



Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 16/2019, em que são recorrentes **Rui Filipe Alves** e **Flávio Augusto Alves**, e recorrido o **Supremo Tribunal de Justiça**.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ACÓRDÃO N.º 17/2020

Acórdão nos Autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 16/2019, em que são recorrentes Rui Filipe Alves e Flávio Augusto Alves e recorrido o Supremo Tribunal de Justiça

I. Relatório

1. **Rui Filipe Alves e Flávio Augusto Alves**, com os demais sinais de identificação nos autos, inconformados com o Acórdão n.º 34/2019, de 17 de julho de 2019, proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, que negou provimento ao recurso interposto da decisão do Tribunal da Relação de Sotavento que havia confirmado a sua condenação, em cúmulo jurídico, na pena única de 18 e 7 anos e 6 meses de prisão, respetivamente, decretada pelo 2.º Juízo Crime do Tribunal da Comarca da Praia, vieram, nos termos das disposições conjugadas do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição e dos artigos 3.º, n.º 1, alínea a), e 5.º, n.º 1, da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro (doravante Lei do Amparo), interpor recurso de amparo constitucional.

Na sua petição de recurso de amparo constitucional, os recorrentes apresentaram os seguintes argumentos vão reproduzidos literalmente:

1.1. Os Actos, factos ou omissões que violaram os direitos liberdades e garantias dos arguidos são essencialmente os direitos processuais, nomeadamente: (1) o direito à presunção da inocência dos arguidos, na veste do princípio do in dubio pro reo, (2) o direito a um devido processo legal, (3) o princípio da igualdade de tratamento, da interpretação e da justiça, (4) o direito da audiência, (5) o princípio do contraditório e seu exercício, (6) o princípio nullum crimen sine lege, (7), o direito à defesa dos arguidos, o direito à dignidade da pessoa humana e o direito de acesso à justiça,

1.2. *Porque os factos não ficaram bem esclarecidos é de convocar o princípio do “in dubio pro reo”, fundado no princípio da presunção, até ao trânsito em julgado do ACÓRDÃO, uma vez que estas provas revelam-se particularmente frágeis e descabidas, e não mereceram a atenção e reparo do Supremo Tribunal de Justiça (...), tendo inclusivamente, os ora recorrentes alegado, que à semelhança das co-arguidas M. e M. , também foram alvos de ameaças, para praticarem os factos dos quais vêm acusados, julgados e condenados, e que infelizmente mereceram a confirmação dos Venerandos Juízes Conselheiros, sem tecer quaisquer considerações relativamente às alegações dos recorrentes de que também foram alvos de ameaças por parte desses perfis falsos, obrigando-lhes a praticar sexo com as ofendidas dos autos.*

1.3. *Com efeito, o referido ACÓRDÃO, em vários pontos, ataca, de forma inesperada, e antijurídica, os Direitos fundamentais deles arguidos, pondo em causa, numa medida francamente intolerável, as suas Dignidade Humana e a própria presunção de inocência, prevista no art. 35.º/1 da Constituição vigente.*

1.4. (...) *o ACÓRDÃO, objecto deste Recurso, violou, em vários momentos, a presunção de inocência dos arguidos, razão pela qual a sua inconstitucionalidade é patente e a sua nulidade irreversível;*

1.5. *A análise sumária e apressada empreendida pelo Supremo Tribunal de Justiça, que nem se deu ao trabalho de esmiuçar argumentos, relativamente ao recurso de revista apresentada pelos recorrentes não passa, com o devido respeito, de uma narrativa construída a partir de impressões superficiais, subjectivas, ligeiras e acríticas, hauridas, numa exegese assaz apressada, de uma “emoção à flor da pele”, sem qualquer sustentáculo factual, nem consistência jurídico-científica, tampouco, actuando este Tribunal à moda dir-se-ia, da ultrapassada escola do “direito livre”, com a arbitrariedade inerente (...). Aliás, limitou-se a remeter os seus argumentos do Tribunal de Relação de Sotavento conforme consta das páginas 16 a 20 do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça.*

1.6. *A defesa dos recorrentes requereu em 08 de Janeiro de 2018 cópias das páginas do processo, por forma a organizar convenientemente a defesa dos arguidos.*

1.7. Tal requerimento, foi parcialmente deferido, com o seguinte DESPACHO: “Rui Filipe Alves e Flávio Augusto Alves arguidos nos presentes autos, requereram cópias dos autos do processo ordinário n.º 197/2017.

Defere-se o pedido formulado à excepção das páginas que demonstram imagens e fotografias das ofendidas, porquanto diz respeito à intimidade da vida privada das mesmas” (sic).

1.8. Tais documentos constituíam o cerne das provas que iam ser levadas ao crivo do julgamento, logo no dia 15 de Janeiro, pelo que, era necessário serem examinados de forma minuciosa pelos mandatários dos recorrentes, e consequente impugnação dos mesmos, dada à impossibilidade de consultá-los na secretária deste juízo.

1.9. Este atropelo, impossibilitou a defesa dos arguidos de apresentar contestação nos referidos autos e contrariar aquelas provas (imagens e fotografias das ofendidas).

1.10. Além disso, o tribunal não deu o Ministério??? o direito a oportunidade de se pronunciar, violando por via disso o princípio do contraditório, mesmo assim o Supremo Tribunal de Justiça, não coibiu de pronunciar sobre o sucedido, e deu-se ao luxo de dizer que: “os recorrentes não interpuseram recurso dessa decisão, que por isso passou a ser caso julgado, não podendo mais ser objecto de discussão nos presentes autos” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 34/2019, página 18).

1.11. Ao contrário do que alega o tribunal recorrido, os recorrentes interpuseram recurso dessa decisão para o Tribunal de Relação de Sotavento, onde obteve (sic!) a seguinte decisão relativamente a esse facto: digamos que o tribunal ponderou e sopesou os dois direitos em causa e decidiu não sacrificar o núcleo essencial do primeiro (intimidade da vida privada das ofendidas) – Cfr. Acórdão do Tribunal de Relação n.º 08/2019, página 55.

1.12. Portanto essa é uma das decisões das quais os recorrentes inconformados, recorreram para o Supremo Tribunal de Justiça, por entenderem que a intimidade da vida privada das ofendidas devia sim ser sacrificada em relação ao direito à defesa dos arguidos, por várias razões, a começar pelo garantia do dever de segredo de justiça, por parte dos Advogados, pelo núcleo essencial do princípio da verdade material, pelo direito à defesa dos mesmos, etc., Esse direito merece o amparo do Tribunal Constitucional.

Outrossim, a recolha de prova em suporte electrónico aqui em Cabo Verde, deixa muito a desejar, pois não sabemos de que forma foram recolhidas, quando foram e onde, e muito menos por quem foram recolhidas.

1.13. O Despacho supra transcrito, viola flagrantemente o princípio do direito de defesa e acesso às provas da acusação, ao abrigo do artigo 35.º n.º 07 da Constituição da República de Cabo Verde.

1.14. Assim sendo, devem os Egrégios Juízes Conselheiros do Tribunal Constitucional declarar nulo o DESPACHO supra mencionado por inconstitucional.

1.15. Os arguidos Rui e Flávio foram também ameaçados, à semelhança das arguidas M. e M., mas o estranho é que não foram atendidos os depoimentos daqueles, no sentido da sua absolvição. Tais alegações foram ao crivo do Tribunal de Julgamento – 3.º Juízo Crime, Tribunal de Relação de Sotavento, e em última instância ao Supremo Tribunal de Justiça, mas nem sequer pronunciaram sobre este facto. É que na verdade à semelhança das arguidas M. e M., os arguidos, ora recorrentes também foram ameaçados, por perfis falsos. É incompreensível a razão que levaram (sic!) os Juízes destas instâncias a confirmarem sucessivamente a decisão do tribunal a quo, sem no mínimo tecer uma explicação plausível sobre esses factos.

1.16. As razões que nortearam a absolvição das co-arguidas M. e M. deveriam também ser as mesmas para a absolvição dos arguidos Rui e Flávio, mas por razão de sexo, aquelas ficaram beneficiadas relativamente aos recorrentes. É que a M. e a M. , bem como os recorrentes Rui e Flávio, recebiam ameaças mesmo no momento em que estiveram juntos. Mas quem administravam (sic!) esses perfis? Igualmente, consta dos Autos, que a M. e a M. angariavam os clientes e levavam para fazer sexo com o Rui e Flávio e igualmente com estranhos, e que inclusive elas as arguidas costumavam esbofetear e ameaçar as ofendidas dos Autos, para aceitarem os seus pedidos. Só porque disseram que elas foram ameaçadas a fazer isso, ficaram absolvidos. O mesmo argumento não serviu aos arguidos Rui e Flávio. Por que razão?

1.17. Sem mais delongas, por todo o exposto, e em todos esses casos a violação do princípio do “in dubio pro reo”, verificou, na medida em que há uma enorme dúvida, relativamente aos crimes, que impunha TAMBÉM a absolvição dos arguidos em relação

a estes crimes uma vez que não estavam a praticá-los de forma consciente, livre e deliberadamente.

1.18. Ora, sabe-se que, por um lado, os factos imputados aos arguidos, revestem de uma gravidade ímpar e agitam gravemente a sua honra, a sua dignidade e que ao sustentar-se esta decisão baseada numa prova duvidosa, prova electrónica e por meio de perfis falsos, sem se apurar quem os administravam, destruir-se-á a própria expectativa e os alicerces de vida que, os arguidos durante anos palmilharam. Por outro lado é in comportável que se dê como provados os depoimentos das testemunhas/ofendidas em relação aos factos a que vêm acusado, tendo em conta que os arguidos negaram tê-los praticado de forma livre consciente e deliberada. Pois, REPETE-SE, os mesmos foram ameaçados também por pessoas desconhecidas (perfis falsos) à semelhança das arguidas.

1.19. De harmonia com o disposto no artigo 403.º, n.º 2 do Código de Processo Penal, “Ao relatório segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que servira para formar a convicção do tribunal.”

1.20. O ACÓRDÃO recorrido limitou-se a enumerar os meios de provas utilizados, sem explicar o processo de convicção do tribunal, sem examinar criticamente a prova produzida, em sede da audiência de discussão e julgamento. É de realçar que as provas (vídeos e imagens) foram superficialmente exibidas, à pressa e sem som. Nas imagens do vídeo, o arguido Rui apareceu pela única (sic!) onde aparentava-se a chorar, enquanto a suposta ofendida encontra-se a sorrir;

1.21. Dentre dezenas de imagens, nenhuma delas revelaram (sic!) que as ofendidas estavam a ser obrigadas a praticar actos sexuais, sem consentimento, uma vez que estavam a comportar-se com a maior naturalidade e passividade.

1.22. Não ficou provado que os perfis falsos eram utilizados pelos arguidos Rui e Flávio. É sabido que existem piratarías no uso da rede social facebook, pelos quais foram também ameaçados.

1.23. O Tribunal ficou com tamanhas dúvidas relativamente às ameaças contra o Rui e o Flávio: Foram ameaçados ou não? Porque o Tribunal considerou que as arguidas M. e a M. foram ameaçadas e os recorrentes não?

