



**Cópia:**

Do acórdão proferido nos autos de recurso de Amparo Constitucional n.º 03/2016, em que é recorrente **Ovídio Jesus Lopes de Pina** e recorrido o **Supremo Tribunal de Justiça**.

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## ACÓRDÃO N.º 29/2017

### I. Relatório

1. **Ovídio Jesus Lopes de Pina**, com os sinais de identificação constantes dos autos, ao abrigo dos preceitos dos artigos 20.º, n.º 1, da Constituição, 3.º, n.º 1, alínea e) e 5.º, n.º 1, da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro, interpôs Recurso de Amparo Constitucional contra o Acórdão n.º 24/2016, de 15 de abril, o qual confirmou a sentença do Tribunal de Comarca dos Mosteiros que o condenara pela prática de dois crimes : um crime de agressão sexual com penetração, nos termos dos artigos 141.º, alínea b), e 143.º, n.º 1, e um outro de atentado à intimidade da vida privada, ao abrigo do artigo 183.º, todos do Código Penal vigente.
2. O Tribunal, feito o cúmulo jurídico, viria a condenar o réu na pena única de sete anos de prisão, e bem assim no pagamento de uma indemnização à pessoa ofendida no valor 100.000\$00 (cem mil escudos).
3. O recorrente alega no seu Recurso de Amparo essencialmente o seguinte:
  - a) O acórdão ataca os seus direitos fundamentais, pondo em causa, em medida intolerável, a sua dignidade humana e o princípio da presunção da inocência, previsto no artigo 35.º, n.º 1, da Constituição;
  - b) «O referido Acórdão do STJ ... violou, em vários momentos, a presunção de inocência do arguido», sendo por isso inconstitucional e nulo;

- c) O acórdão é incoerente e acusa o arguido de um conjunto de «factos» que não foram provados efetivamente no decurso do processo;
- d) O réu Ovídio não praticou o crime punido e previsto no artigo 143º do Código Penal vigente («agressão sexual com penetração»), «cuja execução é vinculada e sujeita a um conjunto apertado de requisitos legais»;
- e) A análise efetuada pelo Supremo Tribunal de Justiça, «salvo o devido respeito», não tem «qualquer sustentáculo factual», nem «consistência jurídico-científica»;
- f) O tipo objetivo do crime de que se trata requer a prática da violência ou de coação por parte do agente, o que não se verificou no caso em apreço;
- g) Não se percebe como é que o Supremo Tribunal de Justiça alega no seu Acórdão 24/2016 que a idade da ofendida não é relevante para a decisão final, quando «o cavalo de batalha do Tribunal «a quo», desde o primeiro julgamento e a primeira sentença, foi construído à volta da idade da vítima, argumento que caiu, todavia, estrondosamente, com o primeiro Acórdão do Supremo»;
- h) «A saída airosa do Supremo Tribunal de Justiça foi então, já no seu segundo Acórdão, alterar a qualificação jurídica dos factos, sem respeitar, contudo, a fixação do objeto do processo (Acusação) onde o arguido foi acusado por crime diverso»;
- i) «Não havendo agressão sexual nos termos exigidos pelos artigos 141º e 143º do Código Penal, não pode haver qualquer crime, nem condenação séria e fundamentada do réu, «laborando o Supremo Tribunal ... num clamoroso erro de facto e de análise das provas constantes do processo-crime em referência»

4. Pelo exposto, o recorrente pede ao Tribunal Constitucional para «considerar nulo o citado Acórdão nº 24/2016», «determinando, em coerência, a imediata absolvição do arguido».
5. No âmbito dos trâmites normais do Recurso de Amparo, o processo foi com vista ao Ministério Público que propugnou a não admissão do Recurso de Amparo, porque o princípio da presunção de inocência, na sua doutra opinião, manifestamente não se encontra violado, tendo sustentado a sua posição nas seguintes considerações:
  - a) «O princípio da presunção da inocência, com a configuração que resulta do texto constitucional, significa que não se pode condenar um acusado sem que seja provada a sua culpabilidade e, apenas nas situações de dúvida do julgador quanto à sua culpabilidade é que deve ser absolvido, porque assim se exige num Estado de direito em que o valor cimeiro é o da dignidade da pessoa humana»;
  - b) «No caso in judicio, o recorrente foi acusado e julgado em primeira instância, tendo oportunidade (sic!) de oferecer os seus meios de prova, exercer o contraditório, controlar a prova apresentada pelo Ministério Público e ainda discretear sobre o valor das mesmas, antes da decisão final condenatória. Dessa decisão pôde apelar, apresentando junto da Suprema Instância os seus argumentos e os vícios de que padecia, no seu doutra entendimento, a decisão recorrida;
  - c) «O Tribunal de recurso fundamentou juridicamente e de facto que não subsistiram dúvidas nem do tribunal recorrido, nem dessa instância quer quanto ao preenchimento dos tipos de crime objeto de recurso, quer quanto à culpabilidade do recorrente e que «a absolvição em decorrência do princípio *in dubio pro reo* há de ser, não a dúvida do recorrente, mas tão-somente a dúvida do julgador», dúvida que não existe;

d) «Perante essa factualidade e atento o quadro legal parece, salvo o devido e merecido respeito, manifesto que não foi posto em causa, em nenhum momento o princípio da presunção da inocência com a amplitude constitucionalmente prevista»;

e) O não provimento do recurso, asseguradas que foram todas as garantias de defesa e respeitado o quadro legal e, não se verificando uma situação em que se pudesse impor a absolvição por *non liquet*, não viola o princípio da presunção da inocência e o subprincípio dela decorrente, *in dubio pro reo*. *Com efeito, ela não se traduz em violação daquele princípio decorrente da norma do artigo 35º, nº 1, da CRCV;*

6. Na sua análise de admissibilidade, o Tribunal Constitucional detetou algumas insuficiências em relação à petição de recurso, tendo através do Acórdão nº 12/2016, de 23 de junho, ordenado que o recorrente fosse notificado para, querendo, suprir as referidas insuficiências relativas à identificação do ato, facto ou omissão eventualmente violador de direito, liberdade ou garantia, à exposição das razões de facto e de direito que fundamentam a petição, à formulação de conclusões nos termos da lei.

7. O recorrente, no prazo indicado, apresentou uma peça processual, em que indicou aquilo a que chamou «atos, factos ou omissões», sem contudo proceder a uma especificação, que, em seu entender, violam o seu direito fundamental à presunção da inocência, sendo de realçar o seguinte arrazoado:

a) O juiz do tribunal a quo, apesar de estabelecer a idade da ofendida «Edy» em menos de 14 anos de idade, puniu na sua primeira sentença, objeto do Acórdão nº 89/2015 do STJ, o arguido pelo crime do artigo 143º, nº 1, quando deveria agir de modo diverso, uma vez que concluiu que se tratava de menor de 14 anos;

b) A primeira sentença do tribunal a quo foi objeto de recurso, tendo os juízes da Secção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça determinado o «reenvio do processo para novo julgamento, com vista a nova audição da ofendida

«Menha», de forma a que as declarações que havia prestado acerca dos factos ocorridos entre o arguido e a ofendida «Edy», passem a constar dos autos e possam ser valoradas; esclarecer acerca da data da ocorrência dos factos, com vista à determinação da idade desta ofendida, nesta data»;

- c) O tribunal a quo, entretanto, não deu cumprimento às determinações do Supremo Tribunal de Justiça, contidas no seu Acórdão 89/2015;
- d) A idade da vítima foi estabelecida, pelo Juiz do tribunal recorrido em menos de 14 anos de idade, mas mesmo assim, de forma descabida, atípica e propositada, puniu o arguido pelo crime do artigo 143º, nº 1, ao invés de o enquadrar no nº 2 do artigo 143º do Código Penal, conforme o forte reparo do STJ, expresso no citado Acórdão 89/2015;
- e) O juiz do Tribunal recorrido não obedeceu o procedimento correto, previsto no artigo 396º do CPP;
- f) Segundo o Acórdão nº 89/2015 «existe uma contradição insanável entre a fundamentação e a decisão, vício previsto na alínea b) do nº 2 do artigo 442º do Código de Processo Penal»;
- g) Não se compreende como é que «o Supremo Tribunal de Justiça, no seu douto Acórdão 24/2016, alega que a idade da ofendida é irrelevante para a decisão final, tendo em conta que o «cavalo de batalha » do Tribunal «a quo», desde o primeiro julgamento e a primeira sentença, foi construído à volta da idade da vítima, argumento que caiu todavia, estrondosamente, com o primeiro Acórdão do Supremo»;
- h) A ofendida, Edy, em nenhuma das fases processuais em que foi ouvida, não soube precisar a data da ocorrência dos factos suscetíveis de configurar crimes sexuais, nem tampouco a sua real idade;

- i) Tais dúvidas e incertezas foram detetadas na audiência de discussão e julgamento, mas o tribunal a quo não foi capaz, estranhamente, de aplicar o princípio *in dubio pro reo*;
  - j) «A prova documental apresentada no processo-crime deita por terra, por completo, as teses ... da ofendida e da própria acusação, uma vez que, ao analisarmos ... a data constante do vídeo apresentado, constata-se que a mesma é de 01 de fevereiro de 2009, que cai num domingo»;
  - k) O próprio tribunal a quo reconheceu no seu despacho que houve supressão de prova, quando retirou, sem motivo plausível, a declaração da testemunha «Menha», constante da ata da audiência de discussão e julgamento»;
8. Em sede das conclusões o recorrente sustentou o seguinte :
- a) O arguido foi condenado, no âmbito de um processo- crime, pelo Tribunal de Comarca dos Mosteiros, tendo a sentença deste tribunal sido confirmada pelo Acórdão nº 24/2016, de 15 de abril, proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça;
  - b) O referido Acórdão ataca ... os Direitos fundamentais dele arguido, pondo em causa a sua dignidade humana e a própria presunção de inocência, prevista no artigo 35º/1 da Constituição vigente;
  - c) «Um dos corolários essenciais da presunção de inocência é , precisamente, o previsto no nº 3 do artigo 1º do CPP vigente: «havendo dúvida razoável sobre quaisquer factos relativos à infração cuja existência se procura verificar ou à responsabilidade que se pretende apurar, ela será resolvida a favor do arguido»;
  - d) O Acórdão do STJ violou «em vários momentos» a presunção da inocência do arguido pelo que a sua inconstitucionalidade é patente e a sua nulidade irreversível;

- e) Analisando os autos, «chega-se à conclusão de que o arguido Ovídio não praticou em definitivo o crime punido e previsto no artigo 143º do Código Penal»;
  - f) «O tipo objetivo do crime em referência exige, incontestavelmente, a prática da violência física ou da coação, etc. por parte do agente» o que não aconteceu»;
  - g) O STJ alterou a qualificação jurídica dos factos, sem respeitar, contudo, a fixação do objeto do processo (Acusação), onde o arguido foi acusado por crime diverso;
  - h) «Não havendo nenhuma agressão sexual, nos termos já explicitados pela doutrina jurídica mais autorizada e exigidos pelos arts. 141º e 143º do atual Código Penal, não pode haver, como é óbvio, qualquer crime, nem qualquer condenação séria e fundamentada do arguido ...»;
  - i) «Quanto ao direito de acesso à justiça, na sua vertente do direito de defesa do arguido, não foram disponibilizados na acusação os elementos suficientes, onde o mesmo podia tomar uma posição em nome da defesa, designadamente, a data do acontecimento dos factos, bem como a idade real da ofendida»;
  - j) Quanto ao direito fundamental da presunção da inocência, previsto no artigo 35º da Constituição da República de Cabo Verde, este foi violado de forma flagrante, uma vez que não se provou se o arguido praticou atos sexuais, pelo menos nos termos previstos no artigo 143º, nº 1 (agressão sexual com penetração), com a ofendida «Edy».
9. Finalmente, o recorrente pede a declaração de nulidade do acórdão nº 24/2016 por violação do direito de acesso à justiça, na sua vertente de direito de defesa do arguido, e do direito de presunção da inocência do arguido.
10. O TC considerou supridas as insuficiências e admitiu o recurso, através do Acórdão nº 12/2016, de 01 de setembro.

