



Universidade Católica Portuguesa

Mestrado Forense

Algumas questões sobre o Segredo de Justiça

Alexandrina Saloca Sousa Melancia – 142710123

Orientada pelo Professor Doutor Germano Marques da Silva

Janeiro de 2013

Índice

Introdução	Pág.4
1. Noção de Segredo de Justiça	Pág.5
2. Análise do novo regime do Segredo de Justiça	Pág.10
3. Breve análise de alguns sistemas jurídicos estrangeiros:	Pág.17
3.1. O segredo de investigação no ordenamento jurídico Italiano	Pág.17
3.2. O segredo de investigação no ordenamento jurídico Espanhol	Pág.17
3.3. O segredo de investigação no ordenamento jurídico Alemão	Pág.18
3.4. O segredo de investigação no ordenamento jurídico Francês	Pág.19
3.5. O segredo de investigação no ordenamento jurídico Britânico	Pág.19
3.6. O segredo de investigação para a Comunidade Europeia e o art.º 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem	Pág.20
4. Garantias processuais e o Segredo de Justiça:	Pág.24
4.1. Princípio da Presunção de Inocência	Pág.24
4.2. Princípio <i>in dubio pro reo</i>	Pág.25
4.3. Princípio da celeridade do processo	Pág.26
4.4. Princípio da igualdade de armas	Pág.27
4.5. Princípio do contraditório	Pág.30
4.6. Conclusão	Pág.30
5. Breve Análise da evolução histórica dos diferentes sistemas de processo penal:	Pág.31
5.1. Processo Acusatório	Pág.31
5.2. Processo Inquisitório	Pág.32
5.3. Processo Misto	Pág.33

5.4. A estrutura atual do processo penal português	Pág.34
6. Questão da Constitucionalidade do novo regime da publicidade das fases preliminares do processo penal	Pág.35
7. Relação entre os <i>Media</i> e a Justiça:	Pág.44
7.1. Atividade Jornalística e a sua regulamentação	Pág.45
7.2. Liberdade de expressão/liberdade de imprensa e os direitos de personalidade	Pág.46
Conclusão	Pág.51
Bibliografia	Pág.54

INTRODUÇÃO

A publicidade consubstancia um dos princípios fundamentais do Direito Processual Penal, tendo como fim essencialmente a transparência do processo e a possibilidade de fiscalização da Justiça pela comunidade, uma vez que a Jurisprudência, assim como a lei devem ser representativas dos valores presentes na comunidade em que se insere.

Ao interligar os tribunais com a comunidade, este princípio fortalece a confiança do povo no sistema judiciário.

A publicidade pretende evitar uma Justiça fechada, uma “justiça de gabinete”¹, típica do sistema absolutista, antagônico do sistema democrático em que se pretende uma Justiça representativa do povo.

Com a reforma do Código de Processo Penal em 2007, a publicidade passou a ser a regra, como veremos mais à frente.

Os meios de comunicação social são o veículo primordial de transferência de informação entre o sistema judiciário e o povo, representam a chamada “publicidade mediata”².

É precisamente do problema da “publicidade mediata”, ou seja da transmissão de informação processual através dos meios de comunicação social (media), que este estudo vai tratar.

Faremos uma análise sobre o novo regime do segredo de justiça, criado pela revisão ao Código de Processo Penal de 2007, que veio inverter a regra que antes era do segredo de justiça, passando para a regra da publicidade processual.

Através de uma observação geral do nosso sistema e de alguns dos sistemas estrangeiros procuraremos ver os fundamentos do segredo de justiça, a sua razão de ser e saber se o segredo de justiça deve existir, e, existindo, se é possível almejar por um sistema em que o segredo de justiça seja mais preservado e mais eficiente.

¹ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, Editorial VERBO, 2008, pág. 87.

² Germano Marques da Silva, *ob. e loc. Cit.*

1. NOÇÃO DE SEGREDO DE JUSTIÇA

I. A regulamentação do Segredo de Justiça tem desde há muito sido um tema controverso e polémico, acarretando interesses e com estes paixões.

É difícil obter num tema tão delicado um pensamento livre de pressões empíricas, um exercício racional puro, quando tal tema é não só uma questão processual, mas também uma questão de direitos fundamentais e por isso com uma forte componente política.

O segredo na sua etimologia, tendo origem no latim *secrêtu*, coisa secreta, significa algo que não deve ser do conhecimento de outrem, coisa que não deve ser divulgada, deve ser mantida em sigilo, coisa do conhecimento de um ou poucos indivíduos, coisa oculta, mistério, enigma.

O segredo de justiça pode ser descrito sucintamente como a não revelação da prática dos atos judiciais.

Já a regulamentação jurídica do Segredo de Justiça consta hoje no art.º 86 do CPP.