1.24. As qualificações jurídicas, subsumíveis aos factos supra, não fazem muito sentido, pois, não se coadunam com os factos constantes dos Autos. O colectivo dos Juízes do Tribunal “a quo” incorreu num erro na apreciação dos pressupostos de facto para a decisão. Pois a conduta dos arguidos relativamente aos crimes de agressão sexual, e agressão sexual com penetração, por meio de ameaça, violência, coacção, etc., por via de sistema informático (Facebook-Messenger), relativas ao domínio de cibercrime, são atípicos e violadoras do princípio do “nullum crimen sine lege”. Aliás, só a partir do dia 20 de Abril de 2017 é que tais factos, passaram a ser criminalizados, pois já estão tipificados na Lei n.º 8/IX/2017 de 20 de Março, relativas ao domínio do cibercrime e da recolha de provas em suporte electrónico, mas não se aplica aos factos cometidos antes da entrada em vigor da referida lei. Assim sendo, os factos constantes da acusação, objecto do processo, pela sua natureza e “modus operandi” (ameaças através da rede social facebook) não são susceptíveis de configurar crimes sexuais dos quais foram condenados, e confirmada sucessivamente pelo Tribunal de Relação de Sotavento e agora pelo Supremo Tribunal de Justiça, realizado por meio de violência, coacção, ameaça, fraude, colocação deliberada da vítima em situação de inconsciência ou impossibilidade de resistir ou de aproveitamento dessa mesma situação, tudo através da internet (facebook), sem que tenha havido uma norma adjectiva, ou seja a lei de cibercrime que os materializam, razão pelo qual não há crime sem lei (lei de cibercrime).

1.25. (...) a recolha de material e de provas que alegadamente existiam nos aparelhos e equipamentos, pertencentes aos familiares do Rui e Flávio, foram recolhidos pelos métodos e meios proibidos de obtenção de prova, tendo em conta que esses aparelhos e equipamentos foram visualizados antes da sua apresentação nas Autoridades Judiciárias competentes, o que é nulo ao abrigo do artigo 35.º n.º 8 da Constituição da República de Cabo Verde, conjugado com o artigo 178.º n.º 1 e 2/c, que é uma nulidade insanável nos termos do 151.º e do CPP, pois na Polícia Judiciária, os arguidos foram prometidos para revelar os códigos dos telemóveis, bem como dos computadores, sob a condição de deixarem-lhe ir embora.

1.26. O requerimento a pedir a prova pericial foi indeferido, sem qualquer fundamento plausível.

1.27. O Supremo Tribunal de Justiça não andou bem, ao confirmar a decisão de indeferimento de uma prova tão importante como esta, pelo que deve considerar nulo o despacho que indefere o requerimento constantes dos autos.

1.28. O arguido, ora recorrente, é portador de doença crónica grave, o que implica estar sempre acompanhado do médico. Em Cabo Verde, como é sabido, os estabelecimentos prisionais/penitenciários, não possuem condições materiais e humanos, dignos e apropriados para estes tipos de reclusos, que sempre requerem cuidados especiais e urgentes. Veja que mesmo no dia em que ocorreu a audiência de discussão e julgamento o arguido estava quase a desmaiar.

1.29. Não existe Hospitais prisionais, para receber os reclusos, portadores de doenças graves, daí que há uma enorme dificuldade na execução da referida pena de prisão.

1.30. Ora, ao abrigo do disposto no artigo 59.º do CP: “O tribunal poderá sempre decidir colocar em regime de liberdade condicional os condenados que, na altura em que tiverem cumprido metade de pena, tenham já completado a idade de setenta anos, ou que estejam afectados por doença grave e incurável, devidamente comprovada por entidade médico”.

1.31. Ora, no caso do arguido, ora recorrente FLÁVIO, padece de uma doença grave no crânio, pois, possui um quisto aracnídeo, precisando-se, assim de ir constantemente ao médico.

1.32. Assim entendemos que a execução efectiva de pena, deve por imperativo legal e constitucional, ser suspensa e/ou substituída por uma outra que a coadune e que vai de encontro com os fins da pena, sem prejuízo de por em causa a salvaguarda dos seus direitos fundamentais supra expostas, ou simplesmente não manter a pena de prisão.»

1.33. Os arguidos terminaram a sua petição formulando os seguintes pedidos:

“Por todo o exposto e sem mais delongas, sempre com o mui douto suprimento de Vossas Excelências, e em conformidade com a Lei aplicável e a Constituição da República, norma superior e vinculante, deve o Tribunal Constitucional, guardião das liberdades,

*considerar nulo o citado Acórdão n.º 34/19, proferido nos Autos de Recurso Crime n.º 05/2019 em que são recorrentes, Rui Filipe Alves e Flávio Alves e Recorrido o Supremo Tribunal de Justiça, por violação do (1) **direito à presunção da inocência dos arguidos, na veste do princípio do in dubio pro reo**, (2) o direito a um devido processo legal, (3) o **princípio da igualdade de tratamento, da interpretação e da justiça**, (4) o direito da audiência, (5) o **princípio do contraditório** e seu exercício, (6) o **princípio do nullum crimem sine lege**, (7) o **direito da defesa dos arguidos**, (8) o direito à dignidade da pessoa humana, e (9) os direitos fundamentais do acesso à justiça, dos arguidos, ora recorrentes estando assim recheado de vícios e contradições jurídicas insanáveis, e manifesta inconstitucionalidade, como já se provou abundantemente, determinando, pois, em coerência, **a imediata absolvição do arguido**, como manda, aliás, o mais elementar princípio da Justiça, concedendo definitivamente amparo constitucional aos arguidos, ora recorrentes.”*

2. Cumprindo o estabelecido no artigo 12.º da Lei do Amparo, foram os autos com vista inicial ao Ministério Público para emitir o Parecer sobre a admissibilidade do recurso. Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República emitiu o douto Parecer constante de fls. 264 a 265 dos presentes autos, tendo feito eloquentes considerações e, em síntese, formulado as seguintes conclusões:

“(…) Decorre da norma do artigo 8.º da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro – Lei do amparo, que o recorrente deve indicar com clareza não só os direitos, liberdades e garantias que julga terem sido violadas, com expressa menção das normas e princípios jurídico-constitucionais que entende terem sido violados, expondo resumidamente razões de facto e de direito que fundamentam a petição, formulando conclusões e, terminando, com um pedido de amparo constitucional na qual indica o amparo que entende dever ser-lhe concedido.

Não obstante a extensão da petição, facilmente se alcança que, não se trata de uma petição modelar, e que a referida exigência legal não se encontra satisfeita pelos recorrentes.

O mesmo se deve dizer da exigência que decorre da alínea c) do n.º 1 do artigo 3.º “A violação tenha sido expressa e formalmente invocada no processo logo que o ofendido dela tenha tido conhecimento e que tenha requerido a sua reparação”.

Trata-se de pressuposto importante, inobstante, tem sido, olímpicamente, olvidado.

*Destarte, ressalvadas as observações acima mencionadas, não se verifica **qualquer motivo impeditivo de admissibilidade do presente recurso de amparo.***”

3. O Plenário desta Corte Constitucional, por Acórdão n.º 32/2019, de 10 de outubro, votado por unanimidade, ordenou que os recorrentes fossem notificados para, querendo, e no prazo de dois dias, sob pena de rejeição do recurso:

a) Indicar com precisão as condutas que emergem do acórdão recorrido e que impugnam junto a esta Corte;

b) Estabelecer a correspondência entre as diferentes condutas, os respectivos direitos, liberdades ou garantias fundamentais que julgam terem sido violados e os amparos que entendem que lhes devem ser concedidos em relação a cada uma delas;

c) Expor resumidamente as razões de facto e de direito que fundamentam a petição;

d) Formular conclusões de acordo com o que determina a alínea e) do n.º do artigo 8.º da Lei do Amparo.

4. Conforme o termo de notificação constante a fls. 282 dos autos, os recorrentes foram notificados desse Acórdão no dia 16 de outubro de 2019, tendo, no dia 18 do mesmo mês e ano, apresentado a peça processual junta de fls. 283 a 307, que será apreciada mais adiante.

5. Sujeito a julgamento de admissibilidade, o Recurso de Amparo foi admitido através do Acórdão n.º 42/2019, de 19 de dezembro, publicado no B.O. n.º 6, I Série, de 14 de janeiro de 2020, tendo o Tribunal determinado que o recurso é restrito ao *direito à presunção da inocência do arguido, ao princípio da igualdade de tratamento, na dimensão da proibição de discriminação em razão do sexo e ao princípio da legalidade penal ou nullum crimen sine lege.*

6. Atribuído o processo, por sorteio, ao JC Relator Aristides R. Lima, este, por despacho de 02 de janeiro de 2020, notificou a entidade requerida para responder, querendo, nos termos do n.º 2 do artigo 18º da LRAHD, tendo, entretanto, esta alta entidade optado por não se pronunciar.

7. A 21 de maio de 2020 seguiram os autos com vista final ao Ministério Público. A 25 do mesmo mês, Sua Excelência o Procurador-Geral da República emitiu duto Parecer no qual conclui, em substância, o seguinte:

- a) Não se vislumbra que tenha sido violado o princípio da presunção da inocência;
- b) Não existem quaisquer indícios de violação do princípio da igualdade de tratamento na dimensão de discriminação em razão do sexo;
- c) Não subsistem quaisquer sinais de violação do princípio da legalidade penal.

II. Fundamentação

1. Apresentados os argumentos dos recorrentes cumpre passar à apreciação das questões colocadas, movendo-se as mesmas no âmbito daquilo que foi globalmente recortado pelo Tribunal como objeto do escrutínio. Efetivamente, o Tribunal, como se viu anteriormente, admitiu o recurso de amparo constitucional restrito às alegadas violações do direito à presunção da inocência do arguido, ao princípio da igualdade e ao princípio da legalidade penal. Sendo assim, as questões a serem escrutinadas são as seguintes:

- A. Será que o Supremo Tribunal de Justiça ao confirmar o Acórdão do Tribunal de Relação de Sotavento, violou o princípio da presunção da inocência na dimensão do *in dubio pro reo*, quando os recorrentes, por via de recurso, alegadamente suscitaram a questão de que durante a fase de produção de provas na audiência de discussão e julgamento os factos não ficaram bem esclarecidos e houve uma grande dúvida, relativamente à imputação subjetiva dos factos» por que afinal foram condenados?
- B. Será que o Supremo Tribunal de Justiça ao não considerar as alegações dos arguidos no sentido de terem sido alvos de ameaças tal como as ofendidas, M. e M., violou o direito a não ser discriminado em virtude do sexo, quando confirmou a decisão do Tribunal de Relação que deu razão ao Acórdão da 1ª instância que absolveu as ofendidas e condenou os arguidos recorrentes?