11. Admitido o recurso, o processo foi distribuído ao relator, que proferiu despacho de notificação da entidade requerida para eventual resposta, nos termos do nº 2 do artigo 18º da Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro, que aprova o Regime do Amparo Constitucional e do Habeas Data.
12. Esgotado o prazo, sem que a entidade requerida se tivesse pronunciado, seguiram os autos com vista ao Digníssimo Senhor Procurador-Geral da República, para promover o que considerasse conveniente, ao abrigo do artigo 20º da Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro;
13. O Digníssimo Senhor Procurador-Geral da República ofereceu a sua mui doura promoção, a 05 de outubro de 2016, tendo sustentado, quanto à admissibilidade, o seguinte em síntese:
  - a) «A lei do Amparo estabelece no seu artigo 16º os requisitos gerais de inadmissibilidade desse recurso»;
  - b) «O legislador entendeu por bem, além dos requisitos de carácter geral estabelecidos no artigo 16º, quando estiver em causa amparo contra decisões de órgão judicial, estabelecer requisitos específicos»;
  - c) «É compreensível que assim seja, não só por razões de certeza e segurança jurídica por se estar a recorrer de uma decisão que já não admite recurso ordinário –caso julgado-. Mas também pelo facto de o nosso sistema de fiscalização da constitucionalidade ser de natureza difusa, em que os tribunais judiciais apenas estão vinculados à Constituição e à lei, estando proibidos – art.º 211º, nºs 1 e 3 da CRCV- de aplicarem normas contrárias à Constituição ou aos princípios nela consignados»;
  - d) «Não está em causa o requisito estabelecido na alínea a ) {do artigo 3º}, conforme doutamente refere o acórdão nº 19/2016.E o mesmo deve ser dito relativamente ao requisito estabelecido na alínea b), considerando que o

recorrente imputa ao Supremo Tribunal de Justiça com a prolação do acórdão nº 26/2016 de (sic!) violação do princípio da presunção de inocência»;

- e) «Quanto ao requisito previsto na alínea c) do art.º 3º resulta que para que uma decisão judicial possa ser objeto de recurso de amparo, é necessário que: «a violação tenha sido expressa e formalmente invocada no processo logo que o ofendido dela tenha tido conhecimento e que tenha sido requerida a sua reparação»;
- f) «Portanto, logo que tomou conhecimento do acórdão 26/2016 do Supremo Tribunal de Justiça e considerando que este violou o seu direito fundamental à presunção de inocência, deveria, perante o Supremo Tribunal de Justiça, de forma expressa e formal, e no prazo estabelecido no artigo 145º do Código de Processo Civil, aplicável por força do art.º 1º da Lei do Amparo, invocar essa violação e conseqüentemente requerer a sua reparação»;
- g) Só invocada a violação do direito fundamental amparável e requerida a reparação perante o órgão judicial que proferiu a decisão, e só depois desse órgão judicial que proferiu a decisão, no caso o Supremo Tribunal de Justiça, ter recusado reparar a violação, é que a recorrente poderia, dentro do prazo estabelecido no art.º 5º, nº 1, e a contar da notificação da decisão de recusa, interpor recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional»;
- h) «Há que dizer que dos autos não resulta que o recorrente tenha invocado no processo, de modo expresso e formal, e requerido a sua reparação perante o Supremo Tribunal de Justiça enquanto órgão judicial que proferiu o acórdão recorrido e que, na ótica do recorrente, violou o seu direito fundamental à presunção de inocência no subprincípio in dubio pro reo, e que está ( sic!) tivesse recusado a reparação »;
- i) «Por conseguinte, salvo sempre o merecido respeito, não resulta preenchido o requisito específico exigido pela alínea c) do art.º 3º»;

j) «Pelo exposto, parece-nos manifesto que o presente recurso não deve ser admitido.

14. Num segundo momento da sua douta promoção, o Digníssimo Procurador-Geral da República, relativamente à questão substantiva considerou que o recurso deve ser considerado improcedente por não ter sido violado o princípio da presunção de inocência, no seu sub-princípio de *in dubio pro reo*, tendo argumentado o que se segue:

- a) «O recorrente invoca a violação do princípio da presunção de inocência, por entender que do julgamento não resultou provado que tenha cometido os crimes pelos quais foi condenado e, em decorrência do subprincípio *in dubio pro reo*, perante a dúvida quanto à factualidade que serviu de base para a sua condenação, deveria ter sido absolvido» ;
- b) A recorrente «labora sobre pressupostos fácticos que não têm a mínima aderência com a realidade dos autos»;
- c) Como espelham os autos, a idade da vítima, apesar da pretensão da recorrente em considerá-la um elemento fundamental, «não é um elemento do tipo»;
- d) Igualmente, como espelham os autos, «não ocorreu alteração substancial de factos descritos na acusação, com os requisitos e exigências do artigo 396º do Código de Processo Penal;
- e) «A decisão recorrida descreve as motivações de facto e de direito que sustentaram a formação da convicção do tribunal e a condenação do recorrente»;
- f) Os autos (folhas 197 a 200 e 341 a 362) «revelam que ao recorrente foi imputada a prática de um crime de agressão sexual com penetração, previsto e punido pelas disposições conjugadas dos artigos 141º, alíneas a), b) e c) e 143º, nº 1,

do Código Penal, e dois crimes de atentado à intimidade da vida privada, previstos e punidos pelos artigos 183º e 193º do Código Penal»;

- g) A acusação «foi julgada procedente, tendo o recorrente sido condenado em um crime de agressão sexual com penetração e um de atentado à intimidade da vida privada, considerando que quanto à vítima Irondina Gonçalves, ela desistiu do procedimento criminal »;
- h) «Daí que, não tendo sido feita prova de factos relevantes para decisão, e que importem crime diverso ou agravação dos limites máximos da pena aplicável, não ocorreu a violação do disposto no artigo 396º do Código de Processo Penal»;
- i) «Quanto à idade da vítima, o tribunal deu-a por provada com base em prova documental e, no que diz respeito à sua relevância penal, considerando o crime de agressão sexual com penetração, previsto e punido no artigo 143º nº 1 do Código Penal, pelo qual o recorrente foi acusado e condenado, com relativa facilidade concluir-se-á que a mesma não é elemento desse tipo de crime, razão porque não é relevante para condenação a idade da vítima»;
- j) «A decisão recorrida encontra-se suficientemente sustentada nos meios de prova descritos na decisão recorrida»;
- k) «Apreciada a prova produzida em sede de julgamento, não resultaram no espírito do julgador, dúvidas sobre factos com relevância para condenação do recorrente, razão pela qual não ocorreu violação do princípio da presunção de inocência e no seu subprincípio *in dubio pro reo*»;
- l) «Não havendo uma situação de dúvida inultrapassável quanto à matéria de facto, ou seja, uma situação de *non liquet*, não pode ser aplicado o princípio *in dubio pro reo*»;

- m) «*Una voce*, considera-se que o princípio da presunção de inocência significa que, porque a inocência é presumida, a condenação só ocorre se se provar a culpabilidade através dos competentes órgãos do Estado»;
- n) «Tal princípio tem como corolários o *in dubio pro reo* e a celeridade do processo sancionatório, desde que não ponha em causa as garantias de defesa do arguido, devendo entender-se, pelo primeiro, que em caso de dúvida sobre qualquer facto relevante, i.e., numa situação de *non liquet*, a decisão deve ser *pro reo*, favorável ao arguido;»
- o) «*A sentença recorrida, ao condenar*, nos termos em que o fez, cumpriu a lei e observou os princípios constitucionais»;

## **II. Fundamentação**

15. Como questão prévia, importa lembrar que Sua Excelência o Procurador-Geral da República ao emitir o seu parecer sobre o mérito do recurso, voltou a pronunciar-se sobre a admissibilidade do recurso, pugnando pela rejeição do mesmo, primeiro, porque, no seu entender, «*não resulta dos autos que o recorrente tivesse alegado a violação de um qualquer direito fundamental no processo e requerido a sua reparação; segundo, porque «manifestamente» não foram «violados direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos como suscetíveis de amparo». Ora, considerando que este Tribunal já tinha decidido essa questão através do Acórdão n.º 11/2017, de 22 de junho, proferido por unanimidade, no âmbito dos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 2/2016, em que foi recorrente Maria de Lurdes Gomes Ferreira e recorrido o Supremo Tribunal de Justiça, publicado na I Série-n.º 42, do *Boletim Oficial*, de 21 de julho de 2017, e tendo em conta que não se verifica mudança de posição no tratamento da mesma questão, remete-se para a solução que se encontrou no âmbito daquela decisão.*
16. Entrando, agora, na fundamentação da decisão, impõe-se elucidar o ponto de partida doutrinário e jurisprudencial deste Tribunal. Convém, assim, até por imperativos de uma contida e despretensiosa pedagogia jurídica, fazer alguns

questionamentos. O primeiro tem a ver com a explicitação do padrão de controlo no Recurso de Amparo. Ora bem, constituem padrão de controlo no Recurso de Amparo Constitucional são, nos termos da Constituição da República, os «direitos, liberdades e garantias fundamentais, constitucionalmente reconhecidos». Isto quer dizer que o Recurso de Amparo tem fundamento, quando é violado um direito, liberdade ou garantia, reconhecido nos termos da Constituição (artigo 2º da Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro). Em Cabo Verde, os direitos, liberdades e garantias estão essencialmente previstos no título II da Constituição, envolvendo direitos, liberdades e garantias individuais, direitos, liberdades e garantias de participação política e de exercício da cidadania, e direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores. Tendencialmente, pode-se também admitir direitos análogos a direitos, liberdades e garantias, estabelecidos na Constituição ou consagrados por lei ou convenção internacional (artigo 26º da CRCV)<sup>1</sup>.

17. Qual o âmbito de controlo exercido pelo Tribunal Constitucional? Antes de mais, é preciso dizer que o Tribunal Constitucional, não é *mais uma* instância de revista, ou um tribunal de «super-revisão» que fiscaliza sucessivamente as sentenças e acórdãos de outros tribunais na sua plenitude quanto à sua conformidade com a lei. Paralelamente, o recurso de amparo também não é um recurso jurídico adicional, mas sim um remédio jurídico extraordinário. Assim, é preciso dizer que não é compatível com a ordenação de competências dos tribunais definida pela Constituição e pelas leis um controlo jurídico ilimitado das decisões dos tribunais comuns pelo Tribunal Constitucional.

18. No que diz respeito à determinação dos factos e à apreciação do caso concreto existe uma regra segundo a qual «a conformação do processo, a determinação e apreciação dos factos típicos, a interpretação do direito ordinário e a sua aplicação

---

<sup>1</sup> Direitos de natureza análoga são direitos fundamentais que se revestem da natureza de liberdade ou de direito de defesa, bem como aqueles direitos que, sem apresentar esta natureza, sejam «de natureza idêntica a direitos «positivos incluídos no âmbito dos direitos, liberdades e garantias». Neste sentido **J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira** : Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I., Coimbra, 2007, p. 373 e seg. Um exemplo é o direito de impugnar normas administrativas com eficácia externa lesivas dos interesses dos particulares legalmente protegidos, nos termos da alínea f) do artigo 245º da CRCV. Cfr. **Ana Raquel Gonçalves Moniz**: *Estudos sobre os Regulamentos Administrativos*, 2ª edição, Coimbra, 2016, pp.193-194.

ao caso concreto são », por princípio, matéria dos tribunais comuns e o juízo feito pelos tribunais comuns sobre o caso concreto só limitadamente pode ser alvo de controlo posterior<sup>2</sup>.

19. Todavia, não será de excluir uma hipótese em que o Tribunal Constitucional possa, numa situação de extrema intensidade da ingerência num direito fundamental, substituir a avaliação do tribunal comum pela sua própria avaliação<sup>3</sup>.

20. Até onde é que deve ir, então, o controlo do conteúdo das sentenças e acórdãos dos tribunais?

20.1. O Tribunal Constitucional, em matéria de recurso de amparo só intervém, quando se tratar de violação de «direitos, liberdades ou garantias fundamentais, constitucionalmente reconhecidos». Assim, uma primeira situação em que o Tribunal Constitucional pode ser chamado a controlar o conteúdo de uma decisão judicial relaciona-se com a influência dos direitos fundamentais na atividade de interpretação e aplicação do direito ordinário. Esta situação pode acontecer sobretudo quando o recorrente impugna uma interpretação que viola um direito fundamental amparável e ou a aplicação de uma lei contra um direito fundamental amparável pelo tribunal no caso concreto. Esta possibilidade radica na assunção da ideia de que os direitos fundamentais não são apenas um padrão de validade das normas jurídicas, mas também um padrão para a sua interpretação e aplicação. Com efeito, os tribunais comuns não se podem furtar ao chamado efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre as normas, por exemplo, de direito civil, nem sobre a sua influência na aplicação subsequente da norma ao caso concreto.

20.2. Convém, no entanto, concretizar os critérios para o controlo. Trata-se aqui essencialmente de saber se houve erros relevantes de direito fundamental na interpretação e aplicação do direito ordinário.

a) Pode dar-se o caso de o juiz na interpretação e aplicação do direito ordinário não ter reconhecido que os direitos fundamentais têm influência sobre aquele ou de que se impõe

---

<sup>2</sup> Ver a propósito, o Acórdão do TCFA 63, 266 (297).

<sup>3</sup> Neste sentido, cfr. Acórdão do TCFA 42, 143 (149) – Caso Deutschland – Magazin .

fazer uma ponderação de domínios de direitos fundamentais conflitantes. Aqui está-se perante uma questão de défice de conhecimento.

b) Mas também pode-se estar perante uma situação de apreciação errada do juiz. Esta pode acontecer, quando o juiz manifestar uma perceção incorreta da importância de um direito fundamental, particularmente da extensão do seu âmbito de proteção ou tutela.

c) O Tribunal Constitucional pode ainda controlar eventuais decisões dos tribunais comuns que se revelem insustentáveis e por isso arbitrárias. Este caso acontece quando, mesmo partindo de uma apreciação adequada das ideias dominantes da Constituição do país, não se pode compreender a interpretação ou a aplicação do direito pelo juiz ordinário e se é levado a concluir que a decisão foi motivada por considerações outras.

d) Há situações em que os tribunais ultrapassam os limites jurídico-constitucionais para o desenvolvimento judicial do direito. Num caso como este justifica-se uma intervenção do Tribunal Constitucional, sempre que através de uma interpretação judicial ou do desenvolvimento judicial do direito for, como resultado de tal exercício, criado um novo elemento constitutivo para a ingerência num direito fundamental, o que requereria em casos normais uma regulação por lei expressa.

e) O âmbito de controlo das decisões dos tribunais comuns por parte do Tribunal Constitucional costuma ser determinado com a ajuda de duas considerações importantes: em primeiro lugar os limites de controlo não devem ser «rígidos e constantes», uma vez que a este Tribunal deve ficar reservada uma margem de manobra para a «consideração da situação particular do caso concreto»; em segundo lugar, «o controlo jurídico-constitucional da decisão judicial deve ser tanto mais detalhado, quanto mais intensiva for a vulneração do direito fundamental»<sup>4</sup>.

