baseada na dignidade da pessoa humana, na liberdade e autonomia individuais, na igualdade e na solidariedade.

7.4.2. Não é sem sentido, agora recorrendo a outro notável magistrado constitucional, Aharon Barak, de um tribunal confrontado com situações até muito mais dramáticas, a Suprema Corte de Israel, que *“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). Concluindo com a lição 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 esta força permite 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).

7.5. Portanto, é natural que o Estado de Direito possa explorar os meios legítimos que lhe permitam combater com maior eficácia a criminalidade e às ameaças à sua segurança.

7.5.1. Deve-o sobretudo porque lhe cabe também garantir a segurança das pessoas e a sobrevivência da comunidade política. Nada lhe impede de conceber técnicas que se ajustem dinamicamente às mutações inerentes à forma como elas se manifestam, tendencialmente mais letais e sofisticadas. Mas, não se pode esquecer que o próprio constructo do qual ele depende, o seu próprio modelo, é marcado por frágeis equilíbrios decorrente da, para alguns insustentável – mas historicamente demonstrada – tentativa de ser uma alternativa equidistante entre o uso absoluto do poder propiciador do Estado autoritário ou até totalitário e a ausência de poder, o Estado frágil ou até a anarquia. Portanto, qualquer deriva excessiva seja na direção de um desses polos ou do outro produz sempre o mesmo resultado, o seu fim enquanto Estado de Direito Democrático. Sacrificar

a liberdade no altar da segurança é matar ritualmente o próprio Estado baseado em indivíduos livres, iguais e portadores de uma dignidade intrínseca.

7.5.2. O que, efetivamente, terá que se verificar em concreto é um equilíbrio entre esses princípios e interesses, sendo certo que qualquer afetação ilegítima e desequilibrada de um deles colocaria em perigo a própria existência do Estado. Pois, se se pender demasiadamente para a segurança, atribuindo um poder absoluto aos legítimos representantes do povo no sentido de prever e regular como bem entendessem tais mecanismos de combate a essas formas de criminalidade, correr-se-ia o risco de haver uma desfiguração do Estado de Direito Democrático, constitucionalmente previsto, aproximando-o de um Estado hobbesiano, em que a segurança estaria garantida, mas em virtude da imolação das posições subjetivas fundamentais dos indivíduos. Entretanto, o sistema oposto não funcionaria igualmente, pois se se desconsiderasse em absoluto a segurança em prol dos direitos, o modelo de comunidade política preconizado pelo legislador constituinte aproximar-se-ia de um verdadeiro Estado Anárquico, em que os poderes públicos seriam incapazes de prevenir, conter e reprimir certos tipos de criminalidade.

7.5.3. Assim, nestes termos fica evidente de que esses mecanismos de combate a tais tipos de criminalidade são importantes. No entanto, deve-se procurar o ponto de equilíbrio razoável entre os direitos e a segurança, com pendor para os primeiros, sob pena de se violar ou os valores que estruturam e justificam o Estado de Direito Caboverdiano ou alternativamente a razão de ser da própria vida em sociedade, que depende de garantias razoáveis de segurança pelo poder público, criado precisamente para facilitar a vida do indivíduo, pois, como se registra no Preâmbulo da Lei Fundamental “*o presente texto da Constituição consagra um Estado de Direito Democrático com um vasto catálogo de direitos, liberdade e garantia, a concepção da dignidade da pessoa humana como valor absoluto e sobrepondo-se ao próprio Estado*”. Mesmo que se deva considerar sempre a prevalência dos direitos sobre finalidades coletivas como a segurança tal ascendente é meramente relativo, dele não resultando que o Estado, até pela necessidade de preservar os direitos de todos, não possa adotar medidas justificadas e proporcionais de manutenção da segurança pública.

7.5.4. Poderá fazê-lo naturalmente, mas sempre no quadro dos valores e regras próprios do Estado de Direito, com consciência de que a eficácia imediata que se pretende

não pode ser plena porque assim sendo ela é feita às expensas dos direitos das pessoas e paradoxalmente a longo prazo produz efeitos pouco eficazes. Pois, é verdade que o Estado poderá, e hoje mais do nunca, atendendo aos meios tecnológicos disponíveis, dispor de técnicas diferenciadas de investigação criminal, cada vez mais intrusivas, inclusive para garimpar crimes, usando informantes e outros meios ocultos de monitorização e recolha de provas, e assim obter o conhecimento sobre mais factos delituosos, pois, lembrando um dos clássicos do dramaturgo soviético, Alexander Sholjtnesine “*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) ou o procurador da peça de Friedrich Dürrenmatt, segundo o qual “*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), desde que se tenha poder, tempo e meios suficientes. Mas, evidentemente o contrato social de que somos parte não permite tal nível de ingerência na esfera de proteção das pessoas, mesmo que seja para garantir a eficácia no combate ao crime.

7.6. No caso concreto, parece que, de acordo com o desafio de constitucionalidade lançado a esta Corte, a questão relevante seria responder se ao atribuir ao Ministério Público a competência para autorizar ações encobertas, sem o controle judicial das mesmas, apenas se prevendo a obrigação do Ministério Público comunicá-las ao poder judicial, estar-se-ia perante a constituição de um esquema decisório com potencial lesivo em última instância sobre o próprio princípio do Estado de Direito ao atribuir poderes marcados por ampla discricionariedade a entidade de investigação criminal não sujeita a controle do poder judicial, o único poder verdadeiramente independente do ponto de vista constitucional.

7.6.1. É necessário impor um limite taxativo à execução de ações encobertas, nomeadamente quando se está perante a utilização de certos mecanismos de obtenção de provas, como seria, por exemplo a utilização da figura do agente provocador, que pode levar o Estado de Direito ao seu limite máximo inultrapassável sob pena de eventual adulteração.

7.6.2. E mesmo em relação a outros não tão intensos, sendo um que pode atentar contra a própria natureza do Estado de Direito, ainda que o recurso a ele seja importante para se atingir objetivos legítimos, não se deve esquivar do controlo do único órgão do Estado verdadeiramente independente, o poder judicial, precisamente porque do ponto de vista constitucional é concebido como o único poder soberano não político, destinado justamente a constituir-se na última barreira institucional de proteção dos direitos das pessoas.

Como se arrazoa numa das obras fundamentais do constitucionalismo contemporâneo, os Artigos Federalistas, *“Qualquer um que, de forma atenta, considere os diversos órgãos de poder, deve perceber que, num Estado em que estão separados, o judicial, pela natureza das suas funções, sempre será o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição; porque terá a menor capacidade para os atingir ou afetar. O executivo não só fornece as honras como detém a espada da comunidade. O legislador não só comanda a bolsa como prescreve as regras de acordo com as quais os deveres e direitos de qualquer cidadão se regula. O judiciário, pelo contrário, não tem influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa”* [Whoever attentively considers the different department of power must perceive that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injury them. The executive not only dispenses the honors but holds the sword of the community. The legislator not only commands the purse but prescribes the rules by which duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse”] (*The Federalist Papers*, Charles Kessner (ed.), New York, Signet, 2003, 78).

7.6.3. À primeira vista, parece que tal solução legislativa de permitir ações encobertas atribuindo competências exclusivas ao Ministério Público para as autorizar sem prever um sistema de controlo por parte dos tribunais, colocaria o princípio do Estado de Direito em causa em função dos direitos, liberdades e garantias ínsitos a esse modelo de Estado.

7.7. Direitos esses que também inserem outros desafios que não podem ser desconsiderados, aqui mais numa dimensão dogmática. Resultante do facto de que de todos os parâmetros que podem ser utilizados para se empreender a presente aferição de

constitucionalidade, precisamente porque, com a exceção dos direitos que foram identificados como base do último quesito decisório, o direito à vida e o direito à integridade física, são construídos dogmaticamente como garantias fundamentais, no geral formuladas como regras constitucionais e não como princípios.

7.7.1. Pois, ao contrário destes, que são, expressa e conscientemente, concebidos como normas de textura aberta, plurissémicas, porosas, aquelas se formulam de modo mais fechado precisamente como forma de proteger de forma mais intensa e sem a ductilidade da outra espécie, outros direitos fundamentais, nomeadamente, no caso concreto, em última instância, o direito à liberdade e o direito geral à privacidade.

7.7.2. Tais características exigem que se defina o modo como se pode avaliar desconformidade entre uma norma legal e esse tipo de norma, desde logo a de saber se elas são passíveis de afetação e, conseqüentemente, se é adequada a utilização do teste habitual de proporcionalidade nesses casos, controlando-se não só o facto da afetação a partir de um juízo básico de subsunção entre duas normas ou se o que se trata é, partindo-se do princípio de que é legítima, é de controlar a sua intensidade.

No entendimento deste Tribunal, sendo verdade que as normas constitucionais que têm a estrutura de regras são mais fechadas e com menos camadas de proteção, num sistema como o nosso também são suscetíveis de alguma afetação, desde que fique integralmente salvaguardado o núcleo essencial de cada direito, construído como princípio ou como regra. O que ocorre naturalmente é que em razão da sua estrutura tais normas-garantia têm menos camadas de proteção exteriores ao núcleo essencial – e neste caso, todos têm algumas, logo há menos espaço para ser afetado e, conseqüentemente, o juízo de proporcionalidade deverá ser ajustado em conformidade, mas na perspectiva de controlar a intensidade do desvio que promove em relação à regra e não a extensão desta em si. A ductibilidade desse tipo de regra é mínima, por motivos naturais, mas é sempre possível vergá-la ligeiramente sem quebrá-la, desde que se encontre o ponto certo em que tal pode acontecer.

7.8. Feitas estas considerações gerais de enquadramento urge, de seguida, focar na resposta aos quesitos decisórios previamente arrolados, nomeadamente de saber:

8. Se o artigo 2º do ato legislativo de alteração à Lei de Investigação Criminal aprovada pela Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, na parte em que revê o artigo 14 da Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, estabelecendo-se que “A *autorização para a operação* (acção encoberta) *é dada pelo Ministério Público competente, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de turno, devendo constar da mesma os fundamentos, a descrição sumária da operação*”, ao permitir que tais meios de obtenção de provas se realizem sem autorização ou validação de juiz, afastando o poder judicial do processo, sendo insuficientemente garantística de direitos, liberdades e garantias, é desconforme ao número 7 do artigo 35º, aos números 1 e 6 do artigo 22º, e 209, todos da Constituição da República.

8.1. A ilustre autoridade que requereu a presente fiscalização preventiva da constitucionalidade colocou no cerne da argumentação que mui doutamente construiu a possível violação de várias garantias diferentes em matéria de processo penal, em matéria de reserva judicial e em matéria de condições de restrição de direitos, nomeadamente as previstas pelos dois últimos números do artigo 17.