- C. Será que o Supremo Tribunal de Justiça violou as garantias constitucionais da legalidade penal e da legalidade processual ao sufragar a utilização de meios de obtenção de provas regulados por lei posterior?
- 1.1. Os recorrentes pretendem de facto que o Supremo Tribunal de Justiça ao confirmar o Acórdão do Tribunal de Relação, violou o princípio da presunção da inocência na dimensão do *in dubio pro reo*, quando eles, por via de recurso, alegadamente suscitaram a questão de que « *durante a fase de produção de provas na audiência de discussão e julgamento os factos não ficaram bem esclarecidos e houve uma grande dúvida, relativamente à imputação subjectiva dos factos* » por que afinal foram condenados.
- 1.2. Recorda-se que os recorrentes foram condenados em virtude da prática de vários crimes de agressão sexual com penetração continuada, previstos e punidos no artigo 143º, em conjugação com o artigo 34º do CP, de crimes de coacção (nº 1 do artigo 137º do CP), bem como de crimes de gravações, fotografias e filmes ilícitos (nº 2 do artigo 184º do CP). Considerando que os argumentos dos recorrentes no sentido da dúvida quanto à prática dos crimes parecem reportar-se essencialmente ao crime de agressão sexual com penetração, impõe-se considerar o conceito legal de agressão sexual, por um lado, e, por outro, a forma como o legislador recortou o tipo de crime referenciado. Com efeito, o Código Penal vigente engloba os crimes sexuais no capítulo IV do Título I, relativo a crimes contra pessoas. Neste capítulo, o legislador começa por definir ato sexual, agressão sexual e penetração sexual, para depois definir os tipos de agressão sexual (artigo 142º) e agressão sexual com penetração (143º). Por agressão sexual entende o legislador do Código Penal o seguinte: «Todo o ato sexual realizado por meio de violência, **coacção**, **ameaça**, fraude, colocação deliberada da vítima em situação de inconsciência ou impossibilidade de resistir ou de aproveitamento dessa mesma situação». Quando ao tipo constitutivo do crime de agressão sexual com penetração, ele é definido pelo legislador literalmente da seguinte forma: «1. *Quem, pelos meios de agressão sexual, efetuar penetração sexual noutra pessoa, ou ainda, pelos mesmos meios, a constranger a sofrer penetração por terceiro, será*

punido com pena de prisão de 4 a 10 anos. Se a vítima for menor de 14 anos, a pena será de prisão de 6 a 14 anos».

1.3. Para por em causa a imputação subjetiva que lhes foi feita dos factos objetivos eles utilizam vários argumentos : em primeiro lugar, o argumento da *fragilidade das provas*, em segundo lugar, o argumento da *dúvida relativamente aos crimes*, em terceiro lugar, a ideia de um alegado *desconhecimento sobre quem estaria por detrás dos perfis falsos* utilizados na internet (Facebook e Messenger) para ameaçar as ofendidas, finalmente o argumento de que o Supremo Tribunal de Justiça não teria tomado em consideração o facto de eles terem sido também ameaçados para a prática dos crimes dados como provados.

1.3.1. Assim, no que diz respeito à alegada *fragilidade da prova*, os recorrentes afirmam que «as provas revelam-se frágeis e descabidas...». Também, segundo eles, as imagens «não revelaram que as ofendidas estavam a ser obrigadas a praticar atos sexuais, sem consentimento, uma vez que estavam a comportar-se com a maior naturalidade e passividade». Para eles, «não ficou provado que os perfis falsos eram utilizados pelos arguidos Rui e Flávio». Ora, deste modo, nota-se que pretendiam negar a verificação dos pressupostos da coacção e da ameaça deles sobre as ofendidas.

1.3.2. Quanto à alegada *dúvida*, os recorrentes, reclamando para si a sujeição a uma espécie de força irresistível, isto é a uma ameaça, sustentam literalmente que «há uma enorme dúvida, relativamente aos crimes, que impunha **TAMBÉM** a absolvição dos arguidos em relação a estes crimes, uma vez que não estavam a praticá-los de forma consciente, livre e deliberadamente». Aqui eles reconhecem a prática dos factos, mas negam tê-los praticado de forma consciente e livre.

1.3.3. Seguidamente, os recorrentes criticam a atitude do tribunal em dar crédito às declarações das ofendidas sobre os factos, dizendo que «Por outro lado, é in comportável que se dê como provados os depoimentos das testemunhas/ofendidas em relação aos factostendo em conta que os

arguidos negaram tê-los praticado de forma livre consciente e deliberada. Pois ...os mesmos foram ameaçados também por pessoas desconhecidas (perfis falsos) à semelhança das arguidas».

- 1.3.4. Finalmente, os recorrentes argumentam que não obstante as provas terem sido «frágeis e descabidas», elas não mereceram a atenção e o reparo do Supremo Tribunal de Justiça (cfr. ponto I/3 da petição do RA).
- 1.4. Será que terá havido uma dúvida em relação à culpabilidade dos réus para se puder falar em violação do princípio do *in dubio pro reo* e, por conseguinte, do princípio da presunção da inocência?
- 1.5. Antes de analisarmos diretamente a questão, faz sentido reproduzir quer a perspetiva do Supremo Tribunal Justiça, quer a do Ministério Público, enquanto titular da ação penal e defensor da legalidade democrática, mas também dos direitos dos cidadãos. Confrontada com a questão da alegada dúvida sobre a culpabilidade dos condenados na primeira instância, quando consideraram no recurso para o STJ que a prova contida nos autos e produzida em sede de audiência de discussão e julgamento era manifestamente insuficiente para que o tribunal pudesse extrair as conclusões sobre a matéria de facto que efectivamente tirou, essa Suprema Corte chamou a atenção para a circunstância de os recorrentes estarem « a confundir a insuficiência de prova para a decisão de facto tomada, que releva da livre apreciação da prova, e por isso está subtraída aos poderes de cognição do STJ , enquanto questão de facto, com a insuficiência da matéria de facto provada para a decisão de direito proferida e que integra o vício previsto no artigo 442º, nº 2, alínea a) que, para além do mais, deve resultar do texto da decisão recorrida, o que no caso não ocorre, porquanto é manifesto que os factos provados autorizam a solução de direito encontrada».
- 1.6. No seu douto Parecer, emitido após a vista final, Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República sustentou o seguinte: « *Tendo os arguidos sido acusados, submetidos a julgamento e condenados em primeira instância com o cumprimento de todo o rito imposto pelo processo penal em vigor,*

nomeadamente a devida salvaguarda do direito de audiência e contraditório e recurso, não se vislumbra de que forma tenha sido ofendido o princípio de presunção de inocência dos mesmos. Aliás, os recorrentes não lograram indicar os fundamentos da violação do princípio da presunção de inocência nem relativamente à decisão da primeira instância, nem da confirmação da condenação em segunda instância, e muito menos na decisão do recurso de revista (do STJ), que é objeto do presente recurso de amparo constitucional. Aliás, não é conjeturável que uma decisão de recurso de revista, exclusivamente sobre a matéria de direito e restrita ao objeto suscitado, possa ofender a presunção de inocência que reporta, primacialmente, ao julgamento da matéria de facto».

- 1.7. Vistas estas posições, importa agora considerar o que vem a ser a presunção da inocência enquanto direito fundamental e qual a sua relação com o princípio *in dubio pro reo*. Este Tribunal debruçou-se com frequência sobre esta garantia constitucional, designadamente nos Acórdãos n.ºs 29/2017, de 5 de setembro (*Ovídio de Pina v. STJ*); 6/2018, de 22 de março (*Adilson Danielson v. STJ*); 13/2018, de 7 de junho (*Manuel Fonseca v. STJ*); 20/2018, de 16 de outubro (*Uchechukwu Vitus Ezeonwu e Chijioke Duru v. STJ*). No Acórdão n.º 29/2017, de 5 de setembro, esta Corte tinha assinalado que a presunção da inocência é uma «garantia do direito à liberdade que emerge da dignidade da pessoa humana», tendo de seguida realçado os seus aspetos constitutivos: «a) a presunção da inocência exige que a prova de culpabilidade de um indivíduo seja feita por quem acusa e pelo tribunal; b) Havendo dúvida razoável sobre quaisquer factos relativos à infracção 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». No mesmo Acórdão aludido acima se afirmou que esse princípio opera a sua eficácia num duplo plano. Em primeiro lugar, ao incidir nos atos extra-processuais, constituindo o direito a receber a consideração e o tratamento de não autor ou participante em feitos de carácter delitual; em segundo lugar, ao projetar a sua virtualidade, fundamentalmente, no âmbito processual com

influxo decisivo no regime jurídico da prova¹. Em relação a este último aspeto, o jurista espanhol, **Joan Picó I Junoy** considera que «*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*», devendo as provas ser também legítimas do ponto de vista constitucional².

No plano processual, o princípio da presunção da inocência começa com a abertura do processo de instrução logo a partir do momento em que se confirme a suspeita sobre uma determinada pessoa e cessa quando se tenha provado a sua culpabilidade, desde que a decisão tenha transitado em julgado. Assim, essa presunção da inocência aplica-se igualmente na fase de recurso, mesmo quando tenha havido na primeira instância uma decisão condenatória³.

- 1.8. O princípio *in dubio pro reo* é considerado uma dimensão do princípio da presunção da inocência. Na sua dimensão subjetiva é uma garantia da liberdade, enquanto na sua veste objetiva ele corresponde a uma obrigação dirigida ao juiz para este se pronunciar favoravelmente ao réu, quando não tiver certeza sobre os factos decisivos para a solução de uma causa⁴. Por aí se vê que o princípio *in dubio pro reo* pertence ao momento da valoração da prova, isto é aplica-se quando, havendo prova, subsiste, todavia, uma dúvida racional sobre a verificação dos elementos objetivos e subjetivos que integram um determinado tipo constitutivo de crime⁵.

¹ Nesse sentido, **Joan Picó I Junoy**: *Las garantías Constitucionales del Proceso*, Barcelona, 1997, p. 155, citado por **Magaly Perretti Parada**: *El Derecho a la Defensa. Derechos Humanos Y Defensa. Visión Constitucional y Procesal*, Caracas, 2004, p. 51.

² Ibidem.

³ Para uma perspetiva europeia, cfr. **Anna Wanitsckek** : *Die Grundrechtecharta der Europäischen Union im Strafverfahren*, Wiesbaden 2018, p. 16 e seg.

⁴ Neste sentido, **J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira**: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª edição, Coimbra, 2007, p. 519.

⁵ Cfr. **Magaly Perretti Parada**, ob. cit., p. 53.