O Segredo de Justiça no nosso sistema jurídico consiste no “Impedimento de consulta ou divulgação de factos do processo até determinada fase processual que vincula todos os participantes processuais, bem como as pessoas que, por qualquer título, tiverem tomado contacto com o processo ou tenham conhecimento de elementos a ele pertencentes”³ e implica segundo a alínea a) e b) do n.º 8 do art.º 86, CPP as proibições de:

- a) Assistência a prática ou tomada de conhecimento do conteúdo do ato processual a que não tenham o direito ou o dever de assistir;
- b) Divulgação da ocorrência de ato processual ou dos seus termos, independentemente do, motivo que presidir a tal divulgação

A violação do segredo de justiça está tipificada como crime pelo art.º 371 do Código Penal. A grande alteração no processo penal trazida pela reforma de 2007 está em que o Segredo de Justiça passou de regra a exceção, sendo agora a regra a publicidade do processo, nos termos do n.º1 do art.º 86, segundo o qual “O processo penal é, sob pena de nulidade, público, ressalvadas as exceções previstas na lei.”

³ PRATA, Ana e outros, *Dicionário Jurídico*, Vol. II, Direito Penal e Direito Processual Penal, 2ª Edição, Almedina Editora, 2011

O segredo de justiça é um instituto consagrado constitucionalmente desde 1997. Protege essencialmente o bem jurídico da qualidade da investigação, mas também, de forma mais ou menos indireta, o direito à honra e bom-nome e o direito à reserva da vida privada.

O art.º 20, n.º3 da Constituição da República Portuguesa estabelece que cabe à lei definir e assegurar a adequada proteção do segredo de justiça.

O “...segredo de justiça não tem apenas em vista o processo penal e, nele, a proteção da eficácia da investigação e da honra do arguido. A questão da proteção do segredo de justiça assume alcance mais vasto, tutelando outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, como a reserva da vida privada e familiar (...) Sem dúvida que o artigo 20º, n.º3, constitui credencial constitucional suficiente para introdução de limitações ou restrições a outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, como seja a liberdade de expressão e informação. Mas para além disto, cabe ao legislador concretizar o âmbito e os limites do segredo de justiça, através de uma ponderação sujeita ao controlo da constitucionalidade – dos vários direitos e interesses dignos de tutela e, potencialmente conflitantes. Concretamente no âmbito particularmente sensível do processo penal, não pode a lei ignorar as garantias de defesa do arguido e a efetividade do direito de recorrer das medidas privativas da liberdade.”⁴

“Ao constitucionalizar o segredo de justiça, a Constituição ergue-o à qualidade de bem constitucional, o qual poderá justificar o balanceamento com outros bens ou direitos ou, até, a restrição dos mesmos (investigações jornalísticas de crimes, publicidade do processo, direito ao conhecimento do processo por parte de interessados), mas não deve servir para contradizer o exercício dos direitos de defesa (cfr. AcTC n.º 121/97)”⁵

II. INÊS FERREIRA LEITE esquematiza os fundamentos e interesses protegidos pelo segredo de justiça da seguinte forma:

- a) Proteção da investigação (tutela jurisdicional efectiva e prossecução de justiça);
- b) Garantias de defesa do arguido (tutela jurisdicional efetiva e dignidade da pessoa humana);
- c) Presunção de inocência (dignidade da pessoa humana);
- d) Proteção dos interesses do ofendido (tutela jurisdicional efetiva);

⁴ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pág. 204 e 205.

⁵ CANOTILHO, J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, pág. 414.

- e) Reserva da vida privada (dignidade da pessoa humana);
- f) Proteção de testemunhas (dignidade da pessoa humana, tutela jurisdicional efetiva e reserva da vida privada).⁶

“Alguns autores vêm designando o impacto da consagração da regra da publicidade no processo penal, mormente nas suas fases iniciais de investigação, como uma “revolução copernicana da natureza do inquérito”, o que pode, no entanto, fazer emergir inesperadas “consequências nefastas e imprevisíveis para a investigação criminal, no seu todo.”⁷

“Antes da reforma de 2007, aprovada pela Lei nº 48/2007, de 29/08, o segredo de justiça mantinha-se na fase de inquérito, tendo-se conferido publicidade à instrução quando e a partir do momento em que esta fosse requerida pelo arguido, salvo se este, no requerimento de abertura de instrução, declarasse que se opunha á publicidade (art.º 86º, nº1). Por outro lado, estando o processo em segredo de justiça, possibilitava-se a prestação de esclarecimentos públicos a pedido de pessoas postas em causa relativamente a processos pendentes, quando necessário ao restabelecimento da verdade, ou, oficiosamente, em termos excepcionais, quando e na medida do estritamente necessário para a reposição da verdade sobre factos publicamente divulgados, para garantir a segurança de pessoas e bens, e para evitar a perturbação da tranquilidade pública, nomeadamente em casos de grande repercussão pública (art. 86.º, n.º9).”⁸

Com a expansão dos meios de comunicação social e os cada vez mais numerosos casos mediáticos, cada vez mais se verifica a necessidade de harmonização entre os direitos que o segredo de justiça tutela e o direito à liberdade de expressão, todos eles com assento constitucional como direitos fundamentais.

III. Segundo o Acórdão do STJ de 14-02-2002, “Devem ser conciliados, na medida do possível, os direitos de informação e livre expressão, por um lado, e à integridade moral e ao bom nome e reputação, por outro. Quando tal se revele inviável, a colisão desses direitos deve, em princípio, resolver-se pela prevalência daquele direito de personalidade. Só assim não será quando, em concreto, concorrerem circunstâncias susceptíveis de, à luz de bem

⁶ LEITE, Inês Ferreira, «Segredo ou Publicidade? A tentação de Kafka na Investigação Criminal Portuguesa», *RMP*, nº 124, Ano 31, Out-Dez 2012, 24 e sgs.