8.2. Pelo arrazoado exposto de forma clara decorre que o requerente não chega à conclusão de que a própria possibilidade aberta pela lei de o Estado, através das suas entidades de investigação criminal, utilizar ações encobertas, seria desconforme à Lei Fundamental da República. Outrossim, as suas dúvidas são geradas pela não associação dessa possibilidade a uma arquitetura suficientemente garantística no sentido de ser controlada por um poder verdadeiramente independente, o poder judicial.

8.3. Portanto, em relação a este quesito específico tanto a menção às garantias processuais penais, como no que diz respeito à reserva de juiz em relação a atos com potencial lesivo sobre direitos, liberdades e garantias inserem-se, na sua opinião, no quadro de um multiverso integrado, conforme o qual a garantia penal não é lesada em si pela permissão legal, mas pela ausência concomitante de controlo judiciário, resultando num quadro insuficientemente garantístico.

8.4. O mesmo se pode dizer em relação ao argumento da violação dos números 4 e 5 do artigo 17º da Constituição da República, onde estão consagrados os pressupostos e requisitos da restrição a direitos.

8.4.1. O Tribunal tem considerado sistematicamente que, normalmente, não caberia escrutínios autónomos de violação dessas disposições sem que estejam associadas a um ou mais direitos, liberdades e garantias dada a sua natureza de critérios de legitimação de restrições que sejam impostas pelo legislador às posições jurídicas que deles decorrem.

8.4.2. E é isso que tentará fazer, na medida em que a garantia geral contra atos ou omissões que violem direitos, liberdades e garantias em sede de processo penal e de um eventual direito à proteção judiciária em relação a atos que ameacem ou violem os direitos, liberdades e garantias de uma pessoa é que se poderá aplicar tais critérios em moldes a verificar se terão sido respeitados ou não.

8.5. A existência de tal garantia com o alcance que lhe pretende atribuir o requerente não está, como é natural, expressamente consagrada na Constituição, pois é certo que em nenhuma dessas disposições analisadas individualmente consegue-se identificar expressamente uma garantia concreta no sentido de uma intervenção de controlo por parte de juiz em relação a qualquer ato lesivo de direito, liberdade ou de garantia, mas, como se sabe em sede de normas constitucionais, pela sua própria natureza isso não é absolutamente necessário.

8.5.1. Daí entender-se a necessidade de a argumentação apresentada pelo requerente se fundar na invocação de uma pluralidade de normas constitucionais que por agregação reconheceriam a garantia e definiriam os seus elementos fundacionais. Por conseguinte, para se fundamentar o efeito do qual depende o presente escrutínio, pelo menos no que diz respeito a este quesito específico, seria absolutamente necessário que dos feixes projetados por essas disposições pudesse resultar necessariamente a imposição de uma obrigação de controlo prévio por juiz ou validação imediata e não simplesmente a possibilidade de previsão de possibilidade de reação subsequente para obtenção de tutela por violação de direito.

8.5.2. Contudo, para este Tribunal tais consequências já resultam da interpretação do próprio número 7 do artigo 35, no segmento conforme o qual “*as garantias contra atos ou omissões processuais que afetem os direitos, liberdades e garantias são invioláveis e serão assegurados a todos os arguidos*”, o que, desde logo, significa que qualquer ato ou omissão que tenha um efeito significativo sobre a posição processual do arguido fica sujeita a um regime de garantias efetivo.

8.5.3. Portanto, a única dúvida que poderia ficar é se tal regime garantístico que resulta do direito fundamental em causa tem de ser necessariamente e em qualquer circunstância operado por juiz. Esta Corte entende que sim, pois é da natureza da constituição que os regimes garantísticos tidos por plenamente eficazes são os exercidos pelos tribunais, em razão das suas características e posição na arquitetura institucional da Comunidade Política.

8.6. Mas, ainda que subsistisse dúvida nesse sentido seria sempre possível ao Tribunal ancorar tal norma garantística a partir de uma construção que parte de uma agregação entre as várias disposições que leva em consideração, antes de tudo, os valores constitucionais que se pretende proteger com tais disposições constitucionais em última instância, nomeadamente o da dignidade da pessoa humana e o da liberdade e autonomia individuais, e da consagração da liberdade sobre o corpo, que, como já tinha entendido este Tribunal, resulta do reconhecimento pela Constituição de que o estado natural do homem é de liberdade e conseqüentemente as circunstâncias em que se pode justificar a sua restrição não só são excepcionais, como ainda sujeitas a estrita observância de um conjunto de garantias destinadas, em última instância, a garantir que ela seja efetivamente justa.

8.6.1. O que nos remete a um direito que emana do direito geral à proteção judiciária citado, o direito a um processo equitativo, que não deixa por isso, mas, outrossim, por maioria de razão, atendendo aos valores constitucionais e direitos específicos em causa, de ser também aplicável quando se está perante matéria penal, representando essa ideia de justiça na aplicação da lei criminal, que abarcaria não só uma dimensão mais substantiva de o Estado não poder usar meios iníquos ou que possuam um potencial natural de ingerência em direitos para recolher provas no âmbito da investigação criminal, como igualmente portadora de uma dimensão processual no sentido de determinar a existência de um sistema efetivo de controlo para que não ocorram tais desvios, nomeadamente impondo uma reserva de juiz ao nível da autorização para o seu próprio desencadeamento. O que, de resto, já é uma evidência no caso de soluções constitucionais expressamente consagradas que recobrem, nomeadamente, as situações de inviolabilidade de domicílio, expressando-se claramente no artigo 43, número 1, que *“ninguém pode entrar do domicílio de qualquer pessoa ou nele fazer busca, revista, ou apreensão contra a sua vontade, salvo quando munido de mandado judicial (...)”*, de

correspondência e de comunicações, pois nos termos do artigo 44 “*é garantido o segredo de correspondência e 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*”.

8.6.2. Acresce que tal garantia também seria inferível do próprio princípio do Estado de Direito, não deixando de se poder convocar para este mesmo fim os princípios da Justiça, da transparência e da boa-fé que governam as relações entre a Administração e os cidadãos conforme o número 1 do artigo 240 da Lei Fundamental, ainda que suspeitos de prática de crimes, que não deixam de ser potencialmente afetados pela pluralidade de ações que podem ser incluídas debaixo de operações encobertas.

8.7. Outrossim, o conteúdo da garantia fundamental em causa não é, *a priori*, claramente definido, nomeadamente em razão das fórmulas normativas em que se consagram em relação às garantias contra atos ou omissões que afetem os direitos, liberdades e garantias de um arguido, expressão cuja plasticidade e alcance potencial são evidentes.

8.7.1. Contudo, pode-se considerar que, no primeiro caso, sejam aqueles que potencialmente tenham impacto limitador sobre outros direitos de sua titularidade, nomeadamente o seu direito geral à liberdade sobre o corpo, a outras liberdades como a de deslocação ou de emigração, de expressão e informação, e o seu direito geral à privacidade.

8.7.2. E, no segundo, que se tratará de uma garantia de juiz, enquanto titular de um poder independente, em relação a qualquer ato jurídico-público que tenha impacto sobre os seus direitos que se reforça na penumbra do número 1 do artigo 22, que contém consagração genérica do direito à proteção judiciária, do número 6 do mesmo preceito constitucional na medida em que associa procedimentos judiciários à proteção de direitos, liberdades e garantias e, por fim, do artigo 209 na medida em que caberia à administração da Justiça assegurar os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

8.7.3. Trata-se de controlo que deve ser necessariamente efetivo, no sentido que deve ser gizado de tal sorte a garantir a preservação dos direitos base de modo abrangente e substancial.

8.8. Podia-se igualmente questionar a necessidade de disso decorrer a justificação de um controlo preventivo, pois o controlo judicial sempre se podia efetivar sucessivamente, até em fase processual diferente, quando o juiz poderá avaliar e invalidar as provas. Porém, isso não seria suficientemente eficaz porque está-se perante situação em que o acesso a uma pessoa de que se suspeita ter praticado um crime é franqueado, permitindo o acesso em círculos potencialmente íntimos de agente sob disfarce, potenciando o acesso descontrolado a informações e dados sobre as pessoas, que podem ser utilizados de diversas formas, minando a confiança generalizada dos integrantes da sociedade entre si e criando a sensação de se estar dentro de um Estado de Vigilância Total ou potencial e reduzindo drasticamente a liberdade e espontaneidade individuais essenciais para se viver de forma autónoma. Sendo assim, nem sequer se poderia proporcionar nível adequado somente com um esquema de garantias sucessivo exclusivamente alicerçado na possibilidade de anulação de provas que efetivamente fossem intoleráveis.

Portanto, não é despropositado considerar que existe uma garantia de controlo judiciário prévio de atos ou omissões processuais que afetem de forma intensa e irreversível os direitos liberdades e garantias de qualquer pessoa em processo penal, que pode ser o parâmetro básico desta aferição de constitucionalidade.

8.9. Considerar a existência de tal garantia não significa que se lhe possa atribuir uma natureza absoluta, pois no sistema cabo-verdiano de proteção poucos direitos fundamentais portariam tal qualidade. Estariam, outrossim, sujeitos a certos limites, desde que presente finalidade legítima e se o processo for conduzido nos termos das condições de validação de restrições a direitos previstas pelo artigo 17º da Lei Fundamental da República ou similares. Portanto, em última instância ela pode permitir alguns desvios, os quais devem ser avaliados a partir de critérios apertados, atendendo à natureza já mencionada das normas em questão, definidos a partir do princípio da proporcionalidade.

8.9.1. Naturalmente, uma norma que pretenda em última instância garantir que autoridades públicas consigam obter elementos probatórios suficientes que permitam responsabilizar pessoas pela prática de crimes graves os quais, regra geral, têm um efeito social amplificado e fazem perigar a segurança pública não deixaria de perseguir finalidade legítima com notório lastro constitucional, nomeadamente relacionado à própria proteção de direitos, já que a alínea b) e c) do artigo 7º da Constituição incumbe

ao Estado a tarefa de “*garantir o respeito pelos direitos humanos e assegurar o pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais a todos os cidadãos*” e “*garantir o respeito (...) pelos princípios do Estado de Direito*”, além do direito à segurança pessoal previsto pela parte final do número 1 do artigo 30º da Constituição, que, apesar de primariamente criarem obrigações para o próprio Estado, também se estendem para lhe conceder poderes/deveres relativamente à garantia desses valores nas relações entre particulares.