- 1.9. No Acórdão nº 6/2018, de 22 de março (*Adilson Danielson v. STJ*) a Corte Constitucional elaborou com detalhe sobre o princípio, tendo assentado referências importantes não só quanto ao conteúdo do princípio da presunção da inocência na sua dimensão do *in dubio pro reo*, mas também no que diz respeito à sua sindicabilidade pela jurisdição constitucional. “, *Quando se diz que “todo o arguido presume-se inocente” está-se a sustentar que todo o arguido tem o direito a ser presumido inocente até que venha a ser julgado e condenado com decisão transitada em julgado. (...). Por conseguinte, está-se perante uma verdadeira garantia fundamental intimamente associada à liberdade sobre o corpo, a qual pode ser objeto de proteção por meio de recurso de amparo. Dela emerge uma posição jurídica subjetiva de acordo com a qual havendo dúvida sobre a culpa do arguido – uma base que poderia legitimar a privação da sua liberdade –, dever-se-á decidir em seu benefício*”. No que diz respeito à base do escrutínio, no Acórdão nº 13/2018, de 7 de junho (*Manuel Fonseca v. STJ*) remeteu-se para o aresto *Adilson Danielson v. STJ*, anteriormente citado, no qual se adotou o entendimento de que “*O Tribunal Constitucional rejeita qualquer perspetiva com base na qual a determinação da dúvida, que constitui pressuposto de decisão favorável ao arguido, seja uma questão meramente subjetiva que, dependa, ao abrigo do princípio processual penal da livre apreciação da prova, exclusivamente de critérios interiores do próprio juiz, de onde resultaria uma consequência de insindicabilidade. Na verdade, como qualquer princípio e posição jurídica dele emergente, como entendemos ser o in dubio pro reo, este também integra elementos racionais e se ainda não é possível aceder à mente individual para se determinar a dúvida, isso é secundário porque os primeiros, até certo ponto, estão ao alcance do avaliador neutro, a partir de critérios lógicos, e são suscetíveis de escrutínio dentro dos limites recortados adiante. O Tribunal não considera que se pode extrair do princípio da livre apreciação da prova algum elemento subjetivável, ainda que, naturalmente, o seu percurso histórico denote que também o justificam preocupações com a posição jurídica do arguido, afastando-se qualquer noção pré-constituída e hierarquizada das provas como era usual fazer-se até ao século XIX. Mas, essencialmente, se deve à afirmação de uma garantia de liberdade do julgador que também se relaciona à sua independência e porque se considera*

que o interesse público exige uma avaliação caso a caso de cada situação, com uma apreciação não constrangida das evidências apresentadas pelo acusador para provar a culpa do arguido em que o julgador pode usar a sua experiência, a sua prudência e o seu acesso imediato às mesmas para tirar as suas próprias conclusões e formar a sua convicção a respeito da culpa. Porém, se tal espaço se garante ao mesmo, ele não cria propriamente um território de arbitrariedade, insuscetível de valoração externa. Outrossim, criam-se mecanismos de controlo que passam primeiro pela obrigação de fundamentação da decisão judicial que se impõe de forma taxativa, firme e sempre com maior incidência quando esteja em jogo a possibilidade do exercício do chamado jus puniendi do Estado e a consequente afetação da liberdade natural das pessoas. Neste âmbito, o julgador demonstra a racionalidade e a razoabilidade do processo mental que utilizou para a formação da sua convicção à luz das provas que foram produzidas e a partir das quais determina a culpa de um arguido (...). A racionalidade se expressa dentro da moldura na qual a sua decisão se sustenta, no sentido de ser possível que não se tenha suscitado qualquer dúvida, mas já não fora da mesma, pois perante os elementos apresentados haveria no olhar de qualquer observador externo especializado um efeito de incerteza que determinaria o recurso ao princípio do in dubio pro reo. Sustentar o contrário seria, no fundo, esvaziar de qualquer normatividade o direito à presunção da inocência porque caberia, em exclusivo, ao próprio aplicador da lei determinar arbitrariamente o âmbito do direito, liberdade e garantia no caso concreto, sem que fosse possível qualquer escrutínio ancorado em critérios externos e gerais. E isto, naturalmente, contraria a Constituição, não só porque pode levar à violação de direitos, pois, em concreto, debilita-os acentuadamente, como até ultrapassa a margem de discricionariedade que se concede aos mesmos, atendendo que se o julgador deve julgar de acordo com a sua consciência, é conforme a sua consciência dentro da lei, por isto precede esta palavra em relação à outra na construção do artigo 222º da Lei Fundamental” (...).

Portanto, tendo - se assentado tal interpretação, esta Corte, seguindo o mesmo entendimento firmado, reiterou que “Em tal contexto, cabe ao Tribunal Constitucional

fazer avaliação tendente a concessão de amparo por violação de direito, liberdade e garantia. Contudo deve, por um lado, ficar claro, até pela porosidade do direito em que se ancora em parte o pedido, que não cabe a esta Corte servir de órgão recursal das decisões tomadas pelos órgãos judiciais, nomeadamente pelo Supremo Tribunal de Justiça, em matéria de aplicação do direito ordinário que não tenha qualquer conexão diretamente constitucional, nem se presta a ou pode fazer a revista plena no que diz respeito à apreciação das provas que serve de mote a este recurso. Portanto, se a abordagem de um órgão superior da justiça comum se destina a indagar e responder se perante os factos apurados e provados e o direito aplicável foi tomada a melhor decisão, a esta Corte só se permite, de modo limitado e numa dimensão negativa, verificar se nesse processo chegou-se a decisão que não se pode justificar à luz do in dubio pro reo».

1.10. O princípio da presunção da inocência está previsto no nº 1 do artigo 35º da Constituição, que dispõe o seguinte: *«Todo o arguido presume-se inocente até ao trânsito em julgado da sentença condenatória, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.»* Este mesmo princípio, na perspetiva jus-internacional, foi acolhido também pelo ordenamento jurídico pátrio, a partir da vinculação internacional de Cabo Verde ao Pacto sobre os Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas e à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Com efeito, o primeiro destes instrumentos jurídico-internacionais dispõe no seu nº 1 do artigo 11º, que *«toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas»*. Já a Carta Africana determina na sua alínea b) do nº 1 do artigo 7º que *«toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja apreciada. Esse direito compreende o direito de presunção da inocência até que a sua culpabilidade seja estabelecida por um tribunal competente»*.

1.11. A questão que agora se coloca é se existiu e persistiu alguma dúvida racional sobre a verificação dos elementos objetivos e subjetivos que levaram o Tribunal de instância a condenar os arguidos nos crimes de agressão sexual

com penetração continuada, de coacção e de crimes de gravações, fotografias e filmes ilícitos.

1.12. Ora, consultando o Acórdão do segundo Juízo Crime pode-se concluir que o Tribunal se baseou numa análise rigorosa sustentada no trabalho prévio de instrução e na produção de provas em sede da audiência de discussão e julgamento, em que participaram os arguidos e seus defensores, para determinar o preenchimento dos pressupostos objetivos e subjetivos dos crimes por que os arguidos foram condenados. Assim, ao dar como assentes os factos, o Tribunal sustentou nos pontos 147 e 148 o seguinte:

- Os arguidos exerciam sobre as suas vítimas uma ação violenta, intimidatória e constrangedora, visando obter vantagens em dinheiro e favores sexuais»;
- «Agiram os arguidos Rui e Flávio de forma livre, deliberada e consciente, bem sabendo que as suas condutas eram proibidas e punidas pelo direito».

Depois de proceder a uma análise quanto ao preenchimento dos pressupostos objetivos e subjetivos do crime de agressão sexual com penetração no Acórdão, a páginas 741 dos autos, o coletivo do Tribunal de instância assentou o seguinte: *«...podemos concluir que os arguidos cometeram um crime de agressão sexual com penetração. Olhando para os factos dados como provados nos números cinco a cento e quarenta e quatro somos levados a extrair tal conclusão. Pois, o arguido Rui, através de perfis falsos, aliciava as ofendidas, para de seguida as ameaçar, obrigando-as a enviar fotografias nuas de corpo, para de seguida manterem relações sexuais de cópula completa. Outrossim, o arguido Flávio, apesar de não ter criado nenhum perfil falso, todavia manteve relação sexual de cópula vaginal e oral com as ofendidas».*

Mais adiante, o Tribunal, olhando para o «tipo subjetivo», pontualizou que *«os arguidos atuaram com dolo direto, pois dos factos dados como provados pode-se extrair que agiram com o único e exclusivo propósito de manter relações sexuais*

com as ofendidas» (fls. 742 dos autos). Da mesma forma, o Tribunal de 1ª instância conclui pela existência dos crimes de coação e de crimes de gravações, fotografias e filmes ilícitos e pela sua imputação subjetiva aos arguidos (fls. 745 e 746).

Face a esta evidência não parecem muito consistentes os argumentos antes referidos de fragilidade das provas, nem tampouco a suscitação da ideia de que no Acórdão haveria uma dúvida a pairar em relação à verificação dos pressupostos objetivos e subjetivos dos crimes por que os ora recorrentes de amparo constitucional foram condenados, designadamente os crimes de agressão sexual com penetração continuada, de coacção e de crimes de gravações, fotografias e filmes ilícitos. Também parece cair por terra a ideia de um alegado *desconhecimento sobre quem estaria por detrás dos perfis falsos* utilizados na internet (Facebook e Messenger) para ameaçar as ofendidas, não obstante o Tribunal ter considerado como não provado que «os co-arguidos ... recorreram ao mesmo esquema ardiloso que consistiu «na criação de contas/perfis fictícios na rede social Facebook com o propósito da prática de fazer as ofendidas, devidamente identificadas, prostituírem em troca de dinheiro e favores sexuais» (fls. 721 dos autos).

Finalmente, o argumento de que o Supremo Tribunal de Justiça não teria tomado em consideração o facto de eles terem sido também ameaçados para a prática dos crimes dados como provados também não colhe, a partir do momento em que se deu por provada a coação dos arguidos sobre as ofendidas.

- 1.13. Os recorrentes sustentam que «por os factos não «ficarem bem esclarecidos, é de convocar o princípio *in dubio pro reo*, uma vez que as provas se revelam particularmente frágeis e descabidas, concluindo daí que deviam ser absolvidos com base neste princípio. Ora, acabámos de ver que o Tribunal de instância pelos dados constantes dos autos não parece ter tido qualquer dúvida quanto aos factos dados por provados, nem tampouco quanto à sua valoração jurídica. Assim, como não se está perante qualquer dúvida do Tribunal, não faz sentido falar-se aqui em violação do princípio *in dubio pro reo*.

- 1.14. De resto, sobre isso elaborou doutamente o Supremo Tribunal de Justiça ao afastar-se de uma obrigação de se pronunciar sobre a matéria tendo em conta a repartição de competências entre ele, enquanto tribunal de revista, e os tribunais de 1ª instância e de Relação que julgaram em matéria de facto e de direito, como lhes é próprio. Segundo o STJ, ao invocarem o princípio *in dubio pro reo*, os recorrentes pretendem que o Supremo se pronuncie sobre a matéria de facto, pois como se sabe, o princípio *in dubio pro reo* releva da prova dos factos imputados ao arguido, na linha, aliás, do que se referiu acima quando se situou esse princípio-garantia como pertencendo, processualmente, «*ao momento de valoração probatória*». Entende, e bem, esta instância que, neste caso concreto, não estaria obrigada a escrutinar a matéria de facto. No entanto, o STJ não contesta a possibilidade teórica de, na linha de modernas correntes de pensamento jurídico, e diga-se de passagem, também daquilo que vem defendendo esta Corte Constitucional, sindicar a aplicação do princípio pelas instâncias. Mas, esta prestigiada Corte Suprema do País entende, mirando o caso concreto, que seria «*necessário que tal resulte do texto da decisão recorrida, à semelhança dos vícios do art. 442º do CPP, que o Tribunal recorrido... , tendo ficado na dúvida sobre a prova de determinado facto, ainda assim decidiu em sentido desfavorável ao arguido, o que, no caso em análise, não ocorreu*».
- 1.15. Além disso, de um ponto de vista objetivo, uma análise externa permitiria, nos termos do controlo lasso negativo usado por este Tribunal, concluir que é inequívoco que a decisão que foi adotada quanto à determinação da culpa dos recorrentes se afigura perfeitamente passível de ser justificada, não se podendo inferir quaisquer elementos que a tornassem objetivamente arbitrária, irracional, ilógica ou contraditória. Registam-se nos autos mais de dezena de declarações e depoimentos em sentido estruturalmente similar não só de coarguidas e de ofendidas, mas também de terceiros.
- 1.16. Por tudo isso, entende o Tribunal Constitucional que não houve qualquer violação do princípio da presunção da inocência na sua dimensão do *in dubio pro reo*.