20.3. O Tribunal Constitucional pode também ser chamado a conferir (adjudicar) proteção jurídica através do recurso de amparo contra a violação de um direito fundamental que aconteceu devido ao próprio processo judicial. Normalmente aqui o padrão de controlo consiste essencialmente nos chamados direitos fundamentais processuais, tais como o

---

<sup>4</sup> Cfr. **Klaus Schlaich**: *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung. Verfahren. Entscheidungen*, 3ª edição, Munique, 1994, p. 194.

direito à presunção da inocência, o direito ao juiz natural, o direito a um devido processo legal, o direito de audiência e o princípio do contraditório, o *ne bis in idem*, ou o princípio do *nullum crimen sine lege*. Vale aqui lembrar que a experiência recente do Tribunal Constitucional cabo-verdiano denota que uma boa parte dos recursos de amparo constitucional interpostos pelos cidadãos nos últimos anos em Cabo Verde tem tido como fundamento alegadas violações dos chamados direitos fundamentais processuais, tais como o da presunção da inocência, o direito de defesa, ou o direito de exercício do contraditório. Recentemente, também foram invocados o direito de reconhecimento da união de facto, não previsto na Constituição, mas sim no Código Civil ( artigos 1710º-1721º), que equipara a união de facto reconhecida ao casamento ( artigo 1716º do Código Civil) ,<sup>5</sup> o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência e o princípio da igualdade<sup>6</sup>.

21. Ainda relativamente à extensão do controlo pelo Tribunal Constitucional pode-se dizer que a tarefa primeira do Tribunal Constitucional consiste essencialmente em verificar se o direito, liberdade ou garantia considerado como violado pelo recorrente foi-o de facto. Para tanto, esta Corte Constitucional pode, eventualmente, na sua análise, se tal se justificar, apreciar o respeito por outros direitos, liberdades e garantias. Tal possibilidade encontra pleno acolhimento no nosso ordenamento jurídico, já que em Cabo Verde, como é sabido, nos termos do nº 1 do artigo 24º da Lei que regula o Recurso de Amparo e o Habeas Data (Lei nº 109 /IV/94, de 24 de outubro), o Tribunal, por um lado, pode decidir com fundamento diverso do invocado pelo recorrente e, por outro, tem competência para outorgar amparo distinto daquele que foi requerido.
22. Quais as questões de fundo que se colocam no caso em apreço? A primeira questão que se coloca é se se está perante uma questão que envolve a violação de um direito, liberdade ou garantia previsto na Constituição. Ora, pode-se dizer que sim, porque o recorrente alegou a violação de direitos constitucionais fundamentais, quais sejam, o direito à dignidade humana, o direito fundamental de acesso à justiça, o direito de defesa do arguido e o direito à presunção da inocência. Efetivamente, o autor do Recurso de Amparo sustenta que o acórdão nº 24/2016, de 15 de abril,

---

<sup>5</sup>Cfr. Os Acórdãos nºs 5/2016, 10/2016 e 11/2016, todos na **Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde**, vol. I, Praia, 2016, pp. 279, 309 e 321. E ainda os Acórdãos nºs 19/2016, 25/2016, 27/2016, todos na **Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde**, vol. II, Praia, 2017, pp. 85, 101e 125.

<sup>6</sup> Acórdão nº 22/2017.

«ataca de forma inesperada, e antijurídica, os direitos fundamentais dele arguido, pondo em causa, numa medida francamente intolerável, a sua dignidade humana e a própria presunção de inocência, prevista no artigo 35º, nº 1, da Constituição vigente».

23. Vejamos que argumentos são utilizados em relação a cada um dos direitos fundamentais.

23.1. No que diz respeito a uma eventual violação do princípio da dignidade da pessoa humana, o autor do Recurso de Amparo em nenhum momento se preocupa em fundamentar a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, bastando-se com a referência à consagração constitucional de um Estado de Direito fundado na garantia da dignidade da pessoa humana. Será que se registou no processo alguma violação do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no preâmbulo e no artigo 1º, conjugado com o artigo 24º da Constituição, e no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem? Antes de mais, convém clarificar o âmbito normativo de proteção da garantia da dignidade da pessoa humana. Não é fácil apreender todo o conteúdo desta garantia e deste princípio da dignidade da pessoa humana através de definições. Principalmente, porque se trata de um conceito muito cunhado por noções filosóficas, teológicas ou éticas. Esta dificuldade foi realçada, por exemplo, no Acórdão nº 7/2016 do Tribunal Constitucional, de 28 de abril, que se debruça sobre o princípio de forma essencialmente histórica e filosófica, mas também jurídica<sup>7</sup>. Anteriormente, o Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional se pronunciara sobre o tema da dignidade da pessoa humana através do Parecer nº 1/2015, proferido no âmbito da fiscalização preventiva de uma norma constante de um ato legislativo que concedeu ao Governo autorização legislativa para proceder à revisão do Código Penal.

---

<sup>7</sup> Cfr. Acórdão nº 7/2016, de 28 de abril, in BO, I Série, nº 35 de 10 de maio de 2016, p. 1227. Cfr. também *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Vol.I, 2015-2016, Praia, 2016, p. 30. O acórdão reporta-se a um processo de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade do nº 2 do artigo 9º da Lei nº 90/VII/2011, que impede o acesso a cargo de Vice-Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial a magistrado judicial.

Para lá das considerações histórico-filosóficas que remontam a **Giovanni Pico della Mirandola**<sup>8</sup> ou a **Immanuel Kant**<sup>9</sup>, por exemplo, admite-se, todavia, que o conteúdo constitucional da dignidade da pessoa humana possa ser apreendido quer com base na chamada «fórmula do objeto», quer com base na ideia de «*pretensão de valor e respeito*» *inerente* ao homem.

Como descrição geral pioneira daquilo que é a dignidade da pessoa humana, aparece, na doutrina e na jurisprudência regularmente, a assim chamada **fórmula do objeto**, desenvolvida pelo constitucionalista alemão **Günther Dürig**. A «fórmula do objeto», que se inspira em Immanuel Kant<sup>10</sup>, corresponde àquilo que **Dürig** descreveu do seguinte modo : « *A dignidade da pessoa humana é atingida , quando a pessoa concreta é transformada em objeto, num simples meio, desprezada como se fosse uma grandeza fungível*<sup>11</sup> ».

Na explicação sobre a sua fórmula, Dürig acrescentou que se tratava da degradação de uma pessoa a coisa, podendo a pessoa ser «apanhada» (*erfasst*) totalmente, «abatida» (*abgeschossen*), «registada» (*registriert*), «liquidada» (*liquidiert*), sujeita a «lavagem cerebral», «substituída», «utilizada» (*eingesetzt*) e «separada» (*ausgesetzt*) ( isto é deslocada) .

Não obstante esta fórmula e o facto de estas suas explicações terem sobretudo em vista a desumanidade de certos regimes políticos ditatoriais, como foi o caso do nacional-socialismo, elas conseguem apreender as violações da dignidade humana mais grosseiras.

---

<sup>8</sup> **Giovanni Pico Della Mirandola**: Discurso sobre a Dignidade do Homem, Lisboa, 2010.

<sup>9</sup> Veja-se o trecho da Fundamentação da Metafísica dos Costumes de Kant de 1785: «No reino dos fins tudo ou tem um preço ou uma dignidade. O que tem um preço, em seu lugar pode-se colocar algo de diferente como seu equivalente; contrariamente, o que se distingue acima de qualquer preço, portanto não permite qualquer equivalente, tem um valor. Mas aquilo que constitui a condição, sob a qual apenas algo pode ser um fim em si mesmo, não tem apenas um valor relativo, i.e. um preço, mas sim um valor interno próprio, i.e. dignidade. Assim, a moralidade é a condição sob a qual apenas um ser racional pode ser um fim em si mesmo; porque só através dela é possível ser um membro do reino dos fins que legisla. Portanto, aquilo que pode ter dignidade sozinho é a moralidade, ou a humanidade, na medida em que seja capaz da mesma.» In : **Immanuel Kant** : *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausgabe, p. 434. Citado por **Christian Thies**. In : **Christian Thies** ( Org.) : *Der Wert der Menschenwürde*, Paderborn, Munique, Viena e Zurique, 2009, p. 7.

<sup>10</sup> Com a «fórmula do objecto», **Dürig** queria desenvolver a famosa formulação da relação meio-fim do imperativo categórico de Kant : a dignidade da pessoa humana não só é violada quando uma pessoa é utilizada como meio (proibição de instrumentalização), mas também quando ela «é degradada como grandeza fungível», é desprezada na sua particularidade individual, é considerada simplesmente como coisa. Cfr. **Christian Thies**, ob. cit., p. 12.

<sup>11</sup> G. Dürig, in Maunz/Dürig, GG, Art. 1, nº 1 (1958) número de margem 28.

Para violações mais subtis a fórmula é considerada pela doutrina, designadamente por **Klaus Stern**, que utiliza a metáfora da rede, como sendo «de malha demasiado ampla» (*zu grobmaschig*)<sup>12</sup>. Por esta razão («malha demasiado ampla») para além da fórmula do objeto, vem-se utilizando também, adicionalmente, a **fórmula do sujeito**. Esta última fórmula põe em relevo a qualidade de sujeito da pessoa humana, como uma outra linha de orientação para a determinação do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana.

Ao lado da ideia do homem **como objeto**, sublinha-se de modo positivo a sua «**qualidade de sujeito**». *Esta qualidade é característica de cada pessoa, independentemente das suas particularidades, das suas realizações e do seu estatuto social. Da dignidade da pessoa humana resulta uma pretensão de valor e de respeito pela pessoa (cfr. Acórdão do TCFA, 87, 209 (228) )*. É esta pretensão de valor e de respeito que pode ser violada através de uma diversidade de circunstâncias tais como: a humilhação, a perseguição e proscricção de pessoas, bem como a comercialização da existência humana. Para além da fórmula do objeto e do critério do sujeito, a determinação do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana é feita com base no chamado critério do tratamento de desprezo.

Com base neste critério, admite-se que se está face a uma violação da dignidade da pessoa humana, quando a pessoa «é sujeita a um **tratamento que por princípio põe em causa a sua qualidade de sujeito**, ou quando no tratamento em concreto há um **desprezo arbitrário da dignidade da pessoa humana**. O tratamento ... deve ser portanto... expressão do desprezo pelo valor, que cabe ao ser humano em virtude de ser pessoa, isto é neste sentido ser um «tratamento de desprezo»<sup>13</sup>.

A doutrina portuguesa, representada, por exemplo por **Jorge dos Reis Novais** admite que se está perante a violação da dignidade da pessoa humana nas «situações especialmente qualificadas ou de extrema gravidade de: desrespeito por alguém ou pela vida humana na sua humanidade intrínseca; subjugação ou exclusão, coisificação de uma pessoa, sua degradação à condição de mero objeto, como defende Dürig; alienação identitária, devassa e humilhação, incapacitação e estigmatização<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup>**Klaus Stern**: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo IV/1 ( *Die einzelnen Grundrechte*), Munique, 2006, p. 19. **Stern** utiliza aqui a metáfora da rede.

<sup>13</sup>Cfr. BVerfGE 30, 1 (26).

<sup>14</sup> **Jorge Reis Novais** :*A Dignidade da pessoa Humana*, vol. II, *Dignidade e Inconstitucionalidade*, Coimbra, 2016, p. 140.

Mais recentemente, a moderna doutrina referenciada por **Klaus Stern**, veio trazer um impulso novo à análise do conteúdo normativo e garantístico da dignidade da pessoa humana. Isto acontece quando ela propõe a parcelização deste conteúdo mediante a divisão do âmbito de proteção em esferas fundamentais, conforme os autores. **Stern** propõe, por seu turno, a divisão em cinco esferas que permitem densificar o tecido normativo: a identidade física e a integridade; a identidade espiritual e integridade, as bases da vida dignas do homem; a igualdade elementar perante a lei e a proibição do uso excessivo da violência pelo Estado<sup>15</sup>.

Ora, consultando os autos não se colhe em momento algum que tenha havido qualquer indício de instrumentalização do arguido. Igualmente não se pode falar de prática de qualquer desprezo pelo seu valor próprio, já que ele aparece no processo investido de todos os seus direitos processuais comuns aos arguidos em processo penal, com plena autonomia para, com a assistência da sua defesa e em termos de igualdade de armas, fazer valer os seus interesses e direitos processuais. Da mesma forma não se vislumbra nenhum ataque a qualquer das esferas acima referidas.

Assim, não se pode dizer que esteja em causa o princípio da dignidade da pessoa humana, quer enquanto princípio, quer enquanto garantia<sup>16</sup>.