Ademais, de forma igualmente clara o artigo 209 dispõe que a administração da Justiça tem por objeto “*(...) reprimir a violação da legalidade democrática (...)*”, estando ainda tal interesse público geral previsto pelo número 1 do artigo 244, onde se menciona a segurança interna, a tranquilidade pública e o exercício dos direitos dos cidadãos como funções constitucionais da polícia, ocorrendo o mesmo com as forças armadas em relação a garantia da liberdade e da segurança da população e do ordenamento constitucional democraticamente estabelecido (artigo 246).

8.9.2. Nessa conformidade, não parece que o número 4 e a primeira parte do número 5 seja afetado pela restrição operada pelo legislador, pois há pelo menos um interesse público que ele visa prosseguir, ainda que não haja uma autorização expressa para a restrição, haveria no mínimo um assentimento implícito, a norma restritiva tem caráter geral e abstrato, não tem efeitos retroativos.

8.9.3. Todavia, este parece ser o caso típico de um desvio em relação a uma regra constitucional de proteção de direito, liberdade e garantia que atinge efetivamente o seu núcleo de proteção porque não só se afasta o controlo prévio por parte do juiz, como a sua participação no processo fica reduzida a ser o destinatário passivo de uma comunicação feita pelo Ministério Público, aparentemente sem qualquer poder de intervenção, mesmo que por hipótese se depare com violações grosseiras a direitos, liberdade e garantias do arguido. Ora, se ainda é admissível, ainda que sujeito a um teste de proporcionalidade haver um afastamento do corolário resultante de haver um controlo prévio - o ideal – mormente em situações de urgência, a neutralização objetiva de tal controlo sem qualquer dimensão preventiva ou sucessiva atinge objetivamente o núcleo essencial da garantia de controlo de juiz de atos ou omissões processuais relevantes que violem os direitos, liberdades e garantias do arguido.

8.10. Como se destaca na douda petição de requerimento tal dever de configuração de um sistema garantístico mínimo que pudesse legitimar o nível de ingerência na vida das pessoas marcado pela participação do juiz de nenhum modo beliscaria o número 6 do artigo 35º do Código de Processo Penal, que dispõe que “*o processo penal tem estrutura basicamente acusatória*”.

8.10.1. Desde logo porque a disposição em causa em nenhum momento opta por um modelo puro sem vasos comunicantes com outros em que o juiz tenha uma intervenção um pouco mais ampla usando de modo cristalino a expressão “*basicamente*”, o que afastaria qualquer ideia de incorporação dos efeitos de um paradigma de exclusividade.

8.10.2. Com efeito é inquestionável que ao utilizar a expressão “*basicamente acusatória*” o legislador constituinte escolhe, por um lado, sem sombra de dúvidas, dentre os vários possíveis modelos processuais penais, o que ele considera que deva ser o modelo preponderante, entretanto, por outro lado, quer igualmente indicar que não adota nenhum tipo de sistema processual penal puro, no sentido de não se permitir nenhuma mitigação por meio da inserção de elementos de outros sistemas processuais penais. Parece que esta é a interpretação que melhor espelha o sistema adotado pela Constituição da República.

Assim, ao escolher o sistema predominante o legislador constituinte indica ao legislador ordinário uma série de diretrizes que se deverá levar em conta na determinação do concreto regime processual penal, nomeadamente a ideia de haver uma separação entre o acusador, a defesa e o juiz, na medida em que quem investiga e acusa não julga e que, quem julga, em tese, não investiga nem acusa, bem assim como incontornáveis garantias dos direitos de defesa, entre os quais, o direito ao contraditório e a ampla defesa, a paridade entre o órgão que acusa e a defesa, entre outras.

8.10.3. Indica ainda que o sistema pressupõe a existência de fases distintas e atribuição de competências diferentes a cada um dos órgãos, que em tese estaria relacionado a fase respetiva em que o processo se encontra. Assim, a fase de investigação, como denominado pelo legislador ordinário de fase de instrução, tem um *dominus* próprio, o acusador, que é o órgão responsável para levar a cabo todas as tarefas investigativas, desde logo a competência exclusiva de promover o processo e cuja função nesta fase culminaria com a acusação ou o arquivamento, quando, respetivamente, ou

optaria por imputar determinados factos ao acusado, levando-o a julgamento, ou por arquivar o processo por concluir pela não existência de indícios suficientes que legitimam a acusação. Nesta fase o julgador teria poderes bastante limitados, sob pena de se violar o princípio. Depois, como regra, haveria a fase do julgamento, esta por sua vez dominada pelo juiz e realizada numa audiência pública, com direito ao contraditório, e onde o juiz procederia ao julgamento dos factos imputados ao acusado constantes da acusação.

Entretanto, como já dito, o sistema projetado pelo legislador constituinte não é um sistema rígido que não aceita qualquer tipo de ajuste, no sentido de os atos praticados pelo órgão acusador serem incontroláveis. Desde logo, vê-se uma certa mitigação ao modelo processual predominante escolhido pelo legislador ao permitir a possibilidade de o juiz controlar os atos finais do órgão acusador – a acusação e o arquivamento – por meio da previsão de mais uma fase processual, facultativa, a audiência contraditória preliminar, onde o juiz de pronúncia averigua os factos imputados ao acusado ou que se considera que não lhe devem ser imputados e acaba, por fim, por pronunciar ou não o arguido. Não parece que esta fase, como prevista, em si, contenderia com o princípio acusatório. Coisa diferente seria o caso em que o juiz pudesse oficiosamente abrir a audiência contraditória preliminar e fiscalizar *ex officio* os atos do Ministério Público. Neste caso seria complicado conciliar esta solução com o sistema de processo basicamente acusatório. Entretanto, o que acontece é que só podem requerer tal audiência as partes no processo, ou o arguido ou o assistente, e aí parece que a atuação do juiz seria tão só de garante destas duas partes mais frágeis pelo menos nesta fase processual.

8.10.4. Na verdade, a questão mais importante e que deverá ser equacionada para efeitos da presente aferição teria que ver com a previsão de sistemas de controlo judicial das decisões e técnicas investigativas do Ministério Público mesmo em momento anterior à prolação da decisão que põe fim à instrução, acusando ou arquivando o processo.

Como já se disse, resulta da estrutura basicamente acusatória do processo e parece resultar de pelo menos um outro preceito da *Lex Suprema*, o artigo 225, número 2, ao prever que “*O Ministério Público (...) é o titular da ação penal (...)*”, quem domina a fase de instrução deve ser o órgão acusador e, em tese, qualquer tentativa de controlo por parte do órgão judicial das ações levadas a cabo por aquele órgão nesta fase contenderia com este princípio, pois estaria afetando as suas atividades investigativas. É, com efeito, o que parece acontecer com as ações encobertas. Evidentemente, a previsão de controlo

prévio por parte do juiz de tais operações pode afetar o poder investigativo que o órgão acusador detém, pois este estaria sempre sujeito à validação prévia por parte daquele órgão, o que impossibilitaria uma verdadeira e autêntica separação de poderes entre estes órgãos nesta fase processual, o que é absolutamente necessário.

8.10.5. Entretanto, já se disse que o sistema não é absoluto e pode comportar exceções, desde que estas sejam necessárias e não constituírem verdadeiras prerrogativas arbitrárias atribuídas ao órgão julgador em relação aos atos de outro órgão, o que a acontecer aproximaria o sistema constitucionalmente desenhado ao sistema puramente inquisitório. Assim, a se permitir esse desvio tal teria que ser legitimado por outros princípios e interesses públicos relevantes, pois, caso contrário, revelar-se-ia desnecessária e arbitrária e, portanto, ilegítima.

Naturalmente, parece que o que justificaria, em última instância, a garantia do juiz no sentido de controlar as ações encobertas empreendidas pelo órgão acusador teria que ver necessariamente com a proteção de direitos, liberdades e garantias de eventuais pessoas suspeitas ou constituídas arguidas. É que, embora as ações encobertas façam parte da competência investigativa do Ministério Público e, em tese, deveriam ser por ele autorizadas, não se pode negar, como já se referiu, que, devido à sua abrangência, a sua operacionalidade poderá colocar em causa diversos direitos, liberdades e garantias. Daí a exigência de um controlo por parte do poder judicial, que não poderá em caso algum determinar como é que se devem processar as ações encobertas, mas apenas controlar e verificar se as ações que se pretende empreender em concreto não violam direitos, liberdades e garantias de suspeitos e arguidos.

8.10.6. Sobretudo, se a adoção do modelo acusatório se justifica com base na sua maior adequação a um sistema forte de proteção de direitos, liberdades e garantias e assumidamente garantístico no domínio processual penal, neste caso pela sua orientação dificilmente colocaria obstáculos à densificação do quadro de proteção pela inserção de uma autoridade vocacionada para a proteção dos direitos como são os juízes, titulares dos tribunais.

8.10.7. Um outro argumento, ainda relacionado com a proteção de direitos, liberdades e garantias individuais afasta qualquer limitação colocada pelo modelo processual penal adotado. Além de tudo o que se disse acima, decorre da própria estrutura

basicamente acusatória do processo penal que haja uma igualdade de armas entre as partes processuais, mais especificamente entre o órgão acusador e o arguido. Entretanto, este princípio só é efetivamente realizado na fase de julgamento, onde de facto existe o contraditório e a ampla defesa. Por conseguinte, não se pode negar que na fase da instrução o arguido não está em pé de igualdade com o Ministério Público, na medida em que, também por força do sistema acusatório, esta fase é dominada por este órgão, em princípio é secreta e produzida de forma escrita. Assim, parece que não é difícil de se considerar que, nestes termos, poderão ocorrer violações de direitos, liberdades e garantias do arguido, ou até mesmo de um suspeito não constituído arguido, sem que este tenha meios processuais suficientes a fim de fazer face a tais violações. Pelo que parece ser mister que o juiz controle ações levadas a cabo pelo poder acusador quando estas potencialmente poderem violar de forma significativa posições jurídicas fundamentais dos indivíduos.

Não existindo óbices de natureza constitucional, por maioria de razão impõe-se que o sistema legal respeite a reserva de juiz, sujeitando ações encobertas a um controlo efetivo de uma entidade independente, a única que pode garantir o regime garantístico mínimo que as pode legitimar no quadro de um Estado de Direito Democrático, em que o Ministério Público, cujo papel protetor não pode ser naturalmente desconsiderado, é também um órgão de proteção de direitos, haja em vista o que dispõe o artigo 225 da Constituição que estabelece que “*O Ministério Público defende os direitos dos cidadãos, (...)*”. Todavia, como bem lembrado pelo requerente é também “*o titular da ação penal (...)*”, conduzindo a um desdobramento incómodo que somente pode ser ultrapassado pela intervenção de outro órgão, ainda mais um especialmente vocacionado para a proteção dos direitos.