2. A segunda questão tem a ver com o seguinte: Será que o distinto Supremo Tribunal de Justiça ao não considerar as alegações dos arguidos no sentido de terem sido alvos de ameaças tal como as ofendidas, M. e M. violou a garantia da não discriminação em virtude do sexo, quando, por via de recurso de revista, deu razão ao Acórdão do Tribunal de Relação que confirmou a decisão da 1ª instância que absolveu as ofendidas e condenou os arguidos recorrentes?

2.1. Como vem referenciado no Relatório do Acórdão nº 42/2019, na petição de Recurso de Amparo constitucional, os recorrentes sustentaram perante o Tribunal Constitucional que *«as razões que nortearam a absolvição das co-arguidas M. e M. , deveriam também ser as mesmas para a absolvição dos arguidos Rui e Flávio, mas por razão de sexo, aquelas ficaram beneficiadas relativamente aos recorrentes. É que a M. e a M. , bem como os recorrentes, Rui e Flávio, recebiam ameaças mesmo no momento em que estiveram juntos. Mas quem administrava esses perfis? Igualmente consta dos autos, que a M. e a M. angariavam os clientes e levavam para fazer sexo com o Rui e Flávio e igualmente com estranhos, e que inclusive elas as arguidas costumavam esbofetear e ameaçar as ofendidas dos Autos, para aceitarem os seus pedidos. Só porque disseram que elas foram ameaçadas a fazer isso, ficaram absolvidas. O mesmo argumento não serviu aos arguidos Rui e Flávio. Por que razão?»* .

2.2. Nota-se que desta argumentação prevista na petição do Recurso de Amparo Constitucional e reproduzida no Relatório do Acórdão de Admissibilidade, pode-se eventualmente retirar uma alusão a um tratamento desigual do Tribunal ao absolver as ofendidas por todos os crimes por que vinham acusadas e condenar os recorrentes, embora na perspetiva dos recorrentes também eles tivessem sido ameaçados.

2.3. No recurso do Acórdão da Relação para o STJ, eles também fazem referência por várias vezes à questão da ameaça sem que tivessem contudo articulado que se tratava de uma discriminação em razão do sexo. Na pág. 6 do seu articulado argumentam que *«os arguidos Rui e Flávio foram também*

ameaçados, à semelhança das arguidas M. e M. , mas não foram atendidos os depoimentos daqueles, no sentido da sua absolvição». Em sede das conclusões repetem o mesmo argumento de que, tal como as ofendidas, foram alvos de ameaças para praticarem os factos de que vinham acusados. Mas, aqui não se referiram a uma pretensa discriminação em razão do sexo.

2.4. Colocado perante a questão da violação do princípio da igualdade o Supremo Tribunal de Justiça, este não se pronunciou sobre o assunto diretamente. Todavia, quando se discutia o enquadramento jurídico dos factos, esta suprema instância judicial entendeu pontualizar o seguinte: *«Também não restam dúvidas de que as vítimas praticaram relações sexuais com os arguidos por terem sido ameaçadas pelos mesmos, através dos perfis falsos que criaram para o efeito».* Tal significa que o Supremo Tribunal de Justiça considerou que estava fora de questão que as ofendidas, M. e M. foram destinatárias das ameaças dos arguidos Rui Filipe Alves e Flávio Augusto Alves.

2.5. Por seu lado, Sua Excelência o Procurador-Geral da República entendeu que não parece que sobram *«quaisquer indícios de que a diferença no sentido da decisão em relação às co-arguidas tanja, de algum modo sequer, uma discriminação em razão do sexo»*, violando destarte o princípio da igualdade previsto na Constituição. Isto, pelas seguintes razões que indica:

- a) Da leitura da decisão condenatória em 1ª instância, se constata que os arguidos foram condenados em alguns crimes e absolvidos em outros;
- b) Os fundamentos de facto da condenação dos arguidos e da sua absolvição não podiam ser, como aliás não foram, objeto do recurso de revista;
- c) A alegação em recurso de amparo de que duas das recorrentes foram absolvidas, por alegarem que foram ameaçadas, enquanto os recorrentes foram condenados, não parece fazer muito sentido, seja porque os recorrentes foram absolvidos de alguns crimes, seja porque

não identificam a identidade do objeto concreto de comparação da situação dos mesmos com a das co-arguidas absolvidas, seja ainda porque tal questão de alegada violação do princípio da igualdade, sequer consta do objeto do recurso de revista, que fixa o âmbito material do recurso de amparo».

- 2.6. Será que houve um tratamento desigual e por isso a violação do princípio da igualdade e do direito à não discriminação em razão do sexo? Antes de se responder a esta questão, convém relembrar a importância que a Constituição da República confere ao princípio da igualdade, tal qual foi, de resto tratado pelo Acórdão nº 7/2016, de 28 de Abril. Com efeito, nesse importante aresto do Tribunal Constitucional sublinhou-se o relevo multidimensional deste princípio como *princípio fundamental da República*, previsto em sede da I parte da Constituição, *como princípio geral do sistema de direitos fundamentais* e ainda como *princípio que se relaciona estreitamente com o princípio da dignidade da pessoa humana*. A dimensão do princípio da igualdade como princípio fundamental vem logo expressa no nº 2 do artigo 1º da Constituição, quando ele estatui que «*a República de Cabo Verde reconhece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de origem social ou situação económica, raça, sexo, religião, convicções políticas ou ideológicas e condição social*». O lugar central da igualdade como princípio do sistema de direitos fundamentais encontra-se plasmado no artigo 24º, inserto no título I (Princípios gerais) da Parte II da Constituição (Direitos e Deveres Fundamentais), que diz o seguinte : «*todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, ninguém podendo ser privilegiado, beneficiado ou prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de raça, sexo, ascendência, língua, origem, religião, condições sociais e económicas ou convicções políticas ou ideológicas*». Como se pode ver, a primeira parte deste preceito, vinca a ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º da Constituição, e o princípio da igualdade, na linha do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem. O direito à igualdade foi também recebido na ordem jurídica cabo-verdiana através da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Artigos 2º e 3º). O artigo 2º dispõe que «*toda a pessoa*

tem direito ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos e garantidos na presente Carta, sem nenhuma distinção , nomeadamente de raça, de etnia, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação».

- 2.7. O princípio da igualdade pode ser visto numa dimensão subjetiva ou objetiva. Na perspetiva subjetiva ele serve de fundamento a direitos fundamentais subjetivos, podendo estes serem direitos de defesa ou direitos de prestação. No sentido objetivo trata-se de uma imposição dirigida ao poder público, obrigando-o a tratar igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual⁶.
- 2.8. Outro aspeto importante a ressaltar aqui, e que é relevante para este caso concreto, é que o princípio da igualdade não apenas vincula o legislador, mas também a Administração e os órgãos do Poder Judicial nas suas decisões. No caso em apreço trata-se de uma questão que se coloca a nível de uma decisão judicial e não do legislador. Como se sabe, a dogmática do princípio da igualdade tem-se desenvolvido, no plano público, mais em torno das vulnerações ao princípio decorrentes da atividade do legislador democrático e da Administração, do que da atividade dos tribunais, enquanto «least dangerous branch of government», para utilizarmos a linguagem de Alexander Hamilton no Federalist Paper nº 78⁷.
- 2.9. A Constituição cabo-verdiana estabelece no artigo 24º não apenas o princípio geral da igualdade (« todos os cidadãos são iguais perante a lei»), mas também o princípio especial da igualdade entre o homem e a mulher ao especificar que não se pode privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar ninguém de qualquer direito ou isentá-lo de qualquer dever **por causa do seu sexo**. Ora, os

⁶ Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, in Patrícia Jerónimo/Rui Garrido/ Maria Ascensão do Vale Pereira (coords.) : *Comentário Lusófono à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, artigo 2º, p. 42.

⁷ Sobre a designação cfr. **Alexander Bickel**: *The Least Dangerous Branch*, Yale University, 2ª edição, 1986.

recorrentes pretendem que o Supremo Tribunal de Justiça tê-los-á discriminado em virtude do sexo, violando o princípio especial da igualdade perante a lei entre o homem e a mulher. Pode parecer um preciosismo, mas importa também esclarecer o que vem a ser o sexo enquanto um dos «factores proibitivos» ou «suspeitos» da discriminação. Ora, quando se proíbe a discriminação em razão do sexo, está-se a referir à qualidade de uma pessoa como homem ou mulher, sendo que, tradicionalmente, a diferenciação, neste caso, se faz segundo as características sexuais físicas das pessoas. Todavia, nos tempos que correm este tipo de diferenciação é suscetível de ser visto como uma simplificação inadmissível ou pelo menos discutível em face das formas de intersexualidade somática que a Ciência tem constatado e que podem confrontar as pessoas com situações de mudança de sexo⁸, como aquelas que levaram à ideia de um terceiro género que não seria nem homem nem mulher⁹, sendo que este Tribunal estará aberto a considerar estes desenvolvimentos no quadro da evolução da sua jurisprudência.

- 2.10. Na dogmática jurídico-constitucional o princípio da igualdade e da não discriminação surge como postulando a proibição do arbítrio. Segundo esta fórmula o princípio da igualdade estará violado quando não for possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento desigual feitos pela lei. Paralelamente, também se recorre à chamada «nova fórmula», segundo a qual se considera violado o enunciado da igualdade quando «um grupo de destinatários da norma é tratado de forma diferente, embora entre eles não existam diferenças de tal modo e peso que elas possam justificar um tratamento desigual». ¹⁰

⁸ Sobre este aspeto, cfr. **Klaus Stern**: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band IV/2 (*Die einzelnen Grundrechte*), Munique, 2011, p. 1629. Segundo este reputadíssimo constitucionalista germânico o § 1º do nº3 do artigo 3º da Constituição alemã deve ser extensivo «a formas somáticas de intersexualidade». Ora, este preceito citado dispõe que «Ninguém pode ser prejudicado ou beneficiado em razão do sexo, da ascendência, da raça, da língua, do lugar de nascimento ou proveniência, da crença, das concepções religiosas ou políticas».

⁹ A propósito o Acórdão do TCFA, 1 BvR2019/16, de 10 de Outubro de 2017, que, perante preceito semelhante ao do artigo 24º da Constituição cabo-verdiana, determina que o princípio da igualdade, previsto no primeiro § do nº 3 do artigo 3º da *Grundgesetz* «*protege também pessoas que de forma duradoura não se enquadram quer no sexo masculino, quer no sexo feminino face a discriminações em razão do seu sexo*»

¹⁰ Sobre a nova fórmula, cfr. **Joachim Englisch**, in **Stern/Becker** (Orgs.) *Grundrechte- Kommentar*, art. 3, nota de margem 11.