⁷ Bravo, Jorge dos Reis, «Inquérito Penal e Publicidade: Novas Regras, os mesmos segredos», *Revista do Ministério Público*, nº 119, Editorial Minerva, 2009, pág.

⁸ Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal Comentários e notas práticas*, Coimbra Editora, 2009, pág. 223

entendido interesse público, justificar a adequação da solução oposta, sendo sempre ilícito o excesso e exigindo-se o respeito por um princípio, não apenas de verdade, necessidade e adequação, mas também de proporcionalidade ou razoabilidade.”

O Prof. FIGUEIREDO DIAS no seu manual de Direito Processual Penal, datado de 1974, já fazia larga referência ao problema referido, ao escrever que quanto à parte do princípio da publicidade, que se relaciona com os meios de informação: «...estão nela implicados alguns dos mais complexos problemas da política processual penal atual. O critério geral da sua solução estará em dar a maior latitude de atuação possível aos órgãos de informação, mas com um limite inultrapassável: o de que daí não venha sensível perigo para a consistência e eficácia do direito de defesa do arguido ou da pretensão punitiva do Estado, em suma (como se diz nos direitos inglês e americano), para um *fair trial*, para um julgamento justo.

O perigo de que se fala é muito real e frequente – por menos sensacionalista que em geral se revele uma certa informação – e pode assumir as formas mais diversas, desde o desencadeamento de campanhas emocionais ou demagógicas contra ou a favor do arguido, até à publicação das simples “comunicações”, habitualmente feitas aos órgãos de informação pelas entidades instrutórias, em que se dá (ou se subentende, o que quase sempre é ainda pior) como assente a autoria de certos crimes e a culpabilidade de certos arguidos. Isto representa uma violação dos mais basilares princípios do nosso direito processual penal, ao substituir o *legal trial court*, do *due processo of law*, por um todo ilegal e inconstitucional *trial by newspaper*. É de resto um facto sociologicamente comprovado que os excessos na publicidade informativa do processo penal podem mesmo contribuir para a criação de um sistema informal de “justiça penal sem julgamento”, onde, é claro, sofrem irreparável dano a presunção de inocência do arguido e as suas garantias fundamentais.»⁹

Segundo o Prof. PAULO PINTO de ALBUQUERQUE, o “...segredo de justiça é uma medida necessária numa sociedade democrática para proteger o direito à honra e à presunção de inocência dos investigados, manter a autoridade e a imparcialidade das autoridades judiciais e permitir uma perseguição eficiente do crime exatamente neste sentido, o recente acórdão do TEDH no caso *Tourancheau et July v. França*, na sequência da prevalência do segredo de justiça sobre a liberdade de imprensa afirmada no princípio sexto da recomendação (2003) 13 do Comité de Ministros de Conselho de Europa) ”¹⁰

⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*. 1974, Coimbra Editora, pág. 226 a 227.

¹⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4ª Edição, Universidade Católica Editora, pág. 254

Não se entenda com isto que a publicidade é menos relevante que o segredo, um e outro são relevantes nos momentos processuais a que devem estar ligados, isto é, o segredo é tão relevante na fase preliminar do processo como a publicidade na fase de audiência.

«Os cidadãos vivem numa sociedade e têm direito à informação. (...) A sociedade exige mais informação sobre o funcionamento e as decisões dos tribunais e a publicidade do processo corresponde ao interesse de uma política criminal racional, pois reforça a prevenção geral.»¹¹

A publicidade externa penal satisfaz uma pretensão legítima dos cidadãos e quanto maior e melhor publicidade o processo penal tiver maior eficácia preventiva geral tem a ação da justiça.

Por seu turno, no plano interno do processo penal, a publicidade traz vantagens às partes. A publicidade do processo penal interessa à vítima, com vista a sustentar a imputação do crime ao arguido e a discutir a contraprova aduzida pelo arguido, mas interessa também ao arguido para conhecer a prova da acusação e a questionar plenamente, aduzindo a sua contraprova o mais cedo possível.»¹²

O princípio da publicidade é fundamental no processo penal português, no entanto este não pode ser interpretado por si só, tem que ser interpretado conjuntamente com os restantes princípios de processo penal e com os princípios constitucionais, entre os quais o princípio orientador da proporcionalidade.

¹¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Sete Teses sobre a Reforma do Processo Penal*, in Armando Leandro et al., *Interrogações à Justiça*, Coimbra, Edições Tenacitas, 2003

¹² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Sete Teses sobre a Reforma do Processo Penal*, in Armando Leandro et al., *Interrogações à Justiça*, Coimbra, Edições Tenacitas, 2003, pp. 411-420.

2. ANÁLISE DO NOVO REGIME DO SEGREDO DE JUSTIÇA

I. Antes da Lei nº 48/2007, de 29 de Agosto, que procedeu à 15ª alteração do Código de Processo Penal, o processo mantinha-se em segredo de justiça durante a fase de inquérito; só passava a ser público após a decisão instrutória ou, se não houvesse lugar a instrução, a partir do momento em que esta já não pudesse ser requerida. Caso a instrução fosse requerida pelo arguido e este não se opusesse à publicidade no requerimento, então o processo seria público a partir do requerimento de instrução (art.º86, nº1 da redação da Lei nº 59/98, de 25 de Agosto).