E o facto é que os próprios órgãos de investigação criminal interiorizam o que é, afinal, um elemento que faz parte do *ethos* do Estado de Direito Democrático de uma República em que todo o poder público é controlado, vigiado e partilhado, sendo confortável para todos que assim seja, pois afasta o peso de decisões gravosas dos ombros de um único órgão. Não é, pois, de estranhar que tenha sido o Conselho Superior do Ministério Público o único órgão que durante a primeira fase do processo legislativo que conduziu à aprovação do ato legislativo que ora se syndica tenha manifestado dúvidas sobre a atribuição de um poder que lhe seria reservado com exclusividade.

Em suma, na opinião deste Tribunal a norma cuja fiscalização de conformidade se requer não logra alcançar o mínimo garantístico aceitável para legitimar as ingerências generalizadas sobre os direitos que são propiciadas por ações encobertas, logo é inconstitucional. Sendo este o fulcro do desafio de constitucionalidade lançado, não é o único porque da ausência de controlo judicial também decorre a possibilidade de um ataque ostensivo sobre algumas garantias e direitos, situação que será avaliada nos três próximos segmentos deste parecer.

9. Se o artigo 2º do ato legislativo de alteração à Lei de Investigação Criminal aprovada pela Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, na parte em que revê o artigo 14 da Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, estabelecendo-se que “A *autorização para a operação (acção encoberta) é dada pelo Ministério Público competente, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de turno, devendo constar da mesma os fundamentos, a descrição sumária da operação*”, ao permitir que tais meios de obtenção de provas se realizem sem autorização ou validação de juiz, levaria à obtenção de meios de prova proibidos por violação do direito à anulação de provas obtidas mediante interferência abusiva na intimidade da vida privada e no próprio direito geral à privacidade.

9.1. O direito geral à privacidade já havia sido objeto de consideração por parte do Tribunal que no caso *Judy Hills v. STJ*, decisão tirada por meio do Acórdão n.º 27/2018, de 20 de dezembro, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 11, 31 de janeiro de 2019, pp. 146-178, concluiu que “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 concepção 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 conseqüente 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 Republica 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

peçoas, 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

– 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 Fernsprechgeheimnis, 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.”

9.2. Do exposto resulta que o direito geral à privacidade é densificado por um conjunto de garantias individuais, previstas pela Lei Fundamental com o fito de permitir uma proteção mais reforçada das posições jurídicas que integra. Essas garantias, embora não sejam absolutas, só podem ser afetadas, aceitando-se assim ingerências por parte dos poderes públicos, nos casos expressamente previstos na lei e, regra geral, apenas quando autorizadas pelo juiz. É o que o Tribunal havia considerado quando inferiu no caso *Judy Ike Hills v. STJ* (Acórdão nº 27/2018, de 20 de dezembro, Rel: JC Pina Delgado) que “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.”

Essa dupla reserva é exigida em praticamente todas as garantias elencadas, conforme recortado naquela decisão. Assim, em relação à inviolabilidade de domicílio “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 mandado 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 mandado 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”.”

O mesmo concluído relativamente à proteção da correspondência, no sentido de que “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.”

9.3. As relações de tensão entre a execução de ações encobertas e o direito geral à privacidade são visíveis, e, em muitas situações, o atrito poderá até mesmo afetar de forma ilegítima este direito. Como é sabido, as ações encobertas são empreendidas por certos agentes, as chamadas pessoas de confiança, podendo ser funcionários dos órgãos de investigação, ou mesmo terceiros, cuja função básica é se aproximar o máximo possível, por meio de artifícios e meios enganosos, de eventuais suspeitos da prática de um crime, ou no caso da prevenção, de suspeitos que se preparam para a prática de um crime, a fim de conseguir provas sobre a culpa desses eventuais suspeitos.

Claro é e dúvidas não subsistem de que aproximar-se de uma pessoa, sem a sua autorização, ganhar a sua confiança, e por estes meios ter acesso a informações pessoais sobre o suspeito, que ele poderia não partilhar com agente de investigação ou terceiro se soubesse da sua verdadeira qualidade e identidade, pode atentar contra a sua privacidade, contra a reserva da sua vida privada e familiar, e contra quase todas as garantias associadas a este direito, nomeadamente que protegem o domicílio, a correspondência, as comunicações e os dados das pessoas.

Para mais, quando é definida de forma tão elástica que também teria o potencial de permitir a intromissão de pessoas em círculos familiares e profissionais, passíveis de levarem à vulneração concreta de garantias decorrentes do direito geral à privacidade, conforme definidas pela decisão *Judy Ike Hills v. STJ*, sobretudo a inviolabilidade de domicílio e a reserva de comunicações, pois assumindo papel diferente do que tem, ludibriando a pessoa objeto da ação, poderá introduzir-se, a coberto de não-informado consentimento e de artificial proximidade no seu domicílio e partilhar com ela comunicação sobre factos diversificados, inclusive da sua esfera mais íntima, acedendo potencialmente aos seus dados pessoais, inclusive aqueles que possam ser considerados sensíveis a respeito das suas características, identidade e opções fundamentais de vida, patologias clínicas, físicas ou mentais, etc..

Entretanto, ainda que se possa afirmar que, independentemente da norma ora sob apreço não exigir a exigência de autorização prévia do juiz para a realização de ações encobertas, qualquer ingerência nestas garantias seria injustificada caso faltasse alguma

das condições para a sua legitimação, quer a reserva legal quer a judicial, na medida em que a própria Constituição exige que nesses casos deverá haver reserva judicial para que se possa operar qualquer ingerência no seu âmbito, o facto é que, embora a proteção conferida por essas garantias de facto abarca grande parte do âmbito do direito à reserva da intimidade privada, o seu âmbito é mais amplo do que as proteções fornecidas pelas garantias referidas e não dificilmente se verificariam situações suscetíveis de violarem o direito que não se enquadram no âmbito concreto de proteção dessas garantias específicas.

E nestes outros possíveis casos é impossível um controlo prévio dessas ações potencialmente intrusivas no direito à privacidade e, com efeito, toda aquela lógica de proteger o direito, exigindo que qualquer intrusão nas garantias específicas previstas deva carecer de uma autorização judicial prévia, ou, em certos casos urgentes, da sua validação posterior pelo poder judicial cai por terra e a proteção não é garantida.

9.4. Entretanto, não parece ser esta a orientação e a lógica constitucional no que diz respeito ao direito geral à privacidade. Com efeito como transcrito acima do caso *Judy Hills v. STJ* (Acórdão nº 27/2018, de 20 de dezembro, Rel: JC Pina Delgado) o legislador constituinte além de prever várias garantias específicas que protegem o direito à reserva da vida privada e familiar, reconheceu a existência de um direito geral à privacidade, tudo indicando que, com tal, procuraria estender a proteção a eventuais situações que não estiverem cobertas por essas garantias.

É o que parece resultar quando o legislador reconhece a garantia da nulidade das provas obtidas por meio de ingerência na privacidade. A redação da disposição constitucional (número 8 do artigo 35) é nesses termos: “8. 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”. A redação é bastante ampla e abarca muita coisa, revelando a vontade do legislador de não só proteger situações em que há violação de domicílio, correspondência e comunicações, mas várias outras em que a privacidade possa ser afetada. Aliás, a verdadeira intenção do legislador, como sublinhado no caso *Judy Hills v. STJ* (Acórdão nº 27/2018, de 20 de dezembro, Rel: JC Pina Delgado) não é proteger aquelas realidades físicas e comunicacionais por si (domicílio, correspondência e telecomunicações), mas sim a própria privacidade das pessoas.

9.5. É porque as ações de investigação, como são as ações encobertas, levadas a cabo quer pelo Ministério Público como pelos órgãos de polícia criminal têm um alto potencial de vulneração da privacidade das pessoas, por meio de abusiva intromissão no domicílio, na correspondência, nas telecomunicações e nos dados pessoais das pessoas é que, normalmente, a Lei Fundamental exige que nestas situações, além da reserva legal haveria outrossim uma reserva judicial. Parece que nesta lógica qualquer tentativa de intromissão na vida privada das pessoas ainda que se esteja a prosseguir uma finalidade legítima, teria que ficar sujeita a uma autorização, mesmo que em alguns casos excepcionais possa haver uma validação *a posteriori*, do juiz.

9.6. Nesta medida, não havendo esse controlo prévio ou mesmo uma validação posterior por parte do juiz não se poderia salvar a ação realizada e esta seria sempre nula por força da garantia da anulação de provas obtidas mediante interferência abusiva na intimidade da vida privada. Nesta medida, a solução legal mais uma vez é suscetível de atingir o âmago da garantia constitucional de que ações desta natureza estejam sujeitas a reserva de juiz, precisamente porque ela neutraliza completamente essa ação ao reduzir o juiz a uma entidade inerte que se limita a receber uma comunicação sem poder exercer um poder ativo nesta matéria, pelo menos nessa fase. Ocorre que isso nem sequer é compensado pela possibilidade que tem de na fase de julgamento ou até eventualmente antes, se houver pedido de audiência contraditória preliminar, anular algumas dessas provas, porque a devassa feita à vida privada da pessoa é tão ampla que isso não é remédio suficiente.

9.7. Nem vale aqui dizer que a ação encoberta seria sempre válida na medida em que toda e qualquer intromissão operada na privacidade das pessoas estaria legitimada porque precedida do seu consentimento. Na verdade, parece fazer algum sentido, na medida em que, por meio das ações encobertas, se pretende que a própria pessoa consinta com a operação e faculte certos elementos de prova contra si. No entanto, a pessoa não consente de sua livre e espontânea vontade, uma vez que ela é induzida enganosamente a anuir com a ingerência. A haver consentimento válido estaríamos perante uma renúncia, forma de autolimitação de direitos que o Tribunal já havia considerado ser possível relativamente ao direito à privacidade e às garantias dele decorrentes, desde que cumpridas certas condições. Assim, ficou assente no caso *Judy Hills v. STJ* (Acórdão nº 27/2018, de 20 de dezembro, Rel: JC Pina Delgado), que “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.”

9.8. Nestes termos, parece que não haveria verdadeira renúncia nos casos de ações encobertas na medida em que o consentimento não resultaria de uma livre expressão da vontade do titular do direito, mas sim de uma sua vontade viciada. Isto porque quem é induzido, por engano, a consentir com algo, não prestou um verdadeiro consentimento, portanto não renunciou eficazmente o seu direito de sua livre e espontânea vontade, pelo que a renúncia não pode ser tida por válida.