No âmbito da dogmática jurídico-constitucional em Cabo Verde, não se pode de maneira alguma ignorar um dado fundamental. É que no ordenamento jurídico do país, a natureza da dignidade da pessoa humana como direito subjetivo é vincada expressamente na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de que Cabo Verde é parte. Na verdade, este importante instrumento regional de proteção de direitos humanos considera, no seu artigo 5º, a dignidade da pessoa humana como direito. Este é, de resto, o único referido na Carta Africana como «inerente à pessoa humana», como muito bem recorda o Prof. Christof Heyns<sup>17</sup>. Por outro lado, não se pode esquecer a cláusula aberta dos direitos, liberdades e

---

<sup>15</sup> **Klaus Stern**, ob. cit. pág. 23.

<sup>16</sup> Sobre a discussão em torno da dignidade da pessoa humana como «direito subjetivo (fundamental) supremo, cfr. **Christian Enders**, in : **Stern /Becker** (orgs.) : *Grundrechte-Kommentar*, Art. 1º, notas de margem, 18- 19.

<sup>17</sup> Sobre o artigo 5º da CADHP, cfr. **Christof Heyns**: *Civil and Political Rights in the African Charter*, in **Malcolm Evans / Rachel Murray**: *The African Charter on Human and Peoples' Rights. The System in Practice*, 1986-2000, Cambridge, 2002, p. 150.

garantias prevista no n.º 1 do artigo 17.º da CRCV que dispõe o seguinte: «As leis ou convenções internacionais poderão consagrar direitos, liberdades e garantias não previstos na Constituição».

Refira-se que o recorrente alegou também a violação do seu direito fundamental à presunção de inocência, o qual é inerente à especial dignidade da pessoa humana. Todavia, a dignidade da pessoa humana nessa dimensão será referenciada, ainda que sumariamente, mais adiante, ou seja, no parágrafo onde o Tribunal irá pronunciar-se especificadamente sobre a alegada violação da principal garantia do direito à liberdade sobre o corpo.

23.2. O recorrente sustenta que a decisão judicial contra a qual pede amparo constitucional teria vulnerado o seu direito fundamental de acesso à justiça na sua vertente de direito de defesa. O direito de defesa, na sua formulação mais geral, encontra-se previsto no n.º 3 do artigo 22.º da Constituição da República. Mas o direito de defesa do arguido em processo sancionatório, máxime, em processo penal, tem um tratamento específico nos termos do artigo 35.º da Constituição, subordinado aos princípios do processo penal. Na verdade, o recorrente alegou especificamente a violação do direito de acesso à justiça na vertente do direito de defesa enquanto arguido num processo penal em concreto. Por direito de defesa entende a doutrina basicamente o seguinte: «assegurar a cada uma das partes o poder de expor as suas razões de facto e de direito perante o tribunal antes que este tome a sua decisão».<sup>18</sup> As partes devem poder exercer este direito de defesa em condições de igualdade, sendo imperioso que se lhes assegure o contraditório ( Acórdãos do TCP n.ºs 193/96, 278/98, 259/00, 330/01 e 209/04)<sup>19</sup> Nesta mesma linha J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira ressaltam a íntima imbricação do direito à defesa com o princípio do contraditório, que segundo eles se traduz fundamentalmente na possibilidade de cada uma das partes invocar as razões de facto e de direito, oferecer provas, controlar provas da outra parte, pronunciar-se sobre o valor

---

<sup>18</sup> Rui Medeiros, in Jorge Miranda/Rui Medeiros : *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra, 2005, p. 194.

<sup>19</sup> Ibidem.

destas provas»<sup>20</sup>. O constitucionalista espanhol, Juan Manuel Goig Martínez, sublinha que o direito de defesa e ao patrocínio judiciário «*comporta de forma essencial, que o processado possa encomendar a sua representação e assessoria a quem mereça a sua confiança e considere mais adequado para a sua própria defesa*». Mais adiante, afirma que «*O direito de defesa e patrocínio judiciário abarca a presença física do advogado junto do seu constituinte em todos os atos que o requeiram, a assessoria, o conselho e a direção jurídica, até a representação no seu sentido mais amplo.*»<sup>21</sup>»

Na sua petição de recurso aperfeiçoada para este Tribunal, o autor do Recurso Constitucional de Amparo alega que na acusação não lhe foram disponibilizados os elementos suficientes para que pudesse tomar uma posição em sua defesa, referindo-se especificamente à data do acontecimento objeto do processo e à idade da ofendida.

Certo, todavia, e como é óbvio, é que o recorrente teve conhecimento da acusação e esta não omitiu as questões relativas à idade da vítima e à data da alegada agressão sexual. Com efeito a peça de acusação faz referência à data de nascimento da vítima F. G. Rodrigues e indiretamente à sua idade à data dos factos (a página 197 dos autos do processo crime nº 98/2014- TJCM, no ponto 2 do libelo acusatório). Igualmente, a questão do encontro na data dos factos é referenciada na página 198 dos autos do processo crime (ponto 10 do libelo acusatório). Além disso, o recorrente teve oportunidade de apresentar a sua defesa amplamente quer no julgamento na primeira instância, quer no recurso para o Supremo Tribunal de Justiça. De todo o modo, em nenhum momento ele esteve impedido de apresentar a sua defesa.

Em relação à questão da idade, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que não estava em causa a idade para o tipo de crime em que o réu foi condenado, o da agressão sexual. É óbvio que uma questão desta natureza cabe em primeira mão à jurisdição comum determinar e não ao Tribunal Constitucional.

---

<sup>20</sup>Cfr. **J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira**: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, 2007, p. 415.

<sup>21</sup>**Juan Manuel Goig Martínez**, ob.cit., pp. 365 e seg.

Por outro lado, no caso *sub judice*, o recorrente escolheu livremente o seu advogado. Este teve normalmente acesso ao processo e pôde, em nome do arguido, apresentar as razões de facto e de direito perante o tribunal tanto na primeira instância como na instância de recurso. Os autos demonstram que exerceu sempre o seu direito ao contraditório em condições de igualdade. Por estas razões, não se pode dizer que o direito de defesa, incluindo o patrocínio judiciário, tenha sido violado de algum modo. Ele constituiu advogado e pôde exercer o seu direito de defesa amplamente, tendo recorrido até à mais alta instância judicial da jurisdição comum. Não é porque o tribunal tem uma posição diferente daquela defendida pelo recorrente que este deixou de ter acesso à justiça.

Portanto, no caso em apreço não foi negado em momento algum ao arguido o seu direito de acesso à justiça, na sua dimensão de direito de defesa em processo penal.

23.3. O autor do Recurso de Amparo alega que «o direito à presunção da inocência foi violado pelo facto de não ter sido respeitado o princípio da vinculação temática do tribunal, segundo o qual o objeto do processo deve manter-se o mesmo, da acusação ao trânsito em julgado da sentença». Ora, antes da análise da questão convém determinar o conteúdo normativo deste direito. Nos termos do n.º 1 do artigo 35.º da Constituição «*todo o arguido presume-se inocente até ao trânsito em julgado de sentença condenatória, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*». Aqui está plasmado um princípio do direito processual penal que foi elevado à categoria de direito fundamental. A presunção de inocência do arguido traduz-se numa regra de tratamento a dispensar ao arguido ao longo do processo, conferindo-lhe um estatuto de sujeito livre que lhe permite ser tratado como inocente, não obstante a existência de medidas cautelares, as quais devem respeitar escrupulosamente o disposto no disposto no n.º 5 do artigo 17.º da CRCV. A presunção de inocência é uma garantia do direito à liberdade que emerge da dignidade da pessoa humana. Aliás, há que reconhecer que «a dignidade da pessoa humana está na base e constitui a referência valorativa de todos os direitos fundamentais», como afirma e bem, o Professor José Carlos Vieira de Andrade<sup>22</sup>. Como conteúdo

---

<sup>22</sup> José Carlos Vieira de Andrade: *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Coimbra, 2012, p. 93.

essencial do princípio constitucional da presunção da inocência, enumeram-se, normalmente os seguintes aspetos:

- a) A presunção de inocência exige que a prova da culpabilidade de um indivíduo seja feita por quem acusa e pelo tribunal;
- b) Havendo dúvida razoável sobre quaisquer factos relativos à infração cuja existência se procura verificar ou à responsabilidade que se pretende apurar, ela será resolvida a favor do arguido.
- c) O processo deve ser conduzido de modo a se obter uma decisão final no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa<sup>23</sup>.

Segundo **Picó I Junoy**, o direito à presunção de inocência opera a sua eficácia num plano duplo: «Por um lado, ele incide nos atos extra-processuais e constitui o direito a receber a consideração e o tratamento de não autor ou participante em feitos de carácter delitual, e determina por isso o direito a que não sejam aplicadas as consequências ou os efeitos jurídicos associados a feitos de tal natureza; e por outro lado, desprega a sua virtualidade, fundamentalmente, no campo processual com influxo decisivo no regime jurídico da prova. Deste ponto de vista, o direito à presunção da inocência significa que toda a condenação deve ser precedida sempre de uma atividade probatória, impedindo a condenação sem prova. Além disso, significa que as provas consideradas para fundamentar o juízo de condenação devem corresponder a tal conceito jurídico e ser legítimas do ponto de vista constitucional.<sup>24</sup>»

O recorrente alega, no entanto, que o direito à presunção da inocência foi-lhe violado pelo facto de não ter sido respeitado o princípio da vinculação temática do tribunal, segundo o qual o objeto do processo deve manter-se o mesmo, da acusação ao trânsito em julgado da sentença. A vinculação temática é uma questão importante e merece a apreciação do

---

<sup>23</sup> Cf. **Jorge Miranda / Rui Medeiros**: *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, 2ª edição revista, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 524 e segs.

<sup>24</sup> **Joan Picó I Junoy**: *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, Barcelona, 1997, p. 155. Citado por **Magaly Perretti de Parada**: *El Derecho a la Defensa. Derechos Humanos y Defensa. Visión Constitucional y Procesal*, Caracas, 2004, p. 51.

Tribunal Constitucional, porque se traduz numa garantia processual penal que encontra respaldo nos números 6 e 7 do artigo 35º da Constituição da República. Com efeito, aí se estatui, num primeiro momento, que “o processo penal tem estrutura basicamente acusatória [...], e num segundo, que os direitos de audiência e de defesa em processo criminal ou em qualquer processo sancionatório, incluindo o direito de acesso às provas da acusação, as garantias contra atos ou omissões processuais que afetem os seus direitos, liberdades e garantias, bem como o direito de recurso, são invioláveis e serão assegurados a todo o arguido».

Além dos princípios já referidos, a Constituição da República de Cabo Verde consagra um conjunto de outros princípios que indubitavelmente tiveram impacto na concreta conformação do nosso processo penal, o que de alguma forma traduz a ideia de que o processo penal é direito constitucional aplicado ou de que ele constitui um verdadeiro sismógrafo de uma lei fundamental<sup>25</sup>. A configuração do princípio da vinculação temática num processo penal de base acusatória como o cabo-verdiano não quer dizer que o objeto do processo tenha que se manter exatamente igual do princípio ao fim do processo penal.

Em princípio, o tribunal penal não pode, no momento do julgamento, apreciar factos, surpreender o arguido com factos substancial ou qualitativamente diversos dos que constem da acusação e /ou pronúncia sob pena de nulidade da sentença.

Neste sentido, o regime constante dos artigos 396.º e 397.º do Código de Processo Penal permite ao tribunal penal conhecer de factos que importem alteração da acusação ou despacho de pronúncia, desde que o arguido não se oponha à prossecução do julgamento relativamente a esses novos factos.

Ora, é ponto assente que vinculação temática constitui uma garantia de defesa do arguido. Então, a questão que se coloca é se houve uma alteração do objeto do processo.

Toda a argumentação do recorrente gira em torno da questão da idade, isto é, de uma alegada contradição quanto à idade da vítima no momento da prática dos factos. A verdade é que houve momentos no decurso do processo em que não ficou clara a idade precisa da

---

<sup>25</sup> Cfr. Heinrich Henkel : *Strafverfahrensrecht*, 2.ª ed, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1968, p. 5)

vítima ao tempo dos factos. Todavia, a idade da vítima viria a ser considerada pelo tribunal como irrelevante para a definição do tipo de crime cometido, como aliás é doutamente referido no Acórdão do STJ nº 24 / 2016, nos seguintes termos: «Reportando-nos ao caso em julgamento, importa dizer, antes de mais, que nos crimes sexuais, a relevância da idade da ofendida depende do tipo de ilícito em causa, pois que, se há «crimes em que é elemento constitutivo, outros há em que não é». Mais adiante o STJ conclui, dizendo o seguinte: «O ora recorrente foi acusado, julgado e condenado pela prática de um crime de agressão sexual com penetração, nos termos do nº 1 do artigo 143º do Código Penal, o que significa dizer que a idade da ofendida não é elemento do tipo em referência. Por isso, a questão suscitada pelo recorrente não tem razão de ser, podendo a idade da ofendida ser um elemento a considerar na determinação da pena concreta». Por seu turno, o digníssimo senhor Procurador-Geral da República também considera que a idade não é relevante para o tipo constitutivo do crime. Seja como for, consultando a página 199 do processo onde se encontra a acusação e as decisões judiciais de condenação, nota-se que o arguido foi julgado e condenado com base nos mesmos factos que levaram o Ministério Público, enquanto titular da ação penal a pedir a condenação por crime de agressão sexual, previsto no nº 1 do artigo 143º do CP. Por estas razões, não se pode dizer que tenha havido, em virtude das vicissitudes em torno da idade da ofendida, uma violação do princípio da vinculação temática enquanto garantia do direito de defesa, tão-pouco do direito à presunção da inocência do arguido. Acresce que não resulta dos autos que não tenha havido prova suficiente da culpabilidade para fundamentar a decisão condenatória do Tribunal, como de resto aponta o Senhor Procurador-Geral da República no seu douto parecer a folha 83 dos autos do Recurso de Amparo Constitucional. O processo em causa afigura-se ter obedecido aos cânones estabelecidos na lei. Os factos probatórios foram apresentados e discutidos com base no contraditório, tendo as partes no processo tido as possibilidades de carrear para ele os elementos de prova que assim desejaram. Por outro lado, o tribunal comum, ao qual cabe aferir se os elementos constitutivos dos feitos-crimes estão reunidos, não teve dúvidas sobre a culpabilidade do acusado.