Na redação anterior do art.º 86 do Código de Processo Penal, não era necessário qualquer despacho para que o inquérito ficasse sujeito a segredo de justiça sendo a regra a da sujeição desta fase processual a segredo de justiça.

Com a nova redação, imposta pela reforma de 2007, a regra passa a ser a da publicidade, passando o processo, quer nas fases preliminares, quer no julgamento, a estar sujeito a segredo de justiça apenas quando o Juiz o determinar, cabendo a decisão na fase preliminar ao Juiz de Instrução e na fase de audiência de julgamento ao Juiz Presidente.

O Julgamento continua a ser, salvo casos excepcionais, público (art.321). O que se justifica por ser esta a fase em que se verifica o pleno uso do contraditório, em que ambas as partes podem argumentar e contra-argumentar de forma a provar a sua causa, o que não se verifica nas fases preliminares, em que o Ministério Público é o *dominus*, nas fases preliminares não há equilíbrio de partes, a acusação está numa posição de maior poder. O nº 1 do atual art.º 86 estabelece claramente que o processo é público sob pena de nulidade, e assim se altera, chegando mesmo a inverte-se, o paradigma processual, passando da regra do segredo de justiça, para a regra da publicidade.

O segredo de justiça é a exceção, tendo lugar apenas nas seguintes situações:

- Quando o arguido, o assistente ou o ofendido requererem ao Juiz de Instrução a sujeição do inquérito ao segredo de justiça, por entenderem que a publicidade prejudica os seus direitos, (nº2 do art.º86) e o Juiz de Instrução, ouvido o Ministério Público, assim o decidir, por despacho irrecorrível;
- Quando o Ministério Público, entendendo que os interesses da investigação ou os direitos dos sujeitos processuais o justifiquem, determina a aplicação ao processo, durante a

fase de inquérito, do segredo de justiça, e o Juiz de Instrução, no prazo máximo de 72 horas, valida a decisão do Ministério Público (nº3 do art.º 86).¹³

A determinação de aplicação do segredo de justiça pelo Ministério Público, nos termos do nº3 do art.º 86, deverá obedecer aos prazos de duração do inquérito previstos no art.º 276, bem como o pedido de prorrogação do segredo de justiça também não deverá ser feito após o prazo de duração máxima do inquérito.

O segredo de justiça pode ser prorrogado por um período máximo de três meses além do prazo máximo de duração do inquérito previsto no art.º 286, mas não mais que três meses, independentemente do crime, a menos que se trate de um dos tipos de criminalidade previstos na alínea i) a m) do art.º 1º, se tal se verificar, o segredo de justiça poderá ser prolongado pelo tempo objetivamente indispensável à conclusão da investigação, o que não significa que se trata de prorrogação *ad infinitum*, uma vez que tal iria contra os princípios basilares da celeridade e da justiça efetiva.

O STJ já decidiu no sentido de que a prorrogação extraordinária do segredo de justiça não tem prazo fixo, senão o objetivamente indispensável à conclusão da investigação:

«Se o legislador quisesse ter fixado um prazo máximo para essa prorrogação extraordinária, tê-lo-ia feito, dizendo-o diretamente ou por remissão e, como se viu, não é isso que consta na lei.»¹⁴

Sempre que o Ministério Público entenda ser necessário requerer ao Juiz de Instrução que sujeite o processo a segredo de justiça, tal requerimento deverá revestir-se de fundamentação suficiente para justificar o afastamento da regra da publicidade. «Não constando, porém, essa fundamentação concreta do despacho do Ministério Público, o juiz de instrução se, por meio da consulta dos elementos dos autos, puder concluir que é caso de excepcionalmente sujeitar o inquérito a segredo de justiça, deve validar aquele despacho.»¹⁵

Uma questão que se tem vindo a colocar é a de saber se o prazo de 72 horas para a validação da decisão do Ministério Público pelo Juiz de Instrução, não sendo respeitada resulta apenas em irregularidade processual, sendo portanto juridicamente irrelevante e inócua, a menos que possa afetar o valor do ato praticado, caso em que será sanável, (art.ºs

¹³ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10-02-2010 – Processo nº 167/08.0GACLB-A.C1

¹⁴ Acórdão STJ de 15-04-2010, Processo: 60/09.9YFLSB

¹⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15-10-2008

118, nº2 e 123), ou se resulta em ausência de validação e consequentemente inexistência de segredo.¹⁶

Trata-se de um prazo meramente indicativo, que deverá ser respeitado dentro do possível, no entanto é uma questão em que o legislador foi pouco claro. A doutrina tem no entanto vindo a interpretar esse prazo como sendo um prazo indicativo e não vinculativo. Por maioria de razão deve entender-se que no período que vai do requerimento do Ministério Público até à decisão pelo Juiz de Instrução de sujeição ou não do processo a segredo de justiça, o processo encontrar-se-á necessariamente em segredo de justiça, sob pena de se perder o efeito prático da decisão a ser proferida pelo Juiz.