No entanto, com isto não se está a inferir que não se deve utilizar as ações encobertas como mecanismos de combate à criminalidade, especialmente a organizada e o terrorismo, mesmo que tal signifique que se opere ingerências na privacidade das pessoas contra a sua vontade, nomeadamente no seu domicílio, correspondência, telecomunicações ou em qualquer outra esfera da sua vida privada. Aliás, situações do tipo são previstas pelo legislador constituinte ao permitir, contra a vontade do titular do direito, a entrada no seu domicílio, a violação de sua correspondência e telecomunicações, desde que verificadas certas condições.

O que se quer inferir é que para fazer isso tem necessariamente que o submeter a um controlo judicial que irá garantir se a intromissão é ou não lícita em função dos pressupostos legais, e se as condições de sua legitimação foram obedecidas, mormente se as devidas operações de balanceamento inerentes a garantir a proporcionalidade da operação nas suas dimensões de adequação, necessidade e de justa medida foram alcançados.

9.9. Assim, parece que a ilustre entidade requerente tem razão quando considera que esta limitação também à semelhança das outras afetações ao direito à reserva da vida privada e familiar deveria estar sujeita, além da reserva legal à reserva judicial, pelo que a sua adoção teria necessariamente que passar pelo crivo judicial, no sentido deste poder pelo menos poder controlar de forma efetiva as ações levadas a cabo pelas pessoas de confiança (agentes infiltrados e encobertos).

9.10. Por conseguinte, o Tribunal constitucional considera que essas garantias seriam vulneradas igualmente pela desconsideração da reserva de juiz neste particular, precisamente porque sem a intervenção efetiva desta entidade, seja preventivamente, em situações normais, seja imediatamente para efeitos de validação, cria um efeito de desproteção do direito geral à privacidade e às suas garantias de proteção do domicílio, correspondência, comunicações e dados pessoais constitucionalmente intolerável.

10. Se o artigo 2º do ato legislativo de alteração à Lei de Investigação Criminal aprovada pela Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, na parte em que revê o artigo 14 da Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, estabelecendo-se que “A *autorização para a operação (acção encoberta)* é dada pelo Ministério Público competente, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de turno, devendo constar da mesma os fundamentos, a descrição sumária da operação”, ao permitir que tais meios de obtenção de provas se realizem sem autorização ou validação de juiz, dado o conceito adotado de ação encoberta, ao depender de criação de quadro de confiança com suspeitos ou arguidos, seria desconforme ao número 2 do artigo 35º da Lei Fundamental, que consagra a garantia contra a autoincriminação.

10.1 O princípio do *nemo tenetur se ipsem accusare* determina que nenhuma pessoa suspeita ou constituída arguida deve ser obrigada a se autoincriminar prestando declarações ou outros meios de prova para o efeito. Estaria ligado à ideia da auto-preservação dos indivíduos, pois ninguém deve ser compelido a contribuir, seja de qual forma for, para a sua própria ruína.

10.2. Fruto do Estado de Direito Democrático, esta garantia foi durante muito tempo completamente esvaziada, especialmente em sistemas políticos totalitários de cariz religioso, cujos processos penais eram de carácter inquisitivo, que viam na confissão, prova de culpa por via de declarações da pessoa acusada, a rainha das provas, a prova plena, muitas vezes obtida através da tortura, de tratamentos cruéis, degradantes e desumanos, de coação moral e pessoal e da ameaça.

Com o advento do *rule of law* e, concomitantemente, das cartas de direitos, consagrando, *inter alia*, as proibições de tortura e tratamentos cruéis, degradantes e desumanos, mecanismos extremamente utilizados com vista à subtração de eventual declaração de autoincriminação de pessoas suspeitas ou acusadas da prática de crimes,

muitos ordenamentos jurídicos previram, ainda que apenas no plano ordinário, a chamada garantia contra a autoincriminação, que consagra essencialmente o direito do arguido a se manter em silêncio e a não prestar qualquer declaração em processo em que é acusado caso assim não queira, especialmente quando esta declaração o possa incriminar, e a garantia de que o órgão judicial não pode utilizar o seu silêncio com vista à sua condenação.

10.3. Embora esses mecanismos mais tradicionais de obtenção de confissões incriminatórias sejam hoje em dia absolutamente proibidas nos Estados de Direito Democráticos, não se pode negligenciar que vêm surgindo, por força muitas vezes do desenvolvimento tecnológico, motivado especialmente pelo aparecimento de novas formas de criminalidade, a organizada e o terrorismo, novos mecanismos mais subtis, mas bastante eficazes de obtenção, contra a vontade das pessoas, a partir delas, de meios de prova que as incrimine.

Neste particular, o desenvolvimento da figura das ações encobertas e a utilização no seu desenrolar das figuras do agente infiltrado, do agente encoberto e, mais ainda, a do agente provocador, não podem ser negligenciados e terão que ser articulados com a garantia da proibição da autoincriminação.

10.4. No caso cabo-verdiano, a garantia foi consagrada na Lei Fundamental, constando inicialmente do artigo 30, sendo posteriormente, com a última revisão constitucional, deslocada para o número 2 do artigo 35, disposição legal que consagra as garantias processuais do arguido, embora a formulação utilizada pelo legislador crie algumas dificuldades interpretativas que serão abordadas em breve.

Entretanto, retendo desde já a orientação do legislador constituinte nesta matéria, verifica-se que o preceito indicado tem redação em termos segundo os quais *“A pessoa detida ou constituída arguida não pode ser obrigada a prestar declarações sobre os factos que lhe sejam imputados”*.

A versão anterior era ainda mais limitada e continha solução segundo a qual *“A pessoa detida ou presa não pode ser obrigada a prestar declarações”*, limitando a existência do direito apenas em relação a qualquer pessoa que estivesse detida ou presa.

10.5. No entanto, parece ser pertinente que antes de se proceder à análise do âmbito da atual disposição legal que prevê essa garantia se faça uma consideração prévia relacionada aos seus alicerces fundacionais. Parece a esta Corte que a garantia contra a autoincriminação estaria intimamente relacionada com o direito ao processo equitativo e à garantia da ampla defesa, ao princípio acusatório e, em certa medida, ao princípio da presunção da inocência.

10.5.1. O Tribunal entende, como também o considerou o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *Allan v. United Kingdom*, de 5 de novembro de 2002, publicado no *Reports of Judgments and Decisions of the European Court on Human Rights*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2002, v. IX, p. 41 e ss, num contexto bastante diferente do nosso, em que a garantia contra a autoincriminação não encontra consagração expressa na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, firmando-se entendimento de que “*no que diz respeito ao privilégio contra a autoincriminação ou o direito ao silêncio, o Tribunal reiterou que são padrões internacionalmente reconhecidos que residem no âmago de um processo equitativo/As regards the privilege against self-incrimination or the right to silence, the Court has re-iterated that these are generally recognised international standards which lie at the heart of a fair procedure*” (para. 44). Parece a este Tribunal que a Corte Europeia considerou e bem que existe uma ligação íntima entre o processo equitativo e o *nemo tenetur*, na medida em que não parece que o processo seja justo do ponto de vista constitucional, se não se respeitar o direito de cada indivíduo a não se autoincriminar e se se permitir que, por qualquer meio, o mesmo fosse obrigado a produzir provas que o culpabiliza. Assim, como disse aquela Corte o princípio em causa faz parte do cerne (coração) do processo equitativo.

10.5.2. Da mesma forma, pensa-se que o direito contra a autoincriminação, estaria ligado à própria garantia da ampla defesa, uma vez que seria, sem sombra de dúvidas, um meio de proteção que o arguido teria a seu dispor, com vista a impedir a sua condenação. Seria uma defesa em termos negativos. O silêncio do arguido e a prerrogativa de não estar obrigado a apresentar provas que o incriminam representariam autênticos meios pessoais de defesa em relação a acusação movida contra si. Assim, por meio de uma omissão, de um não fazer, a pessoa suspeita da prática de um crime teria em mãos um eficaz meio de proteção contra o poder punitivo do Estado.

10.5.3. A relação do princípio com o princípio acusatório e com o princípio da presunção da inocência teria, ao que parece, o mesmo sentido. O princípio do acusatório determina, entre outras coisas, algumas delas indicadas pela entidade requerente, quando afirma que *“pelo princípio acusatório pelo qual se rege o nosso processo penal a cada fase do processo penal corresponda um dominus processual de modo a que haja a distinção entre juiz da audiência contraditória preliminar, o juiz do julgamento e o órgão acusador”*, que a acusação e a prova da prática de eventual facto típico estejam a cargo do órgão acusador. É a ele que cabe o ónus da prova em processo penal, não ao arguido, que terá o direito fundamental de não se condenar a si próprio, pelo que, em princípio, qualquer tentativa do órgão acusador no sentido de se lhe obrigar ou determinar a se autoincriminar, por qualquer meio, seria ilegítima.

10.5.4. Determinação semelhante parece impor em determinado sentido também o princípio da presunção da inocência, na medida em que qualquer pessoa se presume inocente até que o Estado prove que ela é culpada. Assim, quem tem o ónus da prova é o Estado e não a pessoa, que, em princípio, jamais poderá ser obrigada por nenhum meio a oferecer meios de prova que o incriminam.

10.6. Feito este enquadramento, convém agora analisar em que termos é que a *Lex Suprema*, consagrou a garantia ora sob escrutínio. Como dito, a formulação utilizada pelo legislador não é clara e, com efeito, o seu sentido carece de clarividência.

10.6.1. Desde logo, surge uma primeira dificuldade interpretativa que estaria relacionada ao âmbito subjetivo da garantia, na medida em que o texto constitucional parece limitá-la apenas a pessoas detidas ou constituídas arguidas, deixando de fora suspeitos não constituídos arguidos e não detidos. De facto, parece que o âmbito da sua aplicação estaria relacionado essencialmente a casos em que a pessoa se encontra detida ou então em situação em que a mesma já foi constituída arguida. Entretanto, não muito dificilmente podemos identificar casos em que a sua aplicação revelar-se-ia necessária e que não se enquadram nas situações previstas pela disposição legal. Bastaria pensar numa situação em que se utilizasse um agente encoberto, por exemplo um amigo íntimo de um indivíduo suspeito da prática de um crime, no sentido daquele se aproximar deste e através de engano e outros meios ardilosos, subtraísse dele uma confissão ou outro meio de prova qualquer que o incriminasse. Ou uma situação em que, por meio de ameaça ou coação, um agente policial obrigasse determinada pessoa suspeita da prática de um crime a prestar

declarações que conduzissem à sua condenação em processo criminal. Em ambas as situações, não houve nem detenção, nem constituição de arguido, no entanto, materialmente não se vê diferença entre essas situações e outras que poderiam acontecer após a detenção ou a constituição de arguido.