2.11. Este Tribunal Constitucional já abordou a questão do princípio da igualdade e do direito a não ser discriminado em diversas situações e diversos tipos de processos, designadamente no Parecer nº 1/2017, de 2 de maio, e nos seguintes Acórdãos: nº 7 / 2016, de 28 de abril (proferido em Processo de Fiscalização Abstrata Sucessiva da Constitucionalidade nº 8/2015, referente a impedimento de magistrado judicial aceder ao cargo de Vice-Presidente do CSMJ); Acórdão nº 24/2016, de 20 de outubro (proferido nos autos de Fiscalização Abstrata Sucessiva da Constitucionalidade, concernente à constitucionalidade de norma revogatória da Lei de Aprovação do Estatuto dos Magistrados do Ministério Público); Acórdão nº 7/2018, de 5 de abril (proferido nos autos de recurso contencioso de ato administrativo praticado pela Comissão Nacional das Eleições). Neste último aresto, este Tribunal remeteu para a discussão feita no âmbito do Acórdão nº 7/2016, de 28 de abril, em que, sem negar o recurso ao exame sobre a existência ou não do arbítrio, firmou entendimento significativo quanto ao escrutínio do princípio da igualdade e do direito à não discriminação, previstos na Constituição da República. Então, o Tribunal dividiu as modalidades de diferenciações possíveis a serem escrutinadas nas seguintes categorias: a) «discriminações suspeitas»; b) «diferenciações quase-suspeitas»; c) «diferenciações ordinárias»; e d) «diferenciações simples» que não se reportam a discriminações, postulando escrutínios diferenciados respetivamente: «escrutínio estrito», «escrutínio de intensidade média», «escrutínio de nível médio baixo» e finalmente um «juízo de mera razoabilidade e de racionalidade meio-fim». Dito isto, faz sentido reproduzir literalmente a linha de argumentação então seguida: *« Para as [diferenciações] que contemplarem discriminações suspeitas, as previstas pelo artigo 24º ou estruturalmente equivalentes, que dizem respeito a características não voluntárias e imutáveis da pessoa ou que se associam ontologicamente ao seu ser em razão de opção legítima, um escrutínio estrito, em que a inconstitucionalidade é presumida, o que somente pode ser ilidido por uma justificação tão forte do poder legislativo democrático que o Tribunal considere tratar-se de medida inevitável para a realização de um interesse público supremo ou a única forma de preservar direitos individuais dos próprios afetados. 2.12.2 As*

diferenciações quase-suspeitas, baseadas em características transitórias, mas de caráter identitário ou que tenham a ver com o livre desenvolvimento da sua personalidade, que vão sendo assumidas por um ser humano, em que a inconstitucionalidade é presumida, porém cujo tratamento diferenciado exige o contrapeso de interesses públicos fortes, mas menos perentórios do que os supremos como justificação ou a existência de outros direitos de menor importância, requerem a aplicação de um escrutínio de intensidade média, o suficiente para avaliar, além da natureza da diferenciação, o grau do interesse público justificante que foi apresentado pelo Estado. 2.12.3. Diferenciações ordinárias para contornar direitos ligados à igualdade, que acontecem com alguma frequência na vida social e económica e, que, destarte, exigem simplesmente a apresentação e a certificação pelo Tribunal de uma razão não arbitrária para o tratamento diferenciado, assente não em interesse público supremo ou forte, mas simplesmente relevante, e/ou na preservação de qualquer direito fundamental. Exige, pois, um escrutínio de nível médio-baixo. 2.12.4. Por fim, diferenciações simples, não relacionadas a discriminações, mas de tratamento diferenciado pela lei, (...) de mero efeito irradiador do princípio da igualdade pelo sistema, bastando justificação sobre a finalidade da medida, promovendo-se juízo de mera razoabilidade e de racionalidade meio-fim, com notória deferência à legítima vontade de conformação do que for feito pelo legislador democrático e cabendo a quem desafia a sua constitucionalidade demonstrar que a medida não é razoável ou que aquele propósito não é legítimo por inexistência de interesse público simples identificável. Ficaria, para estas situações, reservado um escrutínio de nível básico e fraco”.

- 2.12. Será que quando o STJ não considerou as alegadas ameaças de que os recorrentes se diziam alvo, cometeu uma violação da igualdade em razão do sexo? A verdade é que não nos parece fazer sentido a alegação de que houve discriminação em razão do sexo, pois aqui o que releva não é tanto o facto de, de um lado, termos homens e do outro mulheres, que são iguais perante a lei, mas sim o facto de no mesmo processo se encontrarem pessoas que foram acusados de diversos crimes. Com efeito, de um lado, temos os dois recorrentes que foram acusados de um leque muito mais amplo de crimes entre

os quais crimes de agressão sexual com penetração continuada, crimes de coação, bem como crimes de gravações, fotografias e filmes ilícitos, e que foram confirmados pelo Tribunal de Relação de Santiago e pelo Supremo Tribunal de Justiça, por via de recurso, e do outro lado, as ofendidas M. e M. que foram acusadas de alguns crimes em co-autoria com os 2 recorrentes, designadamente, os crimes de associação criminosa, lenocínio, tortura, gravações, fotografias e filmes ilícitos, ameaça, coacção e chantagem, tendo as ofendidas sido absolvidas destes crimes. Ao mesmo tempo, o arguido Rui Alves foi absolvido de três crimes de agressão sexual, de doze crimes de ameaça, do crime de associação criminosa, do crime de chantagem, de dez crimes de coação e do crime de lenocínio e o arguido *Flávio Alves* foi absolvido de sete crimes de ameaça, do crime de associação criminosa, de seis crimes de coação, de cinco crimes de gravação, sete crimes de chantagem e do crime de lenocínio (fls. 118). Portanto, há aqui situações bem distintas.

- 2.13. O Tribunal não atuou tendo em conta a circunstância de uns serem mulheres e outros homens, mas sim pelo facto de uns, os recorrentes, terem cometido crimes, dados como provados e outros não o terem feito, nem revelou qualquer ânimo de os discriminar por esse motivo. Assim, o 2º Juízo Crime do Tribunal de Comarca da Praia considerou que os crimes de agressão sexual com penetração continuada de que os arguidos vêm acusados *«foram praticados através de ameaças e coacção, que constituem meios para a prática de tais crimes»*. Isto significa que se deu por provada a ameaça realizada pelos recorrentes Rui Alves e Flávio Alves sobre as diversas vítimas dos vários crimes de agressão sexual com penetração continuada que eles cometeram. Já no que diz respeito à questão de os mesmos terem sido ameaçados tal questão não foi aparentemente provada no processo, em que, segundo consta dos autos, utilizaram a estratégia do silêncio, o que de resto até é legítimo, dado que a nossa Constituição permite também o direito à não auto-incriminação ou o direito ao silêncio. Não obstante isso, e sem prejuízo da titularidade da ação penal pelo Ministério Público, seria sempre possível uma intervenção processual para apresentar as provas das tais ameaças sofridas. Por outro lado, as arguidas M. e M. foram absolvidas porque não se verificaram os factos típicos dos crimes de lenocínio, associação criminosa, tortura,

chantagem e ameaça, e porque, no caso do crime de gravações, fotografias e filmes ilícitos, como reconhece o 2º Juízo Crime do Tribunal de Comarca da Praia, não praticaram os atos de livre e espontânea vontade, por se encontrarem sob ameaça dos recorrentes. Assim, as arguidas foram absolvidas não porque se tratava de mulheres, mas sim porque, nalguns casos, não se deram por provados os factos crimes de que vinham acusadas e porque, no caso dos crimes de gravações, fotografias e filmes ilícitos faltou um elemento subjetivo, como se disse. Assim, não parece que se esteja perante um caso de tratamento desigual ou discriminação em razão do sexo, tanto mais que os arguidos não fizeram um esforço argumentativo sério para tentar demonstrar que foram tratados de uma determinada forma em virtude do sexo. O Tribunal da 1ª instância, cuja decisão foi confirmada pela Relação e pelo STJ, limitou-se a obedecer ao **Tatprinzip**, segundo o qual as medidas de responsabilidade jurídico-penal estão sempre ligadas a um acto ilícito de uma determinada pessoa previsto na lei. Face a situações diferentes resultaram consequências jurídico-penais diferentes.

- 2.14. Portanto, não estamos face a uma igualdade de situações perante a qual o Tribunal deveria ter absolvido os arguidos e ora recorrentes de amparo.
 - 2.15. Não há aqui nenhuma diferenciação arbitrária pois é evidente que as situações são distintas, estando os tribunais obrigados a decidir em função dos factos que se dêem por provados ou não.
 - 2.16. Concluindo, para esta Corte Constitucional não se verifica, pois, qualquer violação da garantia de não discriminação em razão do sexo.
3. A última questão que nos interessa é a de saber se o Supremo Tribunal de Justiça violou as garantias constitucionais da legalidade penal e da legalidade processual penal ao sufragar a utilização de meios de obtenção de provas regulados por lei posterior?
- 3.1 Impõe-se, de entrada, lembrar que os arguidos, e atuais recorrentes, foram condenados na primeira instância por crimes de agressão sexual com penetração

continuada, crimes de coação, bem como crimes de gravações, fotografias e filmes ilícitos, e que estes crimes foram confirmados pelo Tribunal de Relação de Sotavento e pelo Supremo Tribunal de Justiça, por via de recurso. Os recorrentes, no entanto, aparentemente, só contestam as qualificações jurídicas dos factos como agressão sexual com penetração continuada. Numa peça que não brilha muito pela clareza sustentam o seguinte:

«As qualificações jurídicas, subsumíveis aos factos supra, não fazem muito sentido, pois não se coadunam com os factos constantes dos Autos. O coletivo dos Juízes do Tribunal «a quo» incorreu num erro na apreciação dos pressupostos de facto para a decisão. Pois a conduta dos arguidos relativamente aos crimes de agressão sexual, e agressão sexual com penetração, por meio de ameaça, violência e coação, etc. por via de sistema informático (Facebook, Messenger), relativas ao domínio do cibercrime, são atípicas e violadoras do princípio do «nullum crimen sine lege». Aliás, só a partir do dia 20 de Abril de 2017 é que tais factos passaram a ser criminalizados, pois já estão tipificados na Lei nº 8/IX/2017, de 20 de março, relativa ao domínio do cibercrime e da recolha de provas em suporte electrónico, mas não se aplica aos factos cometidos antes da entrada em vigor da referida lei». Assim sendo, os factos constantes da acusação, objeto do processo, pela sua natureza e «modus operandi» (ameaças através da rede social facebook) não são susceptíveis de configurar crimes sexuais dos quais (sic!) foram condenados, e confirmada (sic!) sucessivamente pelo Tribunal de Relação de Sotavento e agora pelo Supremo Tribunal de Justiça, realizado (sic!) por meio de violência, coação, ameaça, fraude, colocação deliberada da vítima em situação de inconsciência ou impossibilidade de resistir ou de aproveitamento dessa mesma situação, tudo através da internet (facebook), sem que tenha havido uma norma adjectiva, ou seja a lei de cibercrime que os materializam, razão pela qual não há crime sem lei (lei de cibercrime)».