Apesar de, como a lei expressamente diz, o despacho proferido pelo Juiz de instrução ser irrecurável, nada impede que se apresente novo requerimento com base em novos fundamentos, uma vez que ao longo do processo novos factos e questões podem surgir, justificando decisão diversa.

O Ministério Público, *dominus* da fase de inquérito, pode em qualquer momento decidir-se pelo levantamento do segredo de justiça, quer oficiosamente, quer a requerimento do arguido, do assistente ou do ofendido (art.º 86, nº4), não havendo qualquer referencia pelo legislador à necessidade de intervenção do Juiz de Instrução, este apenas terá de intervir quando o segredo for requerido pelos particulares e o Ministério Público não o determinar, só então deverá haver decisão por despacho irrecurável do Juiz.

Também o nº4 e nº5 do art.º 86 são pouco claros, dando a entender que arguido, ofendido ou assistente podem requerer o levantamento do segredo, que não sendo determinado pelo Ministério Público, caberá ao Juiz de Instrução avaliar se deverá ou não haver lugar ao levantamento do segredo. Ou seja, quando o segredo não é determinado pelo Ministério Público, mas pelo juiz, apenas ao juiz caberá levantar esse segredo, sendo determinado pelo Ministério Público, então quer este quer o juiz terão poder para levantar o segredo de justiça.

O Prof. GERMANO MARQUE DA SILVA salientou já que esta nova estrutura do segredo de justiça leva a um “vai e vem do processo” entre Ministério Público e Juiz de Instrução que apenas prejudica a celeridade processual, valor fundamental, protegido constitucionalmente.¹⁷

¹⁶ PINTO, Frederico Lacerda da Costa, « Publicidade e Segredo na Última Revisão do Código de Processo Penal, Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal», *Revista do CEJ*, 1º semestre 2008, nº9 (especial), pág. 24.

¹⁷ SILVA, Germano Marques da, « A publicidade do processo penal e o segredo de justiça. Um novo paradigma.» *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 18, nº2 e 3

Do nº 6 do art.º 86 podemos retirar as implicações publicidade no processo:

- a) Assistência, pelo público em geral, à realização dos atos processuais;
- b) Narração dos atos processuais, ou reprodução dos seus termos, pelos meios de comunicação social;
- c) Consulta do auto e obtenção de cópias, extratos e certidões de quaisquer partes dele.

Sendo sempre restringida a publicidade nos casos previstos no nº7 do art.º 86, ou nos casos previstos nos nºs 2 e 3 do art.º 87, quando o juiz o determine por despacho.

O nº 1 do art.º 87 diz claramente que fora os casos de restrição da publicidade, qualquer pessoa pode assistir aos atos processuais declarados públicos por lei, a menos que o juiz tenha determinado a restrição à publicidade por uma das razões anteriormente expostas. Então segundo a letra da lei, qualquer cidadão se poderá sentir no direito de assistir a qualquer ato processual, mesmo que este seja ainda pura investigação.

Nas palavras do Prof. GERMANO MARQUES DA SILVA “Percebe-se facilmente que não pode ser assim e percebe-se também que não é praticamente possível para cada ato ou conjunto de atos requerer a intervenção do juiz para determinar o segredo com fundamento em que a publicidade é suscetível de causar grave dano ao normal decurso do ato.”¹⁸

É difícil não considerar a atual redação destes pontos como algo absurda e ilógica, não se pode crer que o objetivo do legislador tenha sido tal nível de publicidade, ao ponto de permitir que em qualquer momento do processo qualquer cidadão, interessado ou não no processo, possa por simples curiosidade aceder aos autos e mesmo estar presente nos atos processuais.

Comungamos da opinião formulada pelo Prof. GERMANO MARQUES DA SILVA, de que se torna imperioso uma alteração a curto prazo destas normas, «para que se imponha um mínimo de racionalidade e pragmatismo em domínio tão importante como é o da fase processual do Inquérito.»¹⁹

O legislador não pode esquecer que no processo penal a linha que separa a matéria simplesmente técnico-jurídica da matéria de direitos fundamentais e da própria dignidade do arguido, e mesmo dos restantes sujeitos processuais, é extremamente ténue.

A lei também não é clara quanto à recorribilidade do despacho do juiz de instrução.

¹⁸ *Idem, Ibidem.*

¹⁹ *Idem, Ibidem.*

Se no nº2 diz claramente que o despacho é irrecurível, no nº3 não o diz, o que nos leva a crer que será recorrível, tendo o Tribunal da Relação de Évora já decidido nesse sentido.²⁰

Apenas no nº2 e nº5 do art.º 86 o legislador indica expressamente a irrecorribilidade do despacho do juiz, pelo que nos restantes casos, tendo em conta o princípio geral da recorribilidade (art.º 399 e 400), deverá entender-se que o despacho é recorrível.

III. A lei estabelece no nº 8 do art.º 86 as implicações do segredo de justiça e a quem vincula.

O segredo de justiça implica:

a) Assistência à prática ou tomada de conhecimento do conteúdo de ato processual a que não tenham o direito ou o dever de assistir;

b) Divulgação da ocorrência de ato processual ou dos seus termos independentemente do motivo que presidir a tal divulgação.