Assim, parece ser de se estender, até por força do princípio da universalidade, aplicável em matéria dos direitos, liberdades e garantias, que se estendesse a garantia para todas as pessoas quer sejam arguidas ou não, estejam detidas ou não, que pudessem de alguma forma prestar declarações passíveis de as incriminar.

Embora a dimensão mais conhecida do princípio da universalidade seja a que estende certos direitos fundamentais a estrangeiros e apátridas, ao abrigo do número 1 do artigo 25 da Constituição da República (*“Com exceção dos direitos políticos e deveres reservados constitucional ou legalmente aos cidadãos nacionais, os estrangeiros e apátridas que residam ou se encontrem no território nacional gozam das mesmas dos mesmos direitos, liberdades e garantias e estão sujeitos aos mesmos deveres que os cidadãos cabo-verdianos”*), a sua base está, verdade, no seu artigo 23º, conforme o qual *“Todos os cidadãos gozam dos mesmos direitos, das liberdades e garantias e estão sujeitos aos deveres estabelecidos na Constituição”*, do que decorre que pessoas sujeitas ao mesmo contexto de aplicação e a necessidade de exercício de direito forem idênticas ou muito semelhantes, como é a situação agora em análise, devem estar sujeitas ao mesmo regime. Ainda que se admita que tais exigências se mostrem mais intensas quando a pessoa já tiver sido constituída arguida e ainda mais quanto estiver presa, não faz sentido nem do ponto de vista lógico nem dogmático a exclusão do suspeito da proteção da disposição mencionada.

Não sendo desprovido de sentido que mesmo o Estatuto de Roma que estabelece o Tribunal Penal Internacional, instrumento do qual Cabo Verde não só é parte, como foi constitucionalizado – pelo menos parcialmente – por força do número 8 do artigo 11º da Constituição inserido na revisão ordinária de 2010, prevê o direito não só para o arguido (artigo 67 g): *“Durante a apreciação de quaisquer factos constantes da acusação, o arguido tem o direito a ser ouvido em audiência pública, tendo em conta o disposto no presente Estatuto, a uma audiência conduzida de forma equitativa e imparcial e às seguintes garantias mínimas, em situação de plena igualdade: “a não ser obrigado a depor contra si próprio, nem a declarar-se culpado, e a guardar silêncio, sem que este*

seja tido em conta na determinação da sua culpa ou inocência”), mas também para qualquer pessoa ainda durante a fase de investigação, determinando o artigo 55(1) a que *“nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou a declarar-se culpada”*. Como defende um dos principais comentários a esse instrumento internacional, o *“artigo 55 vincula não só os órgãos do Tribunal, mas também as autoridades dos Estados que conduzem investigações debaixo das suas obrigações de cooperar com o Tribunal”* (Juan Pablo Pérez-León-Acevedo & Björn Elberling, “Article 55” in Mark Klamborg (ed.) *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Brussels, Torkel Opsahl Academic Epublisher, 2017, p. 410), que apesar de não determinar o direito interno dos Estados não deixa de ser relevante nessa matéria.

10.6.2. Um outro problema relacionado com a formulação linguística da disposição legal, teria que ver com o termo utilizado pelo legislador constituinte *“não pode ser obrigada”*, no sentido de se saber se só abrangeria obrigações diretas, em que, por meio de coação ou ameaça, se obrigaria a pessoa a prestar eventuais declarações, ou se incluiria outrossim formas de coação indireta em que, por meio de enganos e outros artifícios ardilosos, se levaria a pessoa a prestar tais declarações.

Embora não se negue que parece que a proteção seja mais forte relativamente à primeira situação, na medida em que nela, ao que parece, atentar-se-ia contra o próprio núcleo essencial do direito, pois a garantia ficaria esvaziada por essa forma, não se deve considerar que a segunda situação não mereça proteção, ainda que menor em relação à primeira e, nestes termos, ainda que seja possível uma sua eventual limitação, esta teria que cumprir as condições constitucionais previstas para tal, o que abordaremos em instantes.

Assim, ainda que se possa considerar que esta vertente pertenceria não ao núcleo essencial do direito, mas a uma camada acessória e secundária de proteção, que como se disse poderá ser eventualmente afetada caso um interesse público assim o legitime, em princípio a garantia proibiria todo e qualquer tipo de atuação neste sentido, na medida em que a extração de declarações ou outros meios de prova por meio de enganos ou outros meios ardilosos em tese estariam proibidos.

10.6.3. Um terceiro problema interpretativo estaria relacionado com a parte final do dispositivo legal, pois, de acordo com o seu conteúdo, à primeira vista parece que o

legislador constituinte consagrou apenas uma vertente da garantia contra a autoincriminação que seria o direito ao silêncio, da pessoa não prestar quaisquer declarações sobre os factos que lhe são imputados, e não a sua segunda vertente de não oferecer quaisquer outros meios de prova capazes de a incriminarem.

Como se sabe o privilégio da não autoincriminação não se confunde com direito do arguido ou qualquer pessoa detida ou suspeita da prática de qualquer crime se manter em silêncio, não prestando quaisquer declarações sobre eventuais factos que lhe sejam imputados.

A garantia contra a autoincriminação, além de abarcar naturalmente o direito ao silêncio, seria mais amplo do que este ao ponto de albergar também no seu seio a proibição da pessoa suspeita da prática de determinado crime ser obrigada – de acordo com o sentido amplo com que se interpreta esta expressão como recortado acima – oferecer quaisquer outros meios de provas contra a sua pessoa, provando a sua culpa, como por exemplo ser coagida ou levada por engano a entregar documentos ou quaisquer outros meios de prova que a incriminem.

O problema concreto que agora se pretende resolver é saber se, ainda que à partida o Tribunal estivesse limitado pela formulação linguística da disposição que consagra a garantia, seria possível derivá-la da Constituição na sua máxima extensão, abarcando além do direito da pessoa de não prestar declarações auto incriminadoras, também o direito de não proporcionar contra a sua vontade quaisquer outros tipos de meios de prova que possam ser utilizados para a incriminar.

Parece a este Tribunal, como argumentado acima, que, ainda que a garantia contra a autoincriminação não estivesse expressamente prevista pela Constituição, seria sempre possível derivá-la de alguns princípios constitucionais, nomeadamente do direito ao processo equitativo, pois não parece que o processo seria constitucionalmente justo se se permitisse que o Estado pudesse exigir que o arguido ou outra pessoa suspeita se autoincriminasse, oferecendo, contra a sua vontade, para o efeito qualquer meio de prova que seja, independentemente de serem declarações, entrega de documentos ou outras permissões abusivas à sua privacidade. Portanto, a garantia contra autoincriminação derivada deste princípio seria bastante ampla e não abarcaria tão-somente o direito ao silêncio.

10.7. Tendo determinado o âmbito da garantia contra a autoincriminação, no sentido de estendê-la a qualquer pessoa suspeita da prática do crime, independentemente dela ser arguida ou estar detida, de albergar no seu cerne tanto as obrigações diretas, por via de coação, ameaça, tortura ou outros tratamentos cruéis, degradantes e desumanos, como outras formas de subtração de meios de prova contra a vontade do suspeito, como, por exemplo, por meio de engano e outros meios ardilosos e de não só dizer respeito ao direito ao silêncio, mas também a outras formas de incriminação pessoal, por meio do oferecimento contra a vontade livre do suspeito de outros meios de prova, nomeadamente a entrega de documentos que o podem incriminar, o próximo passo é analisar os efeitos que as ações encobertas e a utilização das figuras de agente infiltrado e de agente encoberto têm sobre ela.

10.7.1. As ações encobertas, através da utilização de agentes infiltrados e agentes encobertos, bem como outros meios de obtenção de provas, como a obrigação de soprar o balão com vista a se provar o nível de alcoolemia, a entrada no domicílio das pessoas, a violação de suas correspondências e telecomunicações, a recolha de DNA para efeitos de prova da prática de crimes, afetam, uns mais outros menos, a garantia constitucional contra a autoincriminação. Portanto, como toda e qualquer outra limitação poderá ser legítima ou não. Legítima se se mostrarem preenchidas todas as condições exigíveis para o efeito e ilegítima caso estas não se preencherem. Qualquer desvio do padrão constitucionalmente estabelecido deve ser apertadamente escrutinado, nomeadamente para se verificar se é proporcional.

Como afirmado acima, as ações encobertas têm como escopo final exatamente levar a pessoa suspeita da prática de um crime ou de estar a preparar a prática de um crime, condenar-se a si próprio, contra a sua vontade, facultando ao agente infiltrado ou encoberto provas, através da entrega de documentos, prestação de declarações, permitindo que esteja presente em determinados espaços ou propiciando situações em que ele testemunhe crime, contextos que provam a sua culpa ou o envolvimento em eventual crime. Nestes termos, tem relação íntima com a garantia contra a autoincriminação, sendo que sempre importará numa sua limitação.

10.7.2. No caso concreto foi operada uma restrição ao direito contra a autoincriminação. Esta será sempre legítima como já se considerou acima, caso se respeite as condições previstas nos números 4 e 5 do artigo 17 da Constituição. No caso

da garantia ora em apreço, o pressuposto que levantaria maiores problemas estaria relacionado com a proporcionalidade da medida, mais concretamente com os subprincípios da necessidade e da justa medida.

A – Porque a medida restritiva parece ser adequada para prosseguir a finalidade pretendida, que estaria relacionada com a maior eficácia e celeridade na prossecução criminal de eventuais infratores, uma vez que atribuir o poder autorizador para a realização de ações encobertas ao Ministério Público, sem que a mesma esteja afeta a um controlo judicial, permitiria sem sombra de dúvidas maior celeridade e eficácia na prossecução criminal.

B – No entanto, não se afigura evidente que a medida seja necessária, no sentido de ela ser o meio menos gravoso, dentre os vários meios eventualmente eficazes que possam existir. Naturalmente, a previsão de um eventual controlo judicial posterior, no sentido de haver uma validação da autorização do Ministério Público, não parece que traria efeitos significativos sobre a celeridade e eficácia da operação e ainda assim seria um meio menos afetante do que o adotado pela solução ora sob escrutínio.

Entretanto, mesmo que se considere que se se consagrasse uma solução que permitisse sempre um controlo judicial posterior estaria respeitado o princípio da necessidade, na medida em que dificilmente se encontraria um meio menos afetante para perseguir o interesse público de acordo com a intensidade pretendida pelo legislador, em algumas situações, ainda assim seria difícil conciliar a medida com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que exige que haja um equilíbrio entre a afetação operada ao direito e o benefício atingido para o interesse público com a limitação.