Lendo esta peça, pode-se colher que os recorrentes entendem que os factos constantes da acusação não são susceptíveis de integrar os crimes pelos quais foram condenados e que ameaças efetivadas através da rede social «facebook» não estão previstas na lei como crime, uma vez que a lei que definiu o regime do

cibercrime, isto é, a Lei nº 8/IX/2017, de 20 de março, apenas entrou em vigor em 20 de abril de 2017, quando os factos já tinham sido praticados. Por outras palavras, consideram os arguidos que eles não devem ser punidos porque os factos apenas passaram a ser criminalizados depois da entrada em vigor da citada lei. Sendo assim, estar-se-ia perante uma situação de violação do princípio da legalidade, pois não haveria lei para regular os factos tal qual recortados na acusação.

3.2. Confrontado com esta argumentação dos recorrentes, o Egrégio Supremo Tribunal de Justiça considerou, e bem, que a Lei nº 8/IX/2017, de 20 de março, relativa ao cibercrime, que basicamente regula os crimes cometidos com recurso a meios informáticos, não é aqui aplicável, dado que os arguidos foram julgados por crimes de agressão sexual previstos e punidos «pelos respetivos dispositivos do Código Penal vigentes à data do seu cometimento e que continuam em vigor». Na opinião da Suprema Corte, o que aconteceu é que *«as ameaças foram levadas a cabo através da criação de perfis falsos no facebook, sendo certo que a lei não estabelece o modo ou as vias de se concretizar a ameaça ou o constrangimento que determina a vítima à prática do ato sexual, e como bem decidiu a Relação, o facebook e o Messenger foram tão somente os veículos ou os instrumentos utilizados pelos arguidos para ameaçarem e constrangerem as vítimas.»* A Suprema Corte considerou ainda que *«não restam dúvidas de que as vítimas praticaram relações sexuais com os arguidos por terem sido ameaçadas pelos mesmos, através dos perfis falsos que criaram para o efeito»*. Assim, considerando a matéria de facto dada por provada, o Supremo Tribunal de Justiça concluiu que *«é manifesto que ela integra os crimes de agressão sexual, tal como foram caracterizados pelas instâncias.»*

3.3. Também Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República entendeu no seu douto Parecer que a lei do cibercrime não teve aplicação na decisão condenatória e conclui que não se registou qualquer violação do princípio da legalidade penal.

3.4. Aqui chegados impõe-se interrogar brevemente sobre o conceito de legalidade e o sentido do princípio da legalidade penal, para depois, então, se

responder à pergunta colocada. O princípio da legalidade é um princípio do Estado de Direito democrático que vem consagrado na Constituição da República, designadamente no nº 2 do artigo 3º. Ele significa, antes de mais, a prevalência da lei e a reserva da lei. *Prevalência da lei* significa que a lei aprovada pelo legislador democrático, com ressalva do valor específico das normas e princípios do direito internacional geral ou comum e do direito internacional convencional validamente aprovados ou ratificados, nos termos do nº 4 do artigo 12º da Constituição, prevalece sobre todos os atos que não tenham valor constitucional, designadamente sobre os regulamentos e atos administrativos. *Reserva da lei* quer dizer que as ingerências na liberdade e ou na propriedade dos cidadãos só podem acontecer se houver uma lei que permita tal ingerência. O princípio da legalidade penal, por seu turno, é, a nível processual, um princípio específico que postula «a submissão à lei dos termos, formas e atos do processo penal».¹¹ Tal princípio encontra-se previsto num conjunto de preceitos da Constituição da República e também na lei penal ordinária. Desde logo, no nº2 do artigo 30º da Carta Magna da República que estatui que «Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de atos puníveis por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança prevista na lei». Na mesma linha, o artigo 32º da Constituição reporta-se ao princípio da legalidade penal, ao prever a proibição da aplicação retroativa da lei penal desfavorável e a não aplicação de penas ou medidas de segurança que não estejam previstas em lei anterior. Finalmente, no nº 1 do artigo 210º da CRCV se afirma que a justiça « é administrada... em conformidade com as normas de competência e de processo legalmente estabelecidas». Já a nível da lei penal ordinária impõe-se considerar como expressões do princípio da legalidade penal quer o artigo 1º do CP, quer o artigo 2º do CPP. Assim, o artigo 1º do CP dispõe, designadamente o seguinte: «1. Nenhum facto, consista em ação ou omissão, pode considerar-se crime, sem que uma lei anterior o qualifique como tal» 2...; 3. As penas e as medidas de segurança são determinadas pela lei vigente ao tempo da prática do facto ou da verificação dos pressupostos de que dependem». Por seu lado, o artigo 2º do CPP

¹¹ Neste sentido, **Jorge Carlos Fonseca, O Novo Direito Processual Penal de Cabo Verde. Dados de um Percorso**, in Augusto Silva Dias / Jorge Carlos Fonseca: O novo Direito Processual Penal de Cabo Verde, Dados de um Percorso, Coimbra 2009, p. 87.

estabelece que *«nenhuma sanção criminal poderá ser aplicada, sem haver um processo em que se prove a existência da infracção e a responsabilidade criminal do acusado, em conformidade com as regras definidas no presente Código ou outras leis de processo penal e em virtude de decisão proferida por um juiz competente»*.

3.5. O Tribunal Constitucional no âmbito do Parecer nº 2/2020, de 19 de fevereiro, reafirmou a sua posição quanto ao princípio da legalidade nos seguintes termos:

«...A legalidade criminal é uma das garantias fundamentais mais importantes da liberdade sobre o corpo – muitas vezes reconhecida por esta Corte como uma das mais elementares liberdades individuais – e ao mesmo tempo um dos princípios nucleares da Constituição Penal, encontrando na Lei Fundamental natural presença no artigo 32º que, por meio dos seus números 2, 3 e 4 reza que “é proibida a aplicação retroativa da lei penal, exceto se a lei posterior for de conteúdo mais favorável ao arguido”; “é proibida a aplicação de medidas de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior”; “Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam previamente cominadas em lei anterior”.

.... Precisamente porque se a punição de comportamentos criminosos que, de facto, não podem deixar de ser perseguidos em qualquer comunidade política em que o Estado tenha o dever de manter a ordem e segurança e que procura proteger bens jurídicos individuais essenciais dos indivíduos e da própria colectividade [é legítima], tal só pode acontecer quando há um ato jurídico-público de incriminação de uma certa conduta e a previsão de cominação de uma determinada pena que sejam comunicados de forma inteligível aos destinatários das normas. Por conseguinte, qualquer preterição desse dever que se impõe ao Estado atenta contra esse princípio-garantia de extrema importância em qualquer Estado de Direito Democrático, além de ser um meio potencial – tal como muitas vezes já aconteceu na história da humanidade – para se cometer arbitrariedades e injustiças insuportáveis contra o indivíduo e os seus direitos, por meio de uso abusivo do poder punitivo do Estado.

.... Embora o princípio não seja apanágio exclusivo do direito criminal, tem aqui e nos outros direitos sancionatórios, nomeadamente o direito da ordenação social e o direito tributário, significado especial e exigências mais intensas, neste último caso até em razão da imposição constitucional decorrente do número 6 do artigo 93º segundo o qual “a lei fiscal não tem efeitos retroativos, salvo se tiver conteúdo mais favorável ao arguido”.

Exatamente porque, no Direito Penal, o princípio do nullum crimen, nulla poena sine lege, como um dos corolários mais importantes do princípio do rule of law, desenvolvido pelo iluminismo criminal e por liberais penais, visa precisamente evitar essas situações de arbitrariedades e violações injustas das liberdades individuais, atuando como um fator limitador do ius puniendi do Estado.

Essas questões já tinham sido em certa medida reconhecidas pelo Tribunal, por meio do Acórdão nº 13/2016, de 7 de julho, Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade de certas normas do Código Eleitoral, Boletim Oficial I Série, ° 43, 27 de julho 2016, pp. 1421.1479, quando considerou que “existe uma exigência constitucional de legalidade, sobretudo ao nível do direito penal substantivo. Exigindo-se que as condições para a incriminação de condutas e para aplicação de consequências jurídico-penais (penas e medidas de segurança) estejam especificamente determinadas em leis anteriores à prática do facto. E ainda que, por um lado, o devido processo legal esteja outrossim especificado em lei com vista a eventual julgamento e condenação em virtude da prática do comportamento tipificado em lei penal, e, do outro, determina-se a obrigatoriedade de os órgãos competentes promoverem e perseguirem criminalmente qualquer indivíduo quando as condições necessárias para o efeito estiverem preenchidas.

...Essas duas vertentes do princípio da legalidade criminal, ainda que possam ter certos aspetos em comum, não têm a mesma intensidade, sendo muito mais forte e exigente a nível do direito penal material e mais flexível no que diz respeito ao processo criminal.

Até porque têm configurações bastante diferentes, pois que enquanto, na vertente material, o nullum crimen, nulla poena sine lege impõe que os crimes e as penas estejam fixados em leis anteriores para que possa eventualmente haver julgamento e condenação de qualquer pessoa, a legalidade em processo criminal, além desta dimensão de anterioridade legal, está também voltada para a obrigação que essencialmente o Ministério Público tem de investigar qualquer conduta que chega ao seu conhecimento e que possa constituir um delito e promover criminalmente contra o seu autor, concretamente acusando-o, caso se conclua que todas as condições processuais e materiais para a prossecução criminal estejam preenchidas.

.... Efetivamente, o princípio da legalidade no direito penal material tem contornos próprios e específicos, tornando-o uma das características mais peculiares desse ramo de direito que o demarca de outras ciências jurídicas.

Isso devido às exigências especiais que assume nesta esfera no sentido de impedir arbitrariedades do poder público, mormente o legislativo e o judicial, proibindo situações como a de punir indivíduos por condutas praticadas não tipificadas em leis penais como comportamentos criminosos ou então só tipificadas em momento posterior à prática; de aplicar qualquer sanção a indivíduos com base em práticas costumeiras que, embora até possam ser consideradas no geral fontes de direito, no direito criminal não podem, com raras exceções – nomeadamente no nosso caso as que decorram da norma inserta no número 7 do artigo 32º, de acordo com o qual “o disposto o número 2 não impede a punição, nos limites da lei interna, por ação ou omissão que, no momento da sua prática, seja considerada criminosa segundo os princípios e normas do Direito Internacional geral ou comum” – ser acolhidas, precisamente em razão daquilo que é considerado o seu maior pecado: a sua ampla indeterminabilidade; de se recorrer a casos análogos para punir determinada pessoa por facto não tipificado em lei penal; e, por último, evitar a eventualidade de se punir os indivíduos com base em leis criminais incertas e indeterminadas, facultando ao julgador enorme discricionariedade na aplicação da sanção jurídica.

.... Assim, aferindo o conteúdo do princípio primeiramente haveria uma exigência de lege scripta, no sentido de que não pode haver punição por qualquer conduta praticada se a conduta e a sua consequência jurídico-penal não estiverem descritas em lei.