O tribunal de instância, tendo se baseado no princípio da livre apreciação da prova, enquanto liberdade do julgador em proferir um juízo científico não confundível com um ato arbitrário, formou a sua convicção a partir de provas consistentes produzidas e valoradas com observância dos princípios e regras que regem o direito probatório aplicável em processo penal, nomeadamente o contraditório, a publicidade, a oralidade e a

imediação. Portanto, o juiz que realizou o primeiro julgamento formou a sua convicção depois de examinar todo o acervo probatório, incluindo as declarações do arguido e da vítima, tendo as valorado livremente. O arguido e o seu advogado estiveram presentes em todos os atos e puderam fazer uso de todos os meios de defesa que a lei lhes facultava.

O juiz examinou criticamente a prova oferecida, através da qual pôde extrair elementos que, em razão da experiência e de critérios lógicos, constituíram o substrato racional que conduziu a que a convicção do tribunal se formasse num determinado sentido, tendo ficado clara a exposição das razões do julgador.

É certo que o julgamento conheceu uma vicissitude que se traduziu na repetição do julgamento. Acontece, porém, que por força do disposto no artigo 470.º do CPP, sob a epígrafe «Reenvio do processo para novo julgamento», o Supremo Tribunal de Justiça determinou o reenvio para novo julgamento relativamente a uma questão concreta identificada na decisão de reenvio. Tratava-se da tentativa de determinação da idade da vítima, questão que ficou esclarecida.

Quanto ao juízo sobre a verificação do crime de agressão sexual com penetração, o STJ não teve dúvida sobre tal imputação, pelo que o segundo julgamento não podia sequer retomar esse assunto. Na verdade, quando o Tribunal Superior podendo determinar o reenvio para o novo julgamento relativamente à totalidade do objeto do processo, não o faz, limitando-se a suscitar questões concretamente identificadas, o poder de conhecimento do tribunal que realiza o segundo julgamento fica limitado pelas questões concretamente identificadas na decisão de reenvio.

Conclui-se, assim, que o Acórdão recorrido não padece de nenhum vício que pudesse dar origem à declaração de nulidade. O Acórdão recorrido confirmou a sentença condenatória, a qual foi proferida com absoluto respeito pelos requisitos da sentença, *maxime* das exigências de fundamentação vertidas no n.º 2 do artigo 403.º do Código de Processo Penal: *Ao relatório seguir-se-á a fundamentação, que constará da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma indicação discriminada e tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos de facto e de direito, que fundamentaram a decisão, com indicação das concretas provas que serviram para formar a convicção do tribunal e um enunciado das razões pelas quais o tribunal não considerou atendíveis ou relevantes as provas contrárias.*

24. No caso em apreço não se registou, pois, qualquer violação de direito liberdade ou garantia fundamental que possa justificar a concessão do amparo requerido pelo recorrente.

### **III. Decisão**

Nestes termos, os Juízes Conselheiros do Tribunal Constitucional, reunidos em Plenário, decidem negar provimento ao recurso de amparo constitucional interposto.

Registe, notifique e publique.

Praia, 05 de dezembro de 2017

Os Juízes Conselheiros

*Aristides R. Lima* (Relator)

*José Pina Delgado*  
(Parcialmente vencido nos termos de declaração de voto que anexo)

*João Pinto Semedo*



# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Declaração de Voto Vencido Proferida pelo Juiz Conselheiro Pina Delgado nos Autos de Recurso de Amparo nº3/2016 (Ovídio Lopes de Pina v. Supremo Tribunal de Justiça, sobre violação ao direito à liberdade por desconsideração do *in dubio pro reo* e violação do direito de defesa em processo penal por meio de alteração de factos e qualificação jurídica dos factos).**

*Resumo: Este é um caso cuja importância deve ser suficientemente destacada, pelo simples facto de ser o primeiro em que a Corte Constitucional Cabo-verdiana tem a oportunidade de tratar uma matéria que seguramente será determinante nos próximos anos, isso se não obtiver um estatuto de presença permanente na tabela de julgamentos deste tribunal: as garantias processuais penais, especialmente o princípio da presunção da inocência.*

*O Tribunal, por maioria, encaminhou-se no sentido de decidir pela improcedência do recurso de amparo interposto pelo cidadão Ovídio Lopes de Pina contra acórdão do Egrégio Supremo Tribunal de Justiça que confirmou sentença que lhe condenou a sete anos de prisão pela prática de um crime de agressão sexual com penetração e um crime de violação da intimidade da vida privada depois de efetuado o cúmulo jurídico.*

*Com todo o respeito que a decisão me merece, designadamente pela investigação assente num forte suporte doutrinário, pela promoção da discussão de um conjunto de questões dogmáticas, normativas e filosóficas importantes, não me foi possível acompanhar a solução proposta pelo relator e adotada pela maioria e permaneceram-me reservas em relação a um punhado de aspetos associados à delimitação, construção jurídica e desenvolvimento de parâmetros de escrutínio. Portanto, optaria por um outro encaminhamento, fundamentação e solução em relação ao que recorto abaixo.*

*Primeiro, não me pareceu que o recorrente havia alegado perante este Tribunal uma eventual violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, e, mesmo que o fizesse, tenho sérias reservas a respeito do acerto do Tribunal no concernente à admissão de um escrutínio de amparo baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, quando o legislador constituinte limitou os recursos de amparo à tutela de direitos, liberdades e garantias no sentido estrito da palavra, o que significa que, para tanto, se deve necessariamente partir da sua eventual subjetivação, caso esta seja efetivamente possível. Além disso, neste quesito em particular tenho dúvidas sobre se o estabelecimento dos parâmetros foi adequado no sentido de criar um sistema racional e objetivo de escrutínio.*

*Segundo, mais substancialmente, por ter discordado tanto do estabelecimento do parâmetro de escrutínio, muito estreito para o que seria justificável do ponto de vista da função deste Tribunal de proteção de uma garantia fundamental tão importante quanto é o direito à presunção à inocência, cuja relevância pareceu-me não ter sido assumida integralmente pelo acórdão ao partir de critérios muito estreitos de sindicabilidade que, na prática, esvaziam o direito e, por, além disso, não ter extraído as devidas consequência da sua adoção robusta de um direito à dignidade da pessoa humana em sede da sua projeção sobre a garantia fundamental base violada e, mesmo dentro do critério adotado, ter sufragado uma decisão que padece de uma contradição argumentativa insanável. É, no essencial, isso que passo a desenvolver em seguida:*

I. *Posição em relação à promoção de escrutínio de violação do 'direito' à dignidade da pessoa humana*

1. Assim, o primeiro ponto cujo tratamento – do ponto de vista dogmático e no que concerne a aplicação ao caso concreto – suscita-me algumas reservas tem a ver com o recurso a um direito à dignidade da pessoa humana como uma das bases de escrutínio de violação de direito, liberdade e garantia promovido. Isso, apesar de reconhecer, que, com tal argumentação, se traz a debate questões académicas da mais alta relevância. Conhecendo-se a função deste Tribunal de também dar a sua contribuição para a definição do conteúdo, âmbito e alcance de norma constitucionais, mormente as respeitantes ao reconhecimento de direitos, todas hábil e oportunamente colocadas.

1.1. Naturalmente, nada me move contra o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, que é, indubitavelmente, uma das bases de todo o sistema constitucional a par provavelmente do princípio da liberdade e do princípio da igualdade. Não teria qualquer problema, mesmo conhecendo as dificuldades, de conduzir um escrutínio de compatibilidade normativa de possível violação desse princípio, ainda que autonomamente considerado.

Aliás, num acórdão adotado por unanimidade que tive o prazer de relatar em sede de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade assumia-se, além de diversas orientações normativas adotadas, a sua importância universal e relevância local ao constatar-se que *“De Kant, da tradição judaico-cristã, que também moldou a cultura destas Ilhas, e de todos eles, mormente dos nossos Eugénio Tavares e Luiz Loff de Vasconcelos, aprendemos que, primeiro, a dignidade da pessoa humana significa que ele, imago dei ou especial pela sua racionalidade, possui um valor intrínseco, autonomamente definido, que não depende de qualquer apreciação heterónoma. Neste sentido, qualquer tratamento que coisifique o homem, que o humilhe, que o menozize, que o instrumentalize, e que seja empreendid[o] por poderes públicos ou privados, atentam contra a sua dignidade, o seu senso de si, a sua necessidade de não depender arbitrariamente de ninguém, de não ser descartável, enfim de não ser reduzido a condição animalésca e/ou de res, como o escravo ou até o liberto, que, sem liberdade ou igualdade, é equiparado as alimárias e condenado, contra a sua vontade, a servir a senhores em sociedades hierarquizadas”* (Acórdão nº 7/2016, de 28 de abril, Rel: JC Pina Delgado, reproduzido na *Coletânea de Decisões do*

*Tribunal Constitucional, Praia, INCV, 2016, v. I, 2.3.8.*). Daí a sua consideração em sede de direito a não se ser discriminado, pois, citando o pronunciamento feito, “*quando tratamos alguém de forma discriminatória, abaixo da lei, porque é de outra raça, etnia, religião, género, estado mental ou físico, peso, traços estéticos, orientação sexual ou outros dessa natureza, negamos-lhe o seu valor intrínseco, sobrepujando-se elementos derivados de uma avaliação heterónoma que não é compatível com essa conceção*” (Ibid.), o que decorria da fórmula adotada pelo artigo 24 da Lei Fundamental (“*Todos os cidadãos têm igual dignidade social (...)*”).

1.2 Abria-se, por conseguinte, uma oportunidade de se trazer à baila o princípio da dignidade da pessoa humana num outro contexto. Contudo, no quadro da delimitação necessária do objeto deste recurso, primeiro, não fiquei inteiramente seguro de que o recorrente tenha pedido efetivamente que se avaliasse uma eventual violação do princípio da dignidade da pessoa humana. O que requer, em concreto, é que se considere “*nulo o citado acórdão por violação do direito de acesso à justiça na sua vertente de direito de defesa e do direito fundamental à presunção da inocência do arguido (...)*”.

Quando menciona o princípio da dignidade da pessoa humana fá-lo com fulcro na seguinte argumentação: “*o acórdão pôs “em causa, numa medida francamente intolerável a Dignidade da Pessoa humana e a própria presunção da inocência*”. Não me pareceu, à primeira vista, que se estava a pedir que se escrutinasse e se determinasse a existência de violação autónoma do princípio da dignidade da pessoa humana por meio de amparo. Porém, aceito que, de uma forma implícita, até porque tal incursão o podia beneficiar, que também dessa constatação que faz, se possa inferir um pedido de fiscalização de eventual violação desse princípio na forma de um eventual direito subjetivo homólogo.

1.3. Ultrapassada esta questão, urgiria que nos confrontássemos com um ponto nodal do problema que decorre do duto acórdão e que remete, em última instância, à questão de se saber se existe um direito à dignidade da pessoa humana que, no nosso sistema, possa ser amparável.

Que a dignidade da pessoa humana é uma das bases do nosso sistema constitucional e um princípio objetivo da Comunidade Política Cabo-verdiana não existem dúvidas. Até

onde isso é possível em Direito Constitucional, é uma verdade inquestionável, como, de resto, o Tribunal reconheceu por meio do acórdão 7/2016 que tive a oportunidade de relatar. Não haveria alternativa a essa conclusão, haja em vista o que o legislador deixa consagrado no Preâmbulo, sempre válido enquanto instrumento hermenêutico, e particularmente no número 1 do artigo 1º da Constituição, segundo o qual “*Cabo Verde é uma República (...) que garante a dignidade da pessoa humana*”.

A questão é que esta fórmula indica simplesmente a existência de um princípio objetivo do sistema, que, naturalmente, projeta-se por todo o ordenamento jurídico e deve ser seguido por todos os poderes da República na condução das atividades que lhes são próprios. Portanto, isso cria-me um problema porque entendo que só são amparáveis, primeiro, direitos dos quais decorrem posições jurídicas fundamentais contra os poderes públicos; segundo, dentro dessa categoria, somente os que forem abrangidos pelo conceito de direito, liberdade e garantia, ainda que só materialmente, ou sejam análogos aos mesmos.

A dignidade da pessoa humana tem a ver necessariamente com os direitos, mas disso não decorre, de forma automática, que se pretendeu a sua subjetivação e aparentemente pode ter havido fortes razões para isso. E as indicações constitucionais, assentes nessas disposições, não nos permitem chegar, sem mais, a essa conclusão. E, deste modo, teria pouca inclinação em aceitar qualquer subjetivação autónoma da dignidade da pessoa humana, somente a partir das indicações diretas da Lei Fundamental, as quais, do meu ponto de vista, são insuscetíveis de justificar tal conclusão.