C – É que, em alguns casos concretos, de utilização de agentes infiltrados e encobertos, a afetação é tão grande, que à semelhança do que acontece com outras garantias constitucionais, nomeadamente da inviolabilidade do domicílio, da correspondência e telecomunicações, parece sem sombra de dúvidas que, como padrão, a própria possibilidade de realização da operação tenha que passar previamente pelo crivo judicial, sob pena de através da operação se violar a garantia ora sob análise.

D – Ainda mais se considerarmos que, conforme a parte final da disposição ora sindicada pelo Tribunal, a qual embora não tenha sido requerida a sua fiscalização e esta

Corte não possa tecer considerações sobre a sua constitucionalidade, mas que não poderá deixar de tratar argumentativamente porque tem como efeito projetante sobre a norma em aferição que a proporcionalidade e a segurança da medida só serão avaliadas pelo Ministério Público em concreto sempre que seja possível. Esta é mais uma razão para que a autorização para a realização de operações encobertas passe necessariamente por um controlo judicial, entidade que procede normalmente a este tipo de juízo ancorado em operação de balanceamento em contexto de processo penal caso a caso, sob pena de inconstitucionalidade por violação da garantia de não autoincriminação.

10.8. Por conseguinte, em síntese, embora tal também não tenha sido suscitado pelo requerente parece outrossim que a alteração operada ao artigo 14 da Lei de Investigação Criminal por parte do ato legislativo agora sob escrutínio atenta contra a garantia constitucional processual penal de não autoincriminação, especialmente quando a pessoa já tenha sido constituída arguida, em que não só se atinge em potencial o direito a não se incriminar colaborando de alguma forma sem que o queira para permitir que o Estado acede a provas, mas o próprio direito ao silêncio é violado.

Considerando que esta garantia é aplicável em qualquer estágio na sua máxima extensão, poder-se-ia facilmente considerar que, em que caso algum, o recurso às ações encobertas seria permitido. No entanto, como esta Corte tem lembrado em diversas ocasiões, em princípio nenhum direito, liberdade e garantia se deve considerar absoluto, no sentido estrito da palavra, de tal forma que ilegitimasse *ex ante* toda e qualquer afetação que se lhe empreendesse.

Assim é sempre admissível que, por via legal, o legislador ordinário possa limitá-lo, com vista a prosseguir interesses também importantes. Entretanto, à semelhança do que se considerou acima, parece que o equilíbrio logrado pela medida restritiva entre o interesse a salvaguardar e o interesse sacrificado teria que passar necessariamente pelo controle do poder judicial, o qual foi absolutamente afastado pela solução legislativa, ficando sujeito a posição inerte e passiva perante o desenrolar dos factos. Sem que tal controlo seja permitido, a ingerência sobre o direito à não auto-incriminação é constitucionalmente insuportável.

11. Se o artigo 2º do ato legislativo de alteração à Lei de Investigação Criminal aprovada pela Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, na parte em que revê o artigo 14

da Lei n.º 30/VII/2008, de 21 de Julho, estabelecendo-se que “*A autorização para a operação (acção encoberta) é dada pelo Ministério Público competente, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de turno, devendo constar da mesma os fundamentos, a descrição sumária da operação*”, ao permitir que tais operações se realizem sem autorização ou validação de juiz, afastando o poder judicial do processo, sendo insuficiente para garantir as cautelas necessárias à preservação da vida e integridade pessoal de agentes participantes da operação, é desconforme ao número 1 do artigo 28º da Constituição.

11.1. Ocorre que ainda há um efeito possível que decorre da construção normativa adotada e que apesar de não ter sido objeto direto do pedido, mas mencionado pelo requerente no quadro da argumentação doutamente expandida, não deixa de levantar certas questões de constitucionalidade que convém apreciar e analisar.

11.2. Tem a ver com o potencial atingimento do direito à vida e do direito à integridade física do funcionário de investigação criminal ou do terceiro que, nos termos da lei, podem ser utilizados em ações encobertas, e que ficam sujeitos a riscos reais em razão do tipo de criminalidade que está em causa, nomeadamente em razão do âmbito definido pelo artigo 13º da Lei já que cometidos “*a) de forma organizada ou em grupo; b) com violência ou recurso a armas de fogo, engenhos explosivos e objetos armadilhados; c) com elevado grau de mobilidade ou especialidade técnica; ou de dimensão internacional*”.

Tais operações estão quase sempre associadas a organizações criminosas regidas por regras próprias destinadas a garantir a sua coesão e impenetrabilidade e que garantem um código de conduta rígido de *omertà* em que qualquer informação prestada externamente é objeto de severa e exemplar punição. Desafios que podem até colocar-se com particular intensidade num país em que pelas suas dimensões sempre será mais difícil perder-se o traço de pessoa que tenha sido utilizada em tais operações, facilitando vendetas contra a sua pessoa e até familiares, como, de resto, foi registado no presente processo legislativo por várias entidades participantes, nomeadamente o Diretor Nacional da Polícia Judiciária que recordou na entrevista de 24 de maio de 2017 que concedeu recordou “*a triste experiência ocorrida com uma funcionária da PJ*”, realçando “*a necessidade de garantir a segurança dos inspetores, designadamente na sequência de operações encobertas (...)*”.

11.3. Ora, tal hipótese coloca de imediato a possibilidade de haver, de forma real, a possibilidade de vulneração do direito à vida e do direito à integridade física reconhecidos pelo mesmo preceito constitucional, o artigo 28 da Lei Fundamental redigido em termos segundo os quais “*1. A vida humana e a integridade física e moral das pessoas são invioláveis*”.

11.3.1. Comportando, portanto, o direito à vida de titularidade de qualquer pessoa humana expressa normativamente no enunciado que fixa que “*a vida humana (...) [é] inviolável*” corolário óbvio do valor constitucional da dignidade da pessoa humana na sua dimensão de reconhecimento do valor intrínseco do homem e também reflexo de previsão da Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 4º: “*A pessoa humana é inviolável. Todo o ser humano tem direito ao respeito da sua vida (...). Ninguém pode ser privado arbitrariamente deste direito*”), do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 6º: “*O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deve ser protegido pela lei; ninguém pode ser arbitrariamente privado da vida*”), da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (artigo 2ª: “*A pessoa humana é inviolável. Todo o ser humano tem direito ao respeito da sua vida (...)*”) e de várias outras convenções, sendo ainda provavelmente uma norma costumeira com valor imperativo uma das suas dimensões nucleares de proibir ao Estado a privação arbitrária da vida das pessoas.

11.3.2. Naturalmente o direito à vida é um direito, liberdade e garantia, do que decorre de que, pela sua natureza, projeta em primeiro lugar um comando negativo dirigido ao Estado de não fazer nada que possa, de alguma forma, privar a pessoa arbitrariamente da sua vida que tem com as pessoas físicas, os titulares desse direito. No caso concreto, além disso, e complementarmente, também decorrem obrigações positivas de também garantir esse direito nas relações entre particulares, de onde decorrem as prerrogativas que tem também de adotar medidas legislativas, executivas e judiciais de garantia de sua eficácia horizontal.

11.3.3. Sendo certo que haverá deveres do Estado que podem justificar a utilização de pessoas em ações que pela sua natureza implicam em riscos à sua vida, considerando, nomeadamente as disposições em matéria de defesa e em matéria de forças de segurança e de proteção civil, além de outras absolutamente necessárias para a realização de direitos sociais como os profissionais da saúde, a extensão do direito também abarca deveres de

cuidado que os poderes públicos nas suas áreas de intervenção estão sujeitos de só poderem pôr em risco esse bem jurídico quando isso seja necessário, proporcional e nos termos de um regime garantístico adequadamente eficaz.

11.3.4. O que poderá acontecer é que nalguns casos essa utilização poderá legitimar-se com mais intensidade se decorrer de um estatuto profissional associado às profissões descritas e que integrem deveres funcionais cuja realização poderá depender de uma colocação de pessoas em risco de vida em certas situações justificadas de realização de interesses públicos constitucionalmente legítimos. Mas, ainda assim tal possibilidade decorrente de uma afetação imposta por um estatuto especial de carácter profissional aceite voluntariamente pelo titular do direito não leva a um efeito total de desproteção ou de desoneração de responsabilidade do poder público.

11.3.5. Isso porque essa modalidade de afetação de direitos, ainda que, em si, constitucionalmente reconhecida, depende, em cada caso, do preenchimento de certas condições de legitimação, nomeadamente do pressuposto de prévia autorização constitucional, que pode ser direta ou indireta, e da presença dos requisitos do não atingimento do núcleo essencial, da voluntariedade, da transitoriedade e da proporcionalidade.

11.3.6. Não sendo igualmente irrelevante neste caso também a questão do envolvimento de outro mecanismo de afetação de direitos que o Tribunal já reconheceu, a chamada renúncia a direitos fundamentais, através do citado Acórdão 27/2018, de 20 de dezembro, Rel: JC Pina Delgado), que decidiu o amparo *Judy Ike Hills v. SRJ*, em que adotou entendimento segundo o qual “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 expreso 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”.

É evidente para o Tribunal que tal pronúncia por si só não é suficiente para se estender a possibilidade da renúncia a um direito que tem um estatuto especial dentro da ordem constitucional por ser uma espécie de pressuposto natural ao exercício na plenitude de todos os outros, o direito à vida. Todavia, mesmo qualificado como inviolável – que

não deixa de ter efeitos simbólicos importantes e de se traduzir em indicação hermenêutica relevante – o mesmo valor constitucional que legitima a possibilidade de um titular poder prescindir temporariamente de certas camadas de proteção de direito é suscetível de se aplicar mesmo no quadro do direito à vida. O que poderá acontecer é que as condições de legitimação a que se referiu o acórdão mencionado, isto é, de “*não-atingimento do núcleo essencial do direito e de serem estritamente proporcionais*”, além da sua reversibilidade, voluntariedade e de decorrer de ato informado, devem ser avaliadas de modo mais estrito e exigem um quadro de controlo ainda mais rígido e efetivo.

11.4. O mesmo pode ser considerado em relação ao direito à integridade pessoal:

11.4.1. O qual, apesar de integrado no mesmo preceito do que o direito à vida, o artigo 28, com construção conforme a qual “*a integridade física e moral [é] inviolável*”, corresponde a um direito fundamental diferente. É verdade também tributário direto do valor constitucional da dignidade da pessoa humana na sua dupla perspetiva da sua sacralidade inerente e da proibição da coisificação do homem, do seu tratamento como objeto.