Estão vinculados ao segredo de justiça ²¹, além dos sujeitos processuais, os participantes processuais, bem como as pessoas que, por qualquer título, tiverem tomado contacto com o processo ou conhecimento de elementos a ele pertencentes: Onde se lê qualquer título, seguimos a interpretação do Prof. GERMANO MARQUES DA SILVA, segundo a qual se deverá ler qualquer meio, por nos parecer que terá sido essa a intenção do legislador.²²

A violação do segredo de justiça acarreta responsabilidade criminal (art.º 371 do Código Penal) e poderá resultar, ainda em que indiretamente, em responsabilidade civil.

Sempre que necessário ao restabelecimento da verdade e tal não prejudique as investigações, poderá haver uma abertura do segredo de justiça para prestação de esclarecimentos por parte das autoridades judiciárias, nos termos do nº 13 do art.º 86.

No entendimento do Prof. GERMANO MARQUES DA SILVA, a violação do segredo de justiça por parte do arguido poderá ser desculpável com recurso ao instituto do

²⁰ Acórdão Tribunal da Relação de Évora de 27/12/2007, Proc. 3209/07-1

²¹ Há quem entenda ser esta a noção de segredo subjectivo, havendo ainda a vertente objectiva e temporal, consistindo o âmbito objectivo nas proibições referidas anteriormente, e a vertente temporal será então o tempo de duração do segredo de justiça, que como vimos não excede o prazo máximo do inquérito, a não ser nos casos excepcionalmente previstos na lei. – SANTOS, Simas e HENRIQUES, Leal, *Código de Processo Penal Anotado*, Volume I, 3ª Edição, Rei dos Livros, pág. 577.

²² SILVA, Germano Marques, *Curso de Processo Penal* Vol. II, 4.ª Edição, Editorial Verbo, 2008, pág. 31.

Estado de Necessidade (art.º35 do Código Penal), se estivermos perante um caso, em que, para salvaguardar a honra do arguido, seja imperioso quebrar o segredo de justiça.²³

O n.º9 do art.º 86 estabelece um poder dever às autoridades judiciárias, de dar conhecimento do conteúdo dos atos ou documentos em segredo de justiça, sempre que se afigurar necessário ao esclarecimento da verdade ou ao exercício de direitos pelos interessados.

O arguido deverá ser informado de todos os factos cuja comunicação não prejudique o decorrer da investigação, nem cause perigo para a vida, integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas (art.º 141, n.º4; 143, n.º2; 144, n.º1).

O art.º 88 impõe restrições à divulgação pelos meios de comunicação de matéria processual, não permitindo a reprodução de peças processuais ou documentos incorporados no processo até à sentença da 1ª instância, salvo se tiverem sido obtidos mediante certidão solicitada com menção ao fim a que se destina, ou se para tal tiverem autorização expressa da autoridade judiciária que presidir à fase do processo no momento da sua publicação (art.º 88, n.º2, a)). Esta disposição pretende evitar julgamentos em praça pública de documentos e peças processuais que tem lugar e tempo próprio dentro do processo para a sua discussão.

A inovação mais controversa introduzida neste preceito pela reforma de 2007 foi o seu n.º4, considerada por alguns, «norma inimiga da liberdade de expressão, que os media não podem publicitar escutas telefónicas, por qualquer meio, mesmo já fora do segredo de justiça, sem o consentimento dos escutados».²⁴ Não nos parece que esta norma viole a liberdade de expressão, mas antes que é uma norma que pretende proteger um outro direito fundamental, o direito à reserva da vida privada.

No decurso do Inquérito, o arguido, o assistente, o ofendido, o lesado e o responsável civil têm acesso aos autos mediante requerimento, salvo se tratar de processo em segredo de justiça, caso em que havendo oposição do Ministério Público à consulta dos autos caberá ao juiz decidir (art.º 89, n.º1).

III. Ao longo desta análise das novas regras do regime do segredo de justiça, observa-se que pelo menos na questão do segredo de justiça a reforma de 2007 não foi bem-sucedida,

²³ SILVA, Germano Marques, *Curso de Processo Penal* Vol. II, 4.ª Edição, Editorial Verbo, 2008, pág. 33.

²⁴ Rui Rangel | Juiz Desembargador | Correio da Manhã | 28.10.2010 in http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=51433&idc=31895&idsc=31624&ida=84976

em vez de simplificar a lei e tornar o processo mais célere e eficaz, o resultado terá sido o inverso, tornando-se por ventura mais moroso e complexo.

A nova lei apresenta soluções de difícil interpretação, o que não se quer nunca na lei, que deve ser clara, para evitar injustiças, subterfúgios. As soluções da nova lei são mesmo por vezes pouco racionais e nada pragmáticas, como vimos no caso do art.º 87, n.º1 ao permitir que qualquer pessoa assista livremente aos atos processuais, sejam eles quais forem.

A nova lei revela-se sem dúvida inadequada, o que se verifica também já na prática judicial, sendo cada vez mais os acórdãos que encontram nesta lei falhas e incorreções.