1.4. Não há dúvida de que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é um dos valores supremos do nosso sistema constitucional, mas, pela sua natureza, é uma norma objetiva do sistema que se deve espalhar por todo o ordenamento jurídico pátrio, mas à qual falta, enquanto tal, subjetividade. Porém, esta sempre podia resultar de duas outras vias, que, em qualquer caso, no quadro deste argumento, seria de se explorar.

1.4.1. Uma hipótese seria que tal subjetivação decorre da Declaração Universal dos Direitos Humanos, atendendo que a Constituição, no número 3 do artigo 17, adota uma orientação hermenêutica que nos obriga a considerar este instrumento aprovado pela

Assembleia Geral das Nações Unidas, considerando que estabelece que “*as normas constitucionais e legais relativas aos direitos fundamentais devem ser interpretadas e integradas em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*”. Contudo, também neste texto, a dignidade da pessoa humana aparece formulada em tons claramente principiológicos, no sentido de que “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade*”.

De tal construção de base jusnaturalista que apela à natureza da pessoa humana, não parece decorrer qualquer subjetivação que pudesse determinar uma leitura conforme, portanto no mesmo sentido, da Constituição da República. Uma conclusão lógica, considerando, ademais, a própria sistematização da Declaração, que contém fórmulas principiológicas no artigo 1º, nos termos já recortados, estabelece no artigo 2º que “*todos os seres humanos podem invocar os direitos e liberdades proclamados na presente Declaração, (...)*” e só depois enuncia esses direitos, começando com a construção normativa do artigo 4º, segundo a qual “*todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*”.

1.4.2. Gorada esta via, ainda se colocaria a possibilidade de tal direito ser recebido por meio da cláusula de abertura do artigo 17(1) da Lei Fundamental, o que nos remete essencialmente ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Este Tribunal já se tinha pronunciado sobre as condições para a incorporação de direitos por via da cláusula de abertura, ao estabelecer que “*São quatro as condições previstas pela cláusula de abertura do artigo 17 (1) para a receção de direitos atípicos pelo sistema cabo-verdiano de direitos fundamentais: a) ausência de previsão na constituição; b) natureza de direito, liberdade ou de garantia; c) previsão em tratado do qual Cabo Verde seja parte ou alternativamente em lei; d) materialidade constitucional*” (Acórdão nº 7/2016, de 28 de abril, Rel: JC Pina Delgado, 2.11.5).

O primeiro desses tratados de direitos humanos não integra referência à dignidade da pessoa humana, o que não é estranho, até porque faz parte de um todo dividido em três partes que tem na sua base a Declaração Universal, a chamada *International Bill of Rights*,

e que também inclui o Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Seja como for, não creio que esta via, pelo motivos elencados, seja muito promissora no sentido de nos fornecer uma base para discutir a existência de um direito à dignidade no ordenamento jurídico cabo-verdiano.

Já o segundo, um instrumento regional de proteção de direitos, contém uma fórmula que poderá ter alguma utilidade, devidamente reconhecida pelo mui douto acórdão. Assim, por meio do seu artigo 5º prevê-se que *“Todo o indivíduo tem o direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e degradação do homem, nomeadamente a escravatura, o tráfico de pessoas, a tortura física e as penas e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes são proibidos”*.

Considerando que Cabo Verde é parte deste último instrumento, não está propriamente em disputa que a norma em causa integra o ordenamento jurídico pátrio. O número 2 do artigo 12 da Constituição permite a incorporação de uma norma convencional desde que preenchidas certas condições, nomeadamente de o tratado em questão obrigar Cabo Verde e estar em vigor, a vinculação ter sido regular nos termos do Direito Internacional e do Direito Cabo-Verdiano, e de ter sido publicado no jornal oficial da República. Não suscitará reservas a ninguém a consideração de que tais pressupostos estão presentes, o que significa que o artigo 5º da Carta Africana é também *law of the land*, para emprestar a célebre fórmula de Blackstone.

Todavia, isso não será suficiente para se garantir a sua amparabilidade, pois, para tanto, uma norma internacional deverá ser incorporada não só ao direito cabo-verdiano no geral, mas especificamente ao sistema cabo-verdiano de direitos fundamentais. Caso contrário, gozaria, nos termos do número 4 do artigo 12 da Constituição, de um estatuto supralegal, mas, ainda assim, infraconstitucional. Portanto, insuscetível de lhe garantir fundamentalidade.

Destarte, a questão a saber é se esse direito pode ser recebido pelo sistema cabo-verdiano de proteção de direitos, que, como se sabe, é marcado por grande abertura, o que significa que poderá incluir direitos fundamentais atípicos, desde que preenchidas as

condições previstas pelo artigo 17, número 1, da Constituição. Nomeadamente, nos termos já definidos por este Tribunal, de *origem*, pois deve constar de tratado ou de lei ordinária; de *natureza* – ser algo que, na sua essência e, conforme a sua origem, é classificável como um direito, como uma liberdade ou como uma garantia -, de *substância*, isto é, de ser materialmente constitucional, no sentido de se referir a uma questão essencial para a vida humana e de *necessidade*, ou seja, que os direitos arrolados no texto constitucional não cubram as posições jurídicas emergentes desse direito fora do catálogo.

A aplicação deste teste ao direito à dignidade da pessoa humana previsto pelo artigo 5º da Carta Africana permite facilmente verificar que as três primeiras condições estão preenchidas, pois, evidentemente, como se registou, há previsão em tratado que vincula Cabo Verde, um eventual direito à dignidade da pessoa humana sempre seria classificável como um direito, liberdade e garantia, ainda que com características especiais, pois, no próprio entender desta Corte dele tanto poderiam emergir comandos negativos, como negativos, enviados aos poderes públicos (Acórdão nº 7/2016, de 28 de abril, Rel: JC Pina Delgado, 2.3.8). Por fim, resultado de uma das bases principais do sistema cabo-verdiano de direitos fundamentais e ancorando-se na própria ideia da natureza humana, não haveria qualquer dúvida em relação à sua materialidade constitucional.

Portanto, até aí, não haveria nada que impedisse o reconhecimento deste direito subjetivo pelo Tribunal e a sua conseqüente amparabilidade. Falta, no entanto, verificar a necessidade de se o acolher, pois, como este Tribunal já havia decidido, a incorporação de direitos ou de posições jurídicas fundamentais depende de eles não fazerem parte do sistema cabo-verdiano de direitos fundamentais (Acórdão nº 7/2016, de 28 de abril, Rel: JC Pina Delgado, *cit.* ).

E aqui reside o *busilis* da questão, pois, no nosso ordenamento constitucional, ainda que não se reconheça diretamente à dignidade da pessoa humana qualquer dimensão subjetiva, é inegável que o princípio que a representa serve de base aos direitos fundamentais mais importantes. Portanto, pode-se dizer que o princípio da dignidade humana se subjetiva e se vivifica por meio de vários outros direitos fundamentais e de posições jurídicas que acolhem. É assim, por exemplo, com o direito à vida ou com o direito à integridade pessoal a que acresce as garantias fundamentais que lhe estão associadas,

nomeadamente a da proibição da pena de morte e da icónica proibição da tortura e de tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, a norma que, além de tudo, pode, de modo mais abrangente, recobrir a maior parte das situações reconduzíveis à dignidade da pessoa humana. O mesmo acontece com dimensões diversas das liberdades fundamentais, também com o direito a não se ser discriminado, com direitos de humanidade e de solidariedade, como o direito ao asilo, com certas posições jurídicas decorrentes do direito à privacidade, à honra e ao bom nome, ou até com, limitadamente, certos direitos sociais.

Nesta linha de raciocínio, ainda que o direito à dignidade da pessoa humana possa ser recebido em abstrato, na verdade o é, somente em relação às posições jurídicas dele emergentes que já não estejam previstas pela constituição através de direitos, liberdades e garantias que as cobrem ou em direitos fundamentais análogos.

1.4.3. No caso concreto, a posição jurídica que se pretende tutelar através do recurso a um direito à dignidade da pessoa humana é sobejamente protegida pelo direito à presunção da inocência, não legitimando a sua incorporação no sistema nacional de proteção de direitos.

1.5. Neste sentido, conseqüentemente, poderia aceitar a existência de um direito subjetivo dessa natureza, mas somente nos casos em que a posição jurídica a que refira não decorra ou possa decorrer de um direito catalogado pela Carta Magna desta Comunidade Política.

1.5.1. E isso acontecerá somente em situações muito excepcionais, se considerarmos o detalhamento do nosso sistema de direitos fundamentais, outra das suas características além da abertura, e o caráter fluído das normas que contêm, que, dada a sua textura aberta e porosa, são suscetíveis de congregar diversas posições jurídicas e abarcar a esmagadora maioria das necessidades de proteção. Assim não será fácil que isso aconteça, bastando acompanhar as invocações da dignidade da pessoa humana no sistema africano para se constatar que com mero recurso ao próprio catálogo o nosso sistema já encontraria no seu seio o instrumental necessário para legitimar uma reação de proteção de direito.

1.5.2. A norma em questão tem sido efetivamente aplicada pelos órgãos responsáveis pela monitorização da Carta, nomeadamente pela Comissão Africana, pelo Tribunal Africano e pelo Tribunal de Justiça da CEDEAO.

Apesar de a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos não ser um órgão judicial internacional, reconhece-se que, até pelo facto de se ter criado o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos mais recentemente, foi, durante muito tempo, o principal instrumento de interpretação e densificação das normas consagradoras de direitos humanos e dos povos previstas na Carta Africana.

E, nesta qualidade, se tem pronunciado sobre o artigo 5º, muito embora, regra geral, o que não deixa de ser normal num órgão de sua natureza e pelo facto desse preceito conter não só o direito à dignidade da pessoa humana, mas igualmente garantias contra a tortura e contra tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, a abordagem levar a uma indistinção relativa entre os dois direitos.

Mas, por meio de decisões emblemáticas, o órgão de Banjul utilizou, de uma forma, no geral, mais clara, o direito à dignidade da pessoa humana como parâmetro de escrutínio de violação à Carta. Foram os casos das Comunicações *Modise v. Botswana* (reproduzido em *African Human Rights Law Reports [AHRLR]*, 2000, p. 30 e ss), em que se considerou violação desse direito por se ter expulso, de modo recorrente, pessoa apátrida que não é acolhida por nenhum outro Estado e obrigada, destarte, a ficar num limbo jurídico, e, no caso, territorial, e por se a ter separado da sua família (para. 91); *Malawi African Association and Others v. Mauritania* (reproduzido em *AHRLR*, 2000, p. 149 e ss), relativa à manutenção de pessoas em situação análoga à escravatura (para. 135); *Puhorat and Another v. The Gambia* (reproduzido em *AHRLR*, 2003, p. 96 e ss), em que se considerou que uma lei que tratava pessoas com anomalias psíquicas por meio de termos como ‘lunático’ ou ‘idiota’ infringia o direito em causa, levando à sua desumanização (paras. 57-59); *Sudan Human Rights Organization and Another v. Sudan* (reproduzido em *AHRLR*, 2009, p. 153 e ss), no sentido de que ataques contra a população civil, nomeadamente expulsando as pessoas das suas casas e locais de residência correspondia a tratamento cruel e desumano e ameaçava a essência da dignidade da pessoa humana (para. 164).

Em *Spilg and Others v. Botswana* (reproduzido em *AHRLR*, 2011, p. 3) e ss), a Comissão considerou a possibilidade de haver tratamento desumano em situações em que o Estado não avisa a família de forma atempada sobre a data da execução de um ente querido impossibilitando que dele se pudessem despedir (para. 177); em *Egyptian Initiative for Personal Rights and Interrights v. Egypt II* (reproduzido em *AHRLR*, 2011, p. 90 e ss), entendeu que ataques de natureza sexual dirigidos contra manifestantes e jornalistas, consistindo em atos destinados a despir as vítimas e insultá-las, chamando-as de ‘putas’ e ‘prostitutas’ ao humilhá-las em público, de forma intensa, violava o artigo 5º (para.182); em *Zitha v. Mozambique* (reproduzido em *AHRLR*, 2011, p. 138 e ss), que o desaparecimento de pessoas também violava a dignidade da pessoa humana (para. 81).

Por sua vez, o Tribunal de Justiça da CEDEAO por meio do influente *Acórdão Koraou v. Niger* (reproduzido em *AHRLR*, 2008, p. 182 e ss) recorreu ao argumento da violação da dignidade da pessoa humana. Ainda assim, ao abrigo da ideia da igual dignidade reconhecida a todos os cidadãos, mas reiterando claramente que “*a escravatura é considerada uma violação grave à dignidade humana/slavery is considered a grave violation of human dignity*” (para. 75). Mais recentemente, considerou em *Njamanze and Other v. Nigeria* (2017), que a utilização da expressão *ashawo* (prostitutas) por agentes do Estado em relação a mulheres que estavam a circular na rua de madrugada, além de violar a cláusula da não-discriminação, configurava tratamento degradante da pessoa, violando o artigo 5º da Carta. O Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, adotou tese jurídica, em acórdão lavrado no processo *Alex Thomas v. Tanzania* – embora sem o determinar em concreto – de acordo com a qual uma dilação excessiva de um Tribunal em decidir um recurso criminal poderia, caso fosse grave, intencional e humilhante, violar o artigo 5º da Carta.