11.4.2. E também norma com igual lastro nos desenvolvimentos internacionais sobre a matéria, nomeadamente com reconhecimento pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (com apelo direito a preceito que prevê que “*Ninguém será submetido a tortura nem a penas cruéis, desumanas ou degradantes*”), pelo Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (ainda que também neste particular representado por duas garantias a si associadas, nomeadamente decorrente de fórmula do artigo 7º segundo a qual. “*Ninguém será submetido a tortura nem a pena ou a tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes. Em particular, é interdito submeter uma pessoa a uma experiência médica sem o seu livre consentimento*”); e pela Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (artigo 4º: “*Todo o ser humano tem direito (...) à integridade física e moral da sua pessoa. Ninguém pode ser privado arbitrariamente desse direito*”), além de naturalmente abarcar o tratado de proteção de direitos, a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes, reverberada por uma das garantias fundamentais associadas a esse direito, a garantia de proibição da tortura e de outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes ecoada pelo número 2 do

artigo 28 da nossa Constituição quando determina que “*Ninguém pode ser submetida a tortura, penas ou tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos*”.

11.4.3. Com as devidas adaptações decorrentes do teor de cada um dos direitos, os seus efeitos e manifestações são muito similares aos decorrentes do direito à vida, nomeadamente por dele decorrerem deveres primários de abstenção por parte do Estado, manifestados pela obrigação de se abster de qualquer conduta que atinja a integridade pessoal das pessoas e de causar riscos a essa mesma integridade. Comando este que também complementarmente contempla obrigação de o poder público garantir a eficácia desses mesmos direitos nas relações entre particulares.

11.4.4. Como quase todos o direito à integridade pessoal enquanto fórmula substantiva geral pode ser afetado, nada impedindo que o Estado em certas circunstâncias possa, de acordo com as condições indicadas, recorrer a titulares desses direitos para o exercício de atividades que objetivamente colocam em risco a integridade física e moral das pessoas. No entanto, sempre no quadro de uma perspetiva de limitação e de existência de controlos apertados que garantam a sua correta utilização e a minoração dos apontados perigos individuais e familiares.

11.4.5. Isso tanto nos casos em que eles estejam associados a estatutos profissionais que pela sua natureza impliquem em riscos pessoais, como também nos casos de pessoas não sujeitas a regimes dessa natureza cuja colocação em risco exige ainda maiores cautelas, ainda que resultem de renúncia a esfera de proteção de direitos da parte do seu próprio titular.

11.5. Ora, neste caso não haverá dúvidas que a natureza possível da conduta pública de investigação criminal que se autoriza tem um potencial lesivo desses dois direitos, pois pelos motivos apontados implica em riscos de vida e também à integridade pessoal, tanto na sua dimensão de integridade física, que até pode colocar uma questão ainda mais intensa da própria garantia de proibição da tortura ou de tratamento cruéis, desumanos e degradantes, como inclusive de integridade moral pois não são de se descartar os efeitos mentais e psíquicos de um agente público que atua fora da lei, no submundo do crime organizado e violento, potencialmente colaborando no cometimento de crimes, como instrumento de obtenção de provas, provavelmente afastado dos seus

familiares, e assumindo o risco tipicamente hobbesiano da possibilidade da “*morte violenta*”, ou noutra perspetiva a do agente privado que sujeito aos mesmos riscos fica em posição de trair as pessoas que lhe são próximas.

11.6. Naturalmente, o agente de investigação criminal, para mais não podendo ser obrigado a participar de uma operação encoberta, nos termos do previsto pelo número 3 da Lei atualmente em vigor não abrangida pela alteração, de ter a proteção que lhe é conferida pelo Estatuto do Pessoal da Polícia Judiciária, aprovado pelo Decreto-Legislativo nº 2/2008, de 18 de agosto, versão consolidada decorrente das alterações promovidas pelo Decreto-Legislativo nº 1/2017, de 15 de maio, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 26, 15 de maio, pp. 614-637, nomeadamente através da previsão de um direito a seguro de vida e de acidente de serviço (artigo 76), direito ao subsídio de risco e de condição policial (artigos 73 e 74) e a pensão de sangue a favor do cônjuge ou unidos de fato reconhecido, descendentes menores ou adotados menores e ascendentes e adotantes vivendo sob sua dependência económica para os casos de morte ou desaparecimento em condições extraordinárias em serviço ou por causa dele (artigo 57 (1) (f)).

E, sobretudo, pela aplicação pelas regras de proteção de testemunhas da lei homóloga, cujo conceito concreto abrange “*qualquer pessoa que, independentemente do estatuto face à lei processual, disponha de informação ou de conhecimento necessário à revelação, perceção ou apreciação de factos que constituem objeto do processo, de cuja utilização resulte um perigo para si e para outrem, (...)*”, sobretudo, mas não exclusivamente, na parte em que se define o programa especial de segurança em termos segundo os quais “*a testemunha, o seu cônjuge, ascendentes, descendentes, irmão ou outras pessoas que lhes sejam próximas podem, excepcionalmente, beneficiar de um programa especial durante o período do processo ou mesmo depois de este se encontrar findo, se estiverem reunidas condições: a) o depoimento ou as declarações disserem respeito aos crimes referidos no artigo 16º; existir sério e concreto risco para a vida, a integridade física ou psíquica ou para a liberdade; o depoimento ou as declarações construírem um contributo que se presuma ou que se tenha revelado essencial para a descoberta da verdade*”, podendo, nos termos do artigo 23º, incluir “*a aplicação de uma ou várias medidas administrativas de proteção e apoio, determinadas em face do perigo concreto (...)*”.

Por conseguinte, não têm uma expectativa plena de proteção da sua vida e integridade física, já que por deveres funcionais ligados ao estatuto da profissão que escolheu seguir renuncia a certas camadas de proteção desses direitos, na medida em que o risco é inerente ao exercício das mesmas, porém disso não significa que o Estado possa fazer uso desses serviços desmedidamente e sem tomar as providências necessárias para a sua minoração e controlo, colocando tais bens jurídicos em situação de fragilização objetiva.

11.7. Mais relevante é a situação do terceiro que, por diversos motivos, é usado em ações encobertas, situação em que a exigência constitucional no sentido de o Estado não lhes poder colocar em situação de possível vulneração desses direitos por outros particulares é ainda maior. Sobretudo por se tratar de situação em que a forma como a lei está desenhada permitirá a utilização de agentes que já são da confiança da pessoa objeto da ação ou que por exemplo está ela própria em situação de cumprimento de pena ou sujeita a medida de coação cujo consentimento embora não se possa ter por coagido por si só, não tem uma liberdade de escolha que lhe permite sem consequências pessoais recusar-se a colaborar, nomeadamente porque ainda há a possibilidade de se articular a figura com cláusula que decorre da Lei de Drogas já citada segundo a qual *“Se nos casos previstos (...) o agente (...) auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações, pode a pena ser-lhe extraordinariamente atenuada ou ter a dispensa da pena”* (artigo 15º).

11.8. Assim sendo, também nesta dimensão a possibilidade limite de o Estado usar pessoas em operações objetivamente arriscadas somente poderá ser legitimada se o Estado, de facto, tomar todas as medidas razoáveis não para afastar tal cenário, objetivo que seria impossível em si, mas para reduzir a possibilidade de ocorrência de desfechos fatídicos ao mínimo. Evidentemente, na medida que, além da voluntariedade dessa participação assegurada por lei, também se beneficia da aplicação das disposições citadas da Lei de Proteção das testemunhas.

11.9. Neste sentido, poder-se-ia nos dois casos perguntar-se se a reserva de juiz em detrimento da atribuição de competência de autorização exclusivamente ao Ministério Público não podia também garantir esse quadro garantístico de proteção dos agentes que

participarem em ações encobertas. Neste quesito o Tribunal responde igualmente de forma positiva, pois uma intervenção de uma entidade que tem objetivamente interesse na prossecução da ação penal não é em abstrato mais garantística do que um poder independente que poderá de forma mais clara efetivar a ponderação mencionada pela parte final da nova redação que se pretende atribuir ao dispositivo, necessária – e não na medida do possível como consta do diploma de alteração – entre a importância da obtenção de provas num caso concreto e os riscos inerentes à operação para o funcionário de investigação criminal e, por maioria de razão, para o terceiro que delas participa. Por conseguinte, a exclusão pura e simples de controlo dessa situação que exige objetivamente ponderação não só abstrata feita pelo legislador, mas em cada caso concreto de aplicação tarefa do julgador, a presença de direitos fundamentais importantes exigem que seja esta entidade a controlar a sua utilização, não sendo suficientemente garantístico por desproporcional que seja órgão de investigação criminal a fazê-lo.

12. Em suma, a questão de fundo que envolve esta aferição de conformidade constitucional, nos termos colocados pelo requerente, não se relaciona à legitimidade da utilização da figura dos agentes encobertos em si, mas simplesmente de saber se ela seria constitucionalmente tolerável haja em vista o impacto potencial afetante que projeta sobre um conjunto de garantias fundamentais, nomeadamente de proteção do arguido contra quaisquer atos ou omissões que afetem os seus direitos, liberdades e garantias, à nulidade de provas obtidas mediante intromissão abusiva na sua vida privada, correspondência, comunicações, domicílio e dados pessoais, a estas garantias em si consideradas, bem como à da não-incriminação e aos direitos à vida e à integridade pessoal.

O Tribunal como é natural não avaliou a compatibilidade constitucional dos vários eixos do regime de ações encobertas, deixando em aberto essas questões, mas é seu entendimento que a possibilidade de utilização de ações encobertas pelas suas particularidades só é tolerável pelo sistema constitucional se estiver acoplada a um quadro garantístico mínimo do qual seguramente faz parte um controlo efetivo de juiz, sem o qual o efeito de desproteção dos diversos direitos e garantias associadas não é admissível. Pelo que a solução legal de prescindir desse controlo efetivo, afastando a necessidade de autorização ou sequer de validação pelo juiz só pode ser tida por inconstitucional.

III. Decisão

Pelo exposto, decidem os juízes do Tribunal Constitucional pronunciar-se pela inconstitucionalidade do artigo 2º do ato legislativo de alteração da Lei de Investigação Criminal na parte em que revê o seu artigo 14, por violação da garantia de controlo judicial de ato ou omissão que viola direito, liberdade ou garantia do arguido, do direito geral à privacidade e das garantias associadas de proteção ao domicílio, correspondência, comunicações e dados pessoais, da garantia contra a não-incriminação, e dos direitos à vida e à integridade pessoal.

Registe, notifique e publique.

Praia, 17 de abril de 2019

Os Juízes Conselheiros

José Pina Delgado (Relator)

Aristides R. Lima

João Pinto Semedo

ESTÁ CONFORME

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 17 de abril de 2018.

O Secretário do TC,

João Borges