Não só a doutrina como a jurisprudência têm vindo a apontar vários pontos a serem alterados e melhorados nesta lei. O Prof. GERMANO MARQUES DA SILVA, fez mesmo uma proposta de como poderiam ser alterados os art.ºs 86, 87 e 89 do Código Processo Penal.²⁵

²⁵ SILVA, Germano Marques da, «A publicidade do processo penal e o segredo de justiça. um novo paradigma». Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 18, n.º2 e 3.

3. BREVE ANÁLISE DE SISTEMAS JURÍDICOS ESTRANGEIROS PRÓXIMOS DO PORTUGUÊS

Utilizaremos neste ponto a expressão segredo de investigação, por ser um termo mais genérico, uma vez que a expressão segredo de justiça é demasiado característica do nosso ordenamento jurídico.

3.1.O segredo de investigação no ordenamento jurídico Italiano:

Segundo o art.º 329, n.º1 do Codice de Procedura Penale, os atos do inquérito realizados pelo Ministério Público e pela polícia judiciária estão cobertos pelo segredo até ao final do inquérito preliminar, estabelecendo o n.º2 do preceito que, quando seja necessário para a prossecução do inquérito, pode o Ministério Público, não obstante o disposto no art.º 114, consentir por despacho fundamentado, a publicação de atos individuais ou de parte destes. Em tal caso, os actos publicados são depositados próximo da secretaria do Ministério Publico.

O n.º 3 do referido artigo determina que mesmo quando os atos não estejam cobertos pelo segredo da norma do número 1, o Ministério Público, em caso de necessidade para a prossecução do inquérito, pode dispor através de despacho fundamentado.²⁶

Em Itália o segredo é um segredo seletivo, indiciando apenas sobre os atos que o investigado não deva conhecer, á medida que forem cognoscíveis por este poderão sê-lo, igualmente, por terceiros.²⁷

O processo encontra-se por regra em segredo até ao final do inquérito preliminar.

3.2.O segredo de investigação no ordenamento jurídico Espanhol:

Em Espanha o segredo de investigação, na expressão Espanhola, *Segredo del Sumario*, é declarado para todas as atuações judiciais que decorram antes do julgamento, nos termos do art.º 301 da Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A regra é o segredo externo e a publicidade interna, como se retira do art.º 302, salvo tratando-se de crimes de natureza pública, nos quais a publicidade interna poderá ser restringida, por despacho do Juiz de Instrução, por tempo não superior a um mês, devendo ser

²⁶ D. Siracusano, A. Galati, G. Tranchina e E. Zappalà., *Diritto Processuale Penale*, volume secondo, Giuffrè Editore, 2004, pág. 61 e sgs.

²⁷ LUCAS, Ana Paula Zeferino, *O segredo de Justiça*, publicado em Janus, 2004

reposta a publicidade interna até 10 dias antes do encerramento do sumário (art.º 302, 2º parágrafo).

A lei espanhola pretende assim garantir a independência dos juízes, impedindo juízos paralelos, bem como o direito à presunção de inocência.

Considera que apenas no julgamento se deve verificar a publicidade externa, uma vez que só aí se poderá dizer haver igualdade de armas, estando defesa e acusação ao mesmo nível.

Não se prejudica assim a defesa, uma vez que esta tem acesso aos autos e pode intervir em todas as diligências que o Juiz de Instrução não considere que a sua intervenção não prejudica a investigação, garantindo a possibilidade de defesa com a restrição do segredo interno ao prazo de um mês, e obrigando ao seu levantamento dez dias antes do encerramento do sumário.

Também não se prejudica o princípio da publicidade como forma de permitir á comunidade estar presente na aplicação da justiça, uma vez que o julgamento é público, e é nele que se fará a discussão dos factos apurados ou não pelos órgãos de investigação criminal.

A comunidade poderá no julgamento apurar se as suas instituições estão ou não a funcionar corretamente, e se os valores morais e sociais estão a ser respeitados pelas instituições do poder judicial.

3.3. O segredo de investigação no ordenamento jurídico Alemão:

O Código de Processo Penal Alemão (Grundgesetz) prevê o segredo de justiça como regra na fase de investigação.

Segundo o art.º 147, antes da dedução da acusação, pode ser recusado pelo Ministério Público o acesso aos autos se tal puser em causa a finalidade da investigação, apenas o defensor poderá ter acesso aos elementos factuais e probatórios referentes a interrogatórios do arguido ou atos de investigação em que o arguido ou seu defensor pudessem estar presentes, assim como laudos de peritos.

O acesso aos autos na fase de investigação depende de autorização do Ministério Público.

O art.º 163 dispõe que no primeiro interrogatório do arguido devem ser-lhe comunicados os factos imputados e as consequências legais destes.

Também no ordenamento jurídico Alemão o se verifica o segredo na fase de investigação, quer interna quer externamente.

A regra do segredo é aqui mais ampla, que no sistema espanhol e italiano, uma vez que o segredo se pode manter por toda a investigação, só após a acusação o acesso aos autos passa a ser ilimitado.

3.4.O segredo de investigação no ordenamento jurídico Francês:

O Código de Processo Penal Francês (Code Procedure Pénale), prevê no seu art.º 11 que, salvo quando a lei disponha em sentido contrário e sem prejuízo dos direitos de defesa, o processo durante o inquérito e a instrução é secreto.