E, a menos que haja autorização legislativa concedida ao Governo, só lei da Assembleia Nacional pode qualificar tais condutas como comportamentos criminosos, afastando assim a possibilidade de outros atos normativos – aqui em sentido amplo – tipificarem crimes e penas.

Além disso, o subprincípio do nullum crimen, nulla poena sine lege scripta afastaria, com a ressalva feita, a possibilidade de punição com base em eventuais práticas costumeiras, pois as possíveis normas daí advenientes não seriam precisas o suficiente para proteger a liberdade individual das pessoas, pelo que seria uma decorrência necessária do princípio do Estado de Direito, ínsito ao número 1 do artigo 1 e no número 1 ao artigo 2 da Constituição.

....O segundo subprincípio inserto no conteúdo do princípio da legalidade é o do nullum crimen, nulla poena sine lege praevia. Para que o indivíduo possa ser julgado e condenado pela prática de determinada conduta, os elementos dessa conduta e os pressupostos e requisitos da punição têm que estar devidamente descritos numa lei em vigor em momento anterior à sua prática. É uma das principais exigências do princípio da legalidade em direito criminal e uma das razões de sua existência, precisamente para se proibir punições de comportamentos não tipificados, simplesmente porque o soberano assim o deseja. E se se permitisse, mesmo que se aceite que não se deve punir comportamentos não tipificados, que uma lei que tipifica ex novo uma conduta ou simplesmente agrave a pena cominada, possa ser aplicada a factos praticados antes de sua entrada em vigor, aquela exigência ficaria completamente esvaziada e desprovida de qualquer sentido. Portanto, esta é a regra da proibição de punição por via de leis ex post facto.

.... Portanto, da essência desse subprincípio decorrem três orientações de extrema importância.

A – Primeiro, a ideia da anterioridade da lei penal em relação ao facto. Assim, se no momento em que a pessoa adotou determinada conduta, por mais grave que esta conduta possa parecer do ponto de vista social, se não estiver tipificada em lei anterior, a ela não poderá ser aplicada qualquer sanção jurídico-criminal.

B – Segundo, a exigência da lei prévia determina a irretroatividade da lei penal, pois, regra geral, a lei penal não se aplica a factos passados. Se através de uma norma jurídico-penal se criminalizar determinada conduta ou simplesmente agravar as condições da sua punibilidade, não será possível a sua aplicação retroativa.

Mas, de outra parte, precisamente porque não viola em circunstância alguma o princípio do Estado de Direito, até pelo contrário por ser uma sua exigência, na medida em que primária pela proteção dos direitos individuais, em relação a uma norma jurídica que operasse uma descriminalização ou atenuasse as condições de punibilidade de uma certa conduta, teria que haver necessariamente a possibilidade de aplicação retroativa da lei penal posterior mais benéfica, pelo que a irretroatividade penal abrange apenas leis penais menos favoráveis ao agente. Esta é a terceira exigência do nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, pois que não faria sentido punir uma pessoa nos termos da lei anterior se o próprio legislador, legitimado pelo princípio democrático, entender que determinada conduta deve ser descriminalizada ou então que as condições de sua punibilidade merecem ser suavizadas.

Estes corolários já tinham sido considerados no Acórdão nº 13/2018, de 7 de junho, Manuel Fonseca v. STJ, Rel. JC Pina Delgado, sobre violação da garantia de presunção da inocência na sua dimensão de in dubio pro reo e da garantia contra a retroatividade da lei penal prejudicial ao arguido, publicado no Boletim Oficial, I Série, nº 49, 20 de julho de 2018, pp. 1277-1285, para. 5.3. “O direito invocado é suscetível de amparo. A sua previsão é clara na Constituição, constando, como indicado, do número 2 do seu artigo 32, redigido em termos segundo os quais “é proibida a aplicação retroativa da lei penal, exceto se a lei posterior for de conteúdo mais favorável ao

arguido”. Além de se integrar no Capítulo I do Título II da Parte II da Constituição, portanto no segmento reservado aos direitos, liberdades e garantias individuais, poucos direitos subjetivos são tão centrais ao modelo de Estado que foi adotado pela Constituição quanto a garantia que veda a aplicação de norma penal retroativa em prejuízo do arguido. Menos clara, todavia, é a existência de posição jurídica subjetiva fundamental com carácter de direito, liberdade e garantia – com dimensão positiva – de se beneficiar de aplicação retroativa de lei penal mais favorável. A posição do Tribunal é que, embora não se esteja perante bases de proteção com o mesmo estatuto e grau de salvaguarda, o facto é que também se pode considerar que, não obstante a redação, há uma subjetivação em forma de direito a beneficiar-se de lei penal mais favorável, ainda que, por motivos naturais, esta esteja sujeita a algumas limitações. Aliás, também o número 1 do artigo 2º do Código Penal dispõe que “sempre que as disposições penais vigentes ao tempo da prática do facto forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, aplicar-se-á o regime que concretamente for mais favorável ao agente”. Em acórdão recente o Tribunal já tinha dado a entender a adoção dessa orientação ao considerar que “da conjugação da proibição de aplicação retroativa da lei penal desfavorável com a imposição da retroatividade da lei penal mais favorável, resultou no que hoje é conhecido por princípio da aplicação da lei penal mais favorável. As razões jurídico-políticas de garantia do cidadão face ao poder punitivo do Estado e da indispensabilidade da pena que deram origem, sucessivamente, à proibição da retroatividade da lei penal desfavorável e à imposição da lei penal mais favorável justificam também que o princípio da aplicação da lei mais favorável seja aplicado ao processo criminal” (Acórdão nº 10/2018, de 3 de maio, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no Boletim Oficial, I Série, nº 35, 6 de junho, pp. 869-884, 1.8.)”.

C – Um terceiro corolário do princípio da legalidade criminal seria a imposição de lege stricta – nullum crimen, nulla poena sine lege stricta. O legislador ao qualificar determinada conduta como crime deve precisar e especificar pormenorizadamente quais os comportamentos que pretende incriminar e os termos da aplicação de penas e medidas de segurança. Em princípio, o legislador não se esquece de incriminar comportamentos, daí muitos dizerem que em direito penal não existem lacunas.

Entretanto, não é que as lacunas não existam em Direito Penal, pois na verdade elas podem ser encontradas em qualquer ramo do Direito. O que o princípio dita é que a manifestarem-se na esfera jurídica aqui em discussão, elas não podem em caso algum ser preenchidas ou integradas em malam partem. Daí a exigência da proibição da analogia ou mesmo de interpretações extensivas no direito criminal. Contudo, só a analogia ou a interpretação extensiva que for prejudicial ao agente que adotou determinado comportamento é que é proibida, sendo perfeitamente aceite o recurso a casos análogos em bonam partem.

D – A quarta e última dimensão do conteúdo do princípio da legalidade, a exigência de lege certa, ou princípio de determinabilidade e de taxatividade da lei criminal, já foi alvo de análise por parte do Tribunal Constitucional, por meio do seu Acórdão n.º 13/2016, de 7 de julho, Relator: JC José Pina Delgado, para. 2.9, já citado.”

3.6. Compulsando os autos pode-se, em primeiro lugar, notar que a condenação em primeira instância se verificou com base no enquadramento dos factos nos tipos constitutivos previstos nos artigos 143º, em conjugação com o artigo 34º do CP (crime de agressão com penetração continuada), no nº 1 do artigo 137º do CP (crimes de coacção) e no nº 2 do artigo 184º do CP (crimes de gravações, fotografias e filmes ilícitos). Este enquadramento foi confirmado pelo Tribunal de Relação e pelo Supremo Tribunal de Justiça, não havendo nada a apontar a este respeito. Em segundo lugar, foram provadas a ameaça e coacção através das redes sociais, mas tal não significa a aplicação da lei sobre cibercrimes, nem tampouco a sua aplicação retroativa que seria inconstitucional por violação do disposto no nº 2 do artigo 32º da Magna Carta da República. Convém referir, de resto, que a lei do cibercrime não regula os crimes por que os arguidos foram condenados. Pelo contrário, ela regula outras categorias de crimes, designadamente os crimes de falsidade informática (artigo 3º), dano relativo a programas ou outros dados informáticos (artigo 4º), sabotagem informática (artigo 5º), acesso ilícito (artigo 6º), intercepção ilícita (artigo 7º), utilização indevida de dispositivos (artigo 8º), pornografia infantil (artigo 9º) e pornografia de vingança (artigo 10º).

Como bem disse, o Supremo Tribunal de Justiça, concordando com o Tribunal de Relação de Sotavento, as redes sociais foram apenas os veículos ou os instrumentos utilizados pelos arguidos para proferirem as ameaças e constrangerem as vítimas.

Conclui-se, pois que nenhuma dessas disposições citadas foi violada, pelo que não se verificou qualquer vulneração do princípio da legalidade penal, designadamente do princípio *nullum crimen sine lege*.

Tampouco, em relação à legalidade processual penal, além do grau de limitação a condutas do poder público que impõe ser notoriamente menor, o facto é que não se estava, na maior dos casos, em cenário de recolha de provas eletrónicas no sentido estrito da palavra, mas de objetos ligados a prática criminosa cuja base jurídica já está desde há muito estabelecida pelo Código de Processo Penal. Por conseguinte, não se pode falar em definição *ex post factum* de provas utilizadas pelo tribunal para condenar os recorrentes.

Assim, o Tribunal não vê qualquer razão para atender aos pedidos de declaração de nulidade do Acórdão nº 34/19 do Supremo Tribunal de Justiça e de determinação da absolvição dos recorrentes.

III. Decisão

Pelo exposto, os Juízes do Tribunal Constitucional, reunidos em Plenário, decidem que o Supremo Tribunal de Justiça ao confirmar, através do Acórdão nº 34/2019, a decisão do Tribunal de Relação de Sotavento que havia confirmado a condenação dos recorrentes em primeira instância:

- a) Não violou o princípio constitucional da presunção da inocência na dimensão do *in dubio pro reo* ao não acolher o entendimento daqueles de que durante a fase de produção de provas os factos não ficaram bem esclarecidos e ter-se-á gerado dúvida quanto à imputação subjetiva dos mesmos;

- b) Não violou a garantia da não discriminação em virtude do sexo ao não acolher o entendimento daqueles de que consideraram as alegações das coarguidas M. e M. e não as suas quanto a terem sido coagidos;
- c) Não violou o princípio da legalidade, nas suas dimensões de garantia de anterioridade e de garantia da proibição de retroatividade da lei penal desfavorável (*nullum crimen sine lege*) ao não adotar a tese por eles esposada de que se havia aplicado lei posterior para qualificar juridicamente os factos e para estabelecer o regime processual de provas utilizadas para os condenar;
- d) Por conseguinte, é improcedente o pedido de declaração de nulidade do Acórdão nº 34/19 do Supremo Tribunal de Justiça.

Registe, notifique e publique.

Praia, 02 de junho de 2020

Aristides R. Lima (Relator)

José Pina Delgado

João Pinto Semedo

ESTÁ CONFORME

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 06 de junho de 2020.

O Secretário

João Borges