Na esmagadora maioria destes casos, haveria sempre um direito, liberdade e garantia a proteger a posição jurídica em questão, seja a garantia contra a tortura ou as abrangentes garantias contra qualquer tratamento desumano ou degradante, que, por si só, abarcaria um espectro de situações passíveis de atingir a dignidade da pessoa humana, como ainda, em outras, o direito à liberdade, que seguramente recobriria casos de escravatura ou situações análogos à mesma, do direito a não se ser discriminado, o direito à privacidade e mesmo o direito à honra e certas garantias de processo penal.

1.5.3. Mas, admite-se que a dinâmica da vida seja tão intensa que, em abstrato, poderá haver situações em que não se consegue cobrir nem por meio dos preceitos de direitos, liberdades e garantias do catálogo, já, no geral, construídos como princípios e logo suscetíveis de abarcar situações distintas e imprevistas, nem por via daqueles que podem ser recebidas por meio da cláusula de abertura. Nomeadamente, os desenvolvimentos tecnológicos, por exemplo nas áreas da informática, da genética ou da biotecnologia, têm propiciado situações que potencialmente podem ter impactos consideráveis sobre a dignidade da pessoa humana num sentido que eventualmente as normas catalogadas de proteção de direitos e as demais passíveis de serem protegidas meio de recurso de amparo não conseguem cobrir.

1.5.4. Quando houver tais lacunas, eu seria o primeiro, até atendendo ao programa constitucional de se ter uma proteção sem hiatos, não só na perspetiva formal-processual, mas também material, a advogar o recurso a posição jurídica resultante do direito à dignidade da pessoa humana reconhecido pelo artigo 5º da Carta Africana.

1.6. Sempre nessa perspetiva de instrumentalidade que deve presidir à ligação entre o tribunal e o princípio da dignidade da pessoa humana. Este, enquanto norma constitucional deve ser levado a sério e, como se sublinha neste acórdão e em outros arestos constitucionais (Acórdão nº 7/2016, de 28 de abril, Rel: JC Pina Delgado, 2.3), não ser tratado como uma fórmula vazia. É precisamente para se evitar que tal efeito se produza que, no meu entender, se deve evitar utilizações meramente retóricas da dignidade da pessoa humana, que trazem no seu bojo o perigo de uma vulgarização no mau sentido e, assim, ao seu esvaziamento, pois se tudo viola a dignidade da pessoa humana nada viola a dignidade da pessoa humana.

Embora compreenda que em países com experiências recentes de negação intensa de direitos, como a África do Sul, ou que na pátria do seu desenvolvimento dogmático, a Alemanha, seja útil por motivos históricos em razão da experiência que se teve de negação absoluta do valor intrínseco do ser humano, que transporta um mal radical que é preciso purgar, se justifique um recurso simbólico, embora muitas vezes juridicamente desnecessário, ao princípio sempre que esteja em causa a violação grave de um direito por

um Tribunal Constitucional que se assume como instrumento desse processo coletivo que não deixa de ter uma vertente pedagógica muito particular. Como lembrou um dos maiores representantes da consciência alemã do pós-guerra, Theodor Adorno, “*a exigência de que Auschwitz não se repita é a primeira de todas as que deve colocar a educação*” (*Educación después de Auschwitz* in: *Educación para la Emancipación. Conferencias e conversaciones com Hellmuth Becker (1959-1969)*, Trad. Jacobo Muñoz, Madrid. Morata, 1998, p. 79) e é também um propósito assumido pelo Tribunal de Karlsruhe.

Assim sendo, não estou seguro de tal necessidade também se fazer sentir neste ordenamento jurídico específico no seu atual estágio de desenvolvimento. Estou muito longe de estar convencido que entre nós existam razões não instrumentais para tal uso da dignidade da pessoa humana que, em certos lugares, podem resultar de necessidades ligadas à expiação de culpas coletivas. Porém, aqui não existirão razões imperiosas que recomendem a este Tribunal colaborar com propósitos comunitários similares por não serem prementes.

1.7. Portanto, é por isso que manifestei dúvidas em relação ao escrutínio que foi promovido em relação a possível violação do direito à dignidade da pessoa humana. Não me parece que tendo sido alegada violação do direito à presunção da inocência fosse necessário fazer essa incursão.

1.7.1. O que é inegável é que o princípio da dignidade da pessoa humana se subjetiva quando se projeta e se incorpora em vários direitos, dentre os quais diversas garantias penais, precisamente porque, em última instância, se o Estado priva uma pessoa da sua liberdade sem que seja provada a sua culpa está literalmente a instrumentalizar a pessoa, a tratá-la como uma coisa, como um ser que não possui um valor intrínseco e que, como tal, pode servir como meio para que ele atinja outros objetivos, por exemplo, dar resposta a exigências punitivas ou moralistas da sociedade, garantir ou sensação de segurança pública, privando uma pessoa arbitrariamente da sua liberdade natural. Esta associação é também feita pelo penalista cabo-verdiano Jorge Carlos Fonseca, “Termos de referência para a elaboração de um Código Penal de Cabo Verde”, *RPCC*, n. 5, 1995, pp. 23-45), quando ressalta que são valores fundamentais do sistema criminal pátrio “*a dignificação a pessoa*

*humana e o afastamento de qualquer ideia de sua instrumentalização para a realização de fins outros que não o livre desenvolvimento da personalidade ética do indivíduo” (p. 29).*

1.7.2. Portanto, havendo um outro direito, liberdade e garantia hábil para se conduzir o escrutínio, seria de se afastar qualquer apuração de violação do direito à dignidade da pessoa humana, pois não me parece que isso seria autorizado pela fórmula constitucional da dignidade da pessoa humana ou sequer pelo dispositivo citado da Carta Africana por não se acomodar, neste caso, às condições de recepção do artigo 17, número 1, da Constituição.

1.8. Respetivamente, porque parece-me que, no geral, o recurso de amparo não é via adequada para se questionar violação do princípio da dignidade da pessoa humana, precisamente porque é meu entendimento que não há, de forma líquida, um direito à dignidade da pessoa humana passível de subjetivação enquanto tal, decorrente do catálogo constitucional.

Esse direito, a existir, decorre da incorporação de direito, liberdade e garantia previsto pela Carta Africana, mas, pelo motivos invocados, só seria possível o seu acolhimento de modo muito limitado, ou seja, apenas para os casos em que as normas do catálogo não previssem a posição jurídica em questão.

Esse desenvolvimento no sistema regional de proteção que, em última instância, habilitaria o sistema constitucional a incorporar essa dimensão subjetiva na dimensão limitada recortada, não nos pode deixar esquecer que, do ponto de vista do legislador constituinte, a opção por não subjetivar o princípio da pessoa humana não é alheia às dificuldades de lhe precisar o sentido em casos de violação por atos e omissões dos poderes públicos quando não esteja em causa qualquer base normativa especificamente reconhecedora de um direito fundamental para mediar a sua expressão.

1.9. Neste sentido, admitindo os desenvolvimentos firmados, julgo que seria de se desenvolver as fórmulas apresentadas para se poder conduzir o escrutínio pretendido em sede de amparo, dadas às suas particularidades. E, parece-me que, nesta possibilidade, se

torna necessário desenvolver parâmetros de objetivação a aplicar à condução de inquérito de violação do direito à dignidade da pessoa humana.

Porque é absolutamente necessário cuidar-se de dois aspetos em relação à dignidade da pessoa humana. Primeiro, evitar que a sua plasticidade se transforme numa licença geral para os juízes promoverem as suas próprias concepções éticas ou de pessoa humana; segundo, impedir que, como se tem observado em outras circunstâncias, a dignidade da pessoa humana seja utilizada contra outros princípios importantes do sistema constitucional cabo-verdiano, como o princípio da liberdade e da autonomia individuais.

1.9.1. Em relação à primeira, faz-se necessário desenvolver critérios de objetivação similares aos que o Tribunal já fez em relação aos princípios da proporcionalidade, da igualdade e da proteção da confiança, pois, caso contrário, haveria sempre a tendência de se construir a dignidade da pessoa humana a partir de concepções individuais do juiz sobre o bem e sobre a pessoa sem qualquer limitação.

1.9.2. De resto, a subjetivação da dignidade da pessoa humana e a sua transformação em direito individual sempre teria o condão de criar problemas dogmáticos difíceis de resolver, nomeadamente associados ao seu balanceamento, ficando por se definir se sempre prevalece em caso – o que releva, para o caso concreto – de colisão com outros direitos, liberdades e garantias, muitos dos quais também portam uma dimensão a ela relacionada, ou ainda colocar fortes entraves à renunciabilidade de esferas de proteção de direitos pelo próprio titular, quando o faz para atingir um interesse relevante ou para desenvolver a sua personalidade, nas situações em que não se atinge o núcleo essencial do direito e a afetação é proporcional e reversível.

1.9.3. E aqui residem os riscos inerentes a esse processo de subjetivação, pois o apelo ao direito à dignidade da pessoa humana, além de poder contribuir paradoxalmente para a diminuição do seu impacto, banalizando-se a sua essência, a partir do momento em que uma violação de direito para ser séria e válida tem também de ser violação à dignidade da pessoa humana, com as consequências evidentes de fragilização dos direitos subjetivos e de esvaziamento da própria dignidade, pode ser utilizado instrumentalmente para reduzir a liberdade das pessoas, para se justificar um paternalismo de Estado, para impedir que

desenvolvam a sua personalidade, para lhes criar obstáculos em relação às suas decisões legítimas em matéria sexual ou profissional, se não for devidamente racionalizado, objetivado e densificado.

1.9.4. Dados os riscos que a dignidade da pessoa humana representa sobretudo para a liberdade e autonomia individuais, não se pode deixar tal poder de concretização de expressões altamente plásticas, como “dignidade” e especialmente “pessoa humana” nas mãos de um grupo de pessoas que, por mais iluminadas que sejam, transportam as suas concepções e a sua imagem de homem, pois, muitas coisas poderão ser contrárias a concepções particulares ou a avaliações individuais de termos muito imprecisos como humilhação, degradação, etc, num caso concreto de recurso de amparo que comporta dificuldades acrescidas de aplicação coerente se compararmos ao que podia decorrer da utilização do princípio da dignidade da pessoa humana num processo de fiscalização de normas.

Na verdade, o Tribunal já tinha adotado um primeiro passo no sentido de tentar recortar uma concepção constitucional e comunitária de dignidade da pessoa humana num caso a envolver a expressão igual dignidade social (Acórdão nº 7/2016, de 28 de abril, Rel: JC Pina Delgado). Seria necessário desenvolver essas ideias, criando critérios e parâmetros de avaliação o mais objetivos que fosse possível sobre eventual violação do direito à dignidade da pessoa humana, nas situações excecionais em que isso se viesse a colocar.

1.10. Enfim, não me parece que fosse adequado neste caso promover-se um escrutínio de violação a uma posição jurídica individual decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana porque havia um direito, liberdade e garantia específico, como é evidente já subjetivado a envolver a mesma situação fática, a partir do qual conduzir o exame de violação de posição jurídica fundamental.

A opção dos ilustres colegas no sentido de conduzir estes escrutínio paralelo por mais interessante que se possa mostrar do ponto de vista académico, judicialmente cria uma situação que me parece dificilmente sustentável, na medida em que depois de inflar o papel da dignidade da pessoa humana, não retira as devidas consequências disso ao praticamente esvaziar o papel do direito em espécie que a ativa neste caso, isto é, a garantia fundamental

do direito à liberdade, o direito à presunção da inocência, reduzindo-o a uma dimensão que, na prática, torna-o quase insuscetível de ser escrutinado por este Tribunal.

Mais difícil foi absorver tal desenvolvimento porque, em paralelo, nega-se o papel da dignidade da pessoa na interpretação dos direitos, liberdades e garantias. Trata-se, aqui sim, de uma das suas principais funções e, em particular, não teria problema que a fundamentação fosse conduzida neste sentido. Todavia, seria necessário retirar-lhes as devidas consequências, considerando que o efeito natural de um robustecimento do direito subjetivo por aplicação de uma interpretação decorrente da dignidade da pessoa humana nunca podia levar ao escrutínio fraco que o Tribunal aplicou para apurar se houve violação do princípio da presunção da inocência ou não, como se tentará densificar a seguir.

## II. *A discordância em relação ao estabelecimento do parâmetro de escrutínio de violação do direito à presunção da inocência e à recusa de concessão de amparo pelo Tribunal*

2.1. As questões a envolver, *lato senso*, direitos processuais penais fundamentais devem decorrer da delimitação já sugerida pelo próprio pedido no sentido de se “*considerar nulo o citado acórdão por violação do direito de acesso à justiça na sua vertente de direito de defesa e do direito fundamental à presunção da inocência do arguido (...)*”. Concordando com o tratamento que foi reservado à alegação de violação do direito de defesa pela alteração de qualificação jurídica dos factos tanto ao nível dogmático, quanto em relação à sua aplicação ao caso concreto, limito-me a apresentar a minha opinião a respeito do argumento invocado pelo recorrente de violação do direito à presunção da inocência do arguido e das razões de ter votado vencido neste segmento decisório. Circunscrevo-me, todavia, à parte que se associa à condenação por agressão sexual com penetração, porque em relação à que concerne ao crime de atentado à intimidade da vida privada, as provas carreadas para os autos são suficientemente elucidativas para justificar, dentro do quadro do escrutínio que este Tribunal pode fazer, a decisão judicial de que se recorre.

2.2. Por conseguinte, a questão decisiva é a de se saber se o ato judicial recorrido por ter confirmado condenação do arguido a pena de prisão por crime de abuso sexual com

penetração com base nas provas produzidas violou o direito à liberdade do recorrente por se não ter considerado no processo decisório devidamente o princípio da presunção da inocência, na sua dimensão de *in dubio pro reo*.

O qual, além de ser um princípio, é inquestionavelmente uma garantia fundamental diretamente associada ao direito à liberdade sobre o corpo. A minha opinião é que este escrutínio deve ser conduzido, partindo-se de possível violação do princípio da presunção da inocência, na sua dimensão subjetivável de direito a não se ser privado da liberdade natural sem a comprovação devida de culpa além de qualquer dúvida razoável.

Mas aqui, de forma suficiente, sem uma inibição total em relação à análise da prova que consta dos autos. Mantendo o devido respeito pelo convencimento dos tribunais judiciais, aceitando que possuem margem para chegar a conclusões razoáveis mesmo que não sejam as mesmas que este coletivo chegaria se estivesse na mesma pele, mas também levando a sério a sua missão de proteção de direitos caso seja o próprio poder judicial a extrapolar o seu âmbito de discricionariedade, o Pretório Constitucional nomeadamente nos casos em que para qualquer observador externo a conclusão de culpa não podia nunca decorrer das provas produzidas, seja porque desconexa com as mesmas, seja porque insuficiente, situação em que se justificaria, nos termos da Constituição, absolver o arguido.

É nesta medida que estabeleço em casos a envolver a presunção da inocência o *standard of review*. Atendendo à natureza subsidiária do recurso de amparo, não estará o Tribunal Constitucional autorizado, em princípio, a promover diligências de prova ou participar da sua produção ou a proceder a uma avaliação da mesma que lhe permita a formulação de juízos positivos de como o caso deveria ter sido decidido a partir da valoração das mesmas. Isto seria, naturalmente, competência estrita dos tribunais judiciais.

O que o Tribunal pode fazer é um juízo negativo relativamente à presunção da inocência e ao *in dubio pro reo*, que neste caso remetem especificamente ao convencimento gerado pelas provas apresentadas ao longo do processo, no sentido de identificar e atuar quando o tribunal judicial extrapola aquilo que é racional e razoável em relação à prova no momento em que forma as suas convicções. Há, pois, no meu entendimento, uma dimensão lógico-racional que ultrapassa uma abordagem meramente psicológica que geraria o

arbítrio inescrutinável do julgador. Neste caso, não me parece que tais limitações possam ser impostas a este Tribunal.

Neste sentido, não só podemos, como devemos, avaliar as provas que constam dos autos, precisamente para verificar se as que se arrolaram permitiriam justificar a decisão que se tomou, devendo a Corte Constitucional atuar em proteção dos direitos, quando, mais uma vez, não houver conexão entre a prova relacionada e a decisão condenatória adotada ou naquelas situações em que aquela é notoriamente insuficiente para gerar qualquer tipo de convencimento objetivamente fundado.

2.3. O arguido foi condenado, na parte que interessa, por crime de agressão sexual com penetração, o que significa que o tipo objetivo é preenchido por dois elementos, primeiro a realização do ato sexual com penetração, que parece evidente se analisarmos vídeo ou os *frames* constantes dos autos, e o ato de afetação da livre determinação sexual da vítima, no caso concreto assente numa alegação da acusação de que houve ameaça facticamente assente em fotografia na posse do arguido que terá sido utilizada para pressionar a vítima a encaminhar-se para o local de encontro e permitir a conjunção carnal.

É bem verdade que não integram os autos a fotografia que estaria na posse do arguido, mas o tribunal de julgamento e o juiz que produziu essas provas veio a considerar que tal ponto da acusação se dava por provado com base no pressuposto, que apresenta adiante, de que, no seu entender, *“na fixação do sentido global dos factos, não podemos escamotear toda a dinâmica processual, nomeadamente as declarações prestadas pelos intervenientes processuais antes da audiência de discussão e julgamento”*. Assim, na parte relevante para esta discussão, sustenta que *“quanto aos factos descritos nos pontos 3 a 25 foram valoradas, com especial relevo, as declarações da ofendida ‘E [...]’, mormente as que prestou em audiência de discussão e julgamento, sustentadas, de resto pela visualização do suporte audiovisual acostado aos autos e, em certos aspetos, pelas declarações do próprio arguido. A ofendida, ao ser inquirida, num discurso indesmentivelmente emocionado, acabando, mesmo por verter lágrimas ao falar, relatou, em resumo, mas, no essencial, que, o arguido, em circunstâncias que não soube precisar, teve acesso a uma fotografia sua e do seu namorado, de nome ‘Ángelo’, a beijarem-se; que, munido dessa fotografia, o arguido passou a lhe chantagear exigindo que tivessem relações sexuais com*

*ele, sob pena de, junto dos seus pais, proceder a divulgação da aludida fotografia; que perante a persistência das ameaças, sendo certo que o arguido a chamava constantemente, acabou por ceder aos seus intentos”.*

Considerou, ademais, que “*o arguido, no anverso, assumiu uma postura desculpabilizante, refugiando-se num alegado consentimento da ofendida, que afirma ter existido, tanto para os atos sexuais como para a gravação dos mesmo, tendo, contudo, admitido, parcialmente, a prática dos factos, situando, todavia, no ano de 2012, os atos sexuais que reconhecidamente manteve com a ofendida ‘E[...]’, no que não mereceu credibilidade da parte deste Tribunal, a mercê do confronto com os demais meios de prova disponíveis nos autos, como adiante demonstraremos”.*

Muito claro fica que formou a sua convicção a partir da valoração da credibilidade dos depoimentos dados em audiência de julgamento pelo arguido e pela vítima, bem como dos que foram prestados pelas testemunhas arroladas dentro do contexto referenciado. Teve a oportunidade de ter um contacto direto com a prova apresentada, algo que, por mais que tente, este tribunal ou outro qualquer não teria como substituir, mesmo recorrendo ao áudio e até ao vídeo da audiência, se houvesse. Portanto, seria possível considerar que ainda que amparado somente no vídeo e na avaliação do depoimento da ofendida, do arguido e testemunhas, haver prova suficiente de que o recorrente tolheu efetivamente a liberdade sexual da ofendida.

2.4. A grande dúvida que se coloca é se, depois dos desenvolvimentos subsequentes, em que o órgão judicial recursal, pôs em causa não só o modo como o juiz determinou a idade da ofendida, como igualmente, a partir de critérios objetivos, a sua avaliação dos depoimentos prestados por ter incorrido numa aparentemente contraditória valoração intensa das declarações prestadas pela ofendida em relação à existência da fotografia, atribuindo-lhe o máximo de credibilidade, por um lado, e a negação total do valor das palavras da mesma proferidas na mesma audiência de julgamento no que diz respeito à sua própria idade, do outro, essa justificação seria aceitável.

Essa incerteza podia ter sido eliminada caso o vídeo fosse suficiente para justificar objetivamente a ameaça, como se tentou, nas entrelinhas complementar no segundo

juízo, mas é muito discutível que assim seja porque do comportamento concreto de E. no vídeo – cujo áudio que podia ser importante, é imperceptível em vários momentos, e que podia, em abstrato, ter sido objeto de intervenção técnica para efeitos de apuramento de som ou, se fosse possível, de leitura labial – não se consegue apurar com o mínimo de certeza que houve a ameaça, quando muito um indício, que sempre suscitaria a possibilidade de tais comportamentos poderem decorrer do facto de E. ser, como ela disse, virgem, de se ter arrependido no momento, de não saber o que estava a fazer e ter dúvidas sobre como agir em tal ocasião, de se sentir envergonhada e muitas coisas mais.

Assim sendo, em qualquer circunstância, seria sempre determinante que se considerasse como provada a alegação da dita impropriamente ‘chantagem’ por meio de fotografia na posse do recorrente com imagem da ofendida e do seu namorado a trocar um beijo. Ora, não tendo sido levada a fotografia aos autos e estabelecida a sua conexão com o recorrente, nada impedia – até porque um entendimento em sentido contrário debilitaria excessivamente os direitos fundamentais protegidos pelas normas de incriminação, considerando as dificuldades de fazer prova em crimes sexuais – que o julgador chegasse à conclusão de que efetivamente existiu e foi utilizada nos moldes apontados para ameaçar, desde que, por meio dos depoimentos que tomou em julgamento, havendo versões contrastantes, respetivamente do arguido e da ofendida, conseguisse apurar, considerando sinais, comportamentos e a consistência das respetivas alocações, a credibilidade de cada um.

2.5. E aqui é que tenho um questionamento de fundo: será que o segundo julgamento ordenado pelo Egrégio Tribunal de Justiça podia, do ponto de vista da necessária projeção do direito à presunção da inocência sobre as decisões em matéria processual penal, ter prescindido de ouvir em audiência pelos menos o arguido e a ofendida para que também se pudesse beneficiar da imediação no seu contacto com as duas versões decisivas relativas à existência da fotografia.

Diga-se que é aqui neste ato que reside a violação do direito à presunção da inocência. É porque o Supremo Tribunal de Justiça não determinou a repetição integral do julgamento na sequência da constatação de que o Tribunal de Primeira Instância considerou de forma contraditórias as provas. Tudo o que aconteceu a seguir, isto é, a repetição do

juízo somente para recolher o depoimento de uma testemunha a respeito da idade da vítima, a decisão prolatada e o acórdão que confirmou aquela decisão são meras consequências dessa conduta.

Se a imediação é decisiva neste caso para se provar a ameaça, não me parece que se podia prescindir dela precisamente quando o Supremo Tribunal de Justiça ordenou novo julgamento precisamente por ter considerado que a convicção do juiz assente na credibilidade que atribuiu ao depoimento da ofendida em detrimento da versão apresentada pelo arguido, ao mesmo tempo que describilizava o que ela disse em relação à sua própria idade, era, no fundo, argumentativamente insustentável e contraditório.

Portanto, não devia, na minha opinião ter sido aproveitada a valoração subjetiva feita por um julgador que, numa situação concreta, não terá feito, segundo a própria apreciação do Tribunal de recurso, a apreciação mais lógica da prova, fazendo necessário que se o elemento decisivo da comprovação ainda residisse no peso a atribuir à credibilidade relativa do depoimento prestado pela ofendida face ao arguido, isso fosse feito pelo novo julgador, que, ademais, teria a oportunidade de ponderar em conjunto e num mesmo momento, todos os depoimentos relevantes para a determinação dessa prova, antes de decidir.

Acontecendo as coisas como aconteceram, com a limitação do novo julgamento à repetição do depoimento da testemunha M., a menos que ela apresentasse alguma informação sobre a existência da fotografia, e com o aproveitamento de imediação de outro juiz, cuja apreciação dos depoimentos foi colocada em dúvida, há uma fragilização notória das bases utilizadas pelo tribunal para condenar por agressão sexual com penetração e confirmar essa condenação por meio do acórdão de que se recorre. No meu entender exigir-se-ia que se considerasse violado o princípio da presunção da inocência, que, neste caso, sendo elidível por uma apreciação livre da prova pelo julgador cujo discernimento no quadro do processo concreto não suscitasse dúvidas, que avaliasse, de facto, perante argumentos contraditórios, não corroborados externamente, nem pelas testemunhas, nem por qualquer outro meio, as emoções, a espontaneidade, os sinais que abonassem em favor da sua credibilidade. Porém, no caso concreto, creio que a partir do momento em que o tribunal de recurso imputa ao tribunal de instância uma convicção resultante de avaliação contraditória da prova testemunhal obtida em audiência de julgamento, exigir-se-ia, a bem

da presunção da inocência, que o tribunal não se aproveitasse da imediação, oralidade e regras da experiência que aquele julgador aplicou para chegar à conclusão que chegou.

2.6. Assim sendo, estou convencido que nestes termos violou-se o direito do arguido à presunção da inocência, e justificar-se-ia amparo no sentido de haver um novo julgamento com reapreciação dessas provas pelo tribunal.

Apesar de, como todos, não me seja indiferente o video assistido e seja até, do ponto de vista individual, favorável a que medidas enérgicas de responsabilização sejam tomadas em relação a pessoas que se realizam com a predação de crianças, o que está em causa é a prática de um crime e a sua prova nos termos da lei, e não as convicções morais de cada um, e, neste caso, tal condenação tem que decorrer de um processo imaculado em que se demonstra cabalmente a culpa do arguido. Em tais circunstâncias, parece-me que, até atendendo a dúvidas que a norma efetivamente aplicada ao caso concreto me suscita do ponto de vista constitucional, seria o mínimo de amparo que o recorrente deve ter.

### *III. Conclusão*

No meu entender, o Tribunal deveria ter considerado o recurso parcialmente procedente, atendendo que o órgão judicial recorrido não atendeu na medida exigível aos efeitos irradiadores da garantia da presunção da inocência quando confirmou a condenação do recorrido pela prática de um crime de agressão sexual com penetração, depois de ter ordenado a repetição parcial de um julgamento aproveitando provas produzidas por um juiz que ele próprio considerou ter feito uma avaliação contraditória das evidências que tinha perante si.

Cidade da Praia, 28 de dezembro de 2017

O Juiz Conselheiro,

*José Pina Delgado*

**ESTÁ CONFORME**

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 28 de dezembro de 2017.

Pel'O Secretário,

*Adérito Monteiro*