O mesmo preceito estabelece ainda que quando necessário, a fim de evitar a propagação de informações parcelares ou inexatas ou para colocar um fim à desordem pública, o procurador da República pode, oficiosamente ou a pedido do juiz de instrução ou das partes, tornar públicos os elementos objetivos apreendidos do processo que não comportem qualquer apreciação de mérito das acusações contra os réus.

O segredo no código francês é definido como segredo profissional, por vincular os agentes, autoridades e organismos judiciais (parte final do art.º11), bem como todas as pessoas que concorrem no processo (2º parágrafo do art.º 11).

O segredo externo nas fases preliminares do processo é absoluto, uma vez que só os sujeitos processuais podem ter acesso aos autos, no entanto esse acesso é restrito, podendo mesmo ser inexistente, uma vez que apenas o advogado poderá ter acesso a estes, não podendo revelar o seu conteúdo nem mesmo ao seu cliente.

A regra é o segredo externo e interno, sendo o segredo interno quebrado somente para efeitos de defesa.

3.5.O segredo de investigação no ordenamento jurídico Britânico:

Na fase preliminar, o acesso do acusado ao processo, ou “dossier”, é sempre excepcional, salvo quando esteja em causa a aplicação de medidas de segurança; aí terá direito de ser informado das imputações que contra si são formuladas e das provas que as sustentam.

“Também na fase intermediária de “*transfer for trial*” o acusado tem direito a uma cópia integral de todo o *dossier*, estando regulada a confidencialidade ou a publicidade dos atos processuais através do Criminal Procedure and Investigation Act 1996, capítulo 17.

Mesmo na fase de julgamento, aquilo que designamos por segredo externo do processo, pode ser assegurado para impedir comportamentos obstrucionistas à administração

da justiça, tal como regula no Contempt of Court Act 1981”.²⁸ A lei Inglesa é clara em afirmar que as normas que organizam a relação entre a justiça e os *media* é repressiva e governada pela simples ideia de que “o funcionamento da justiça prevalece sobre a liberdade de imprensa”, pelo menos desde o momento em que os procedimentos criminais estão ativos é exigido silêncio à imprensa.

Antes que alguém tenha sido oficialmente acusado, os *media* são amplamente livres para dizerem o que entenderem sobre os eventos que não constituam “*judicial matter*”.

Mesmo nesta fase não é permitida a publicação de qualquer tipo de informação que tenha a intenção de influenciar a decisão do juiz, colocando em causa o “*fair trial*”.²⁹

3.6. O segredo de investigação para a Comunidade Europeia e o art.º 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem:

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem consagra o seu art.º 10 precisamente à questão da liberdade de expressão e o respeito pelos direitos individuais.

O nº 1 do preceito protege o direito à liberdade de expressão, o direito de ter acesso à informação sem interferência das autoridades públicas. Por sua vez o nº2 do art.º 10º, estabelece que o exercício da liberdade de expressão acarreta deveres e responsabilidades, entre os quais a obrigação jornalística de publicar informação objetiva.

O nº2 permite restrições à liberdade de expressão desde que estas demonstrem ser “necessárias numa sociedade democrática”, e tenham o intuito de proteger a reputação de terceiros e manter a autoridade e imparcialidade judiciária.³⁰

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem adoptado uma posição intermédia nesta questão, não sendo tão liberal como os tribunais americanos, nos quais a liberdade de expressão é extremamente protegida em virtude da primeira emenda da Constituição estadunidense, segundo a qual está vedado ao congresso a criação de leis restritivas da liberdade de expressão.

Para que a restrição à liberdade de expressão seja legítima, o Tribunal Europeu exige que se verifiquem três pressupostos:

- 1) A restrição esteja prevista na lei: Qualquer interferência na liberdade de expressão tem que ter base legal nacional, e a lei (escrita ou não escrita) que

²⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24-09-2008.

²⁹ European Criminal Procedures, Mireille Delmas- Marty and J. R. Spencer, *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, pág. 692 e sgs.

³⁰ *Idem, Ibidem*, pág. 690

fundamente essa interferência terá que ser acessível, previsível, clara e precisa.

- 2) A restrição terá que ser dirigida à prossecução de interesses ou valores determinados: segurança nacional; integridade territorial ou segurança pública; defesa da ordem e prevenção do crime; proteção da saúde ou da moral; proteção da honra ou dos direitos de outrem; impedir a divulgação de informações confidenciais; garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial (fins previstos no nº2 do art.º10º).
- 3) A restrição terá que ser necessária numa sociedade democrática: este último requisito (e estes são requisitos cumulativos), impõe o respeito pelo princípio da proporcionalidade. O Tribunal Europeu exige aos Estados que provem que a ingerência na liberdade de expressão se deve a uma necessidade social imperiosa.³¹

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem entendido não só que o âmbito do direito à privacidade das figuras públicas é mais restrito que o do cidadão comum, devendo as figuras públicas aceitar maior ingerência na sua vida privada. Há uma adesão à chamada teoria das esferas, que surgiu na Alemanha em 1953 através de Heinrich Hubmann na sua obra “Das persönlichkeitsrecht”, tendo desde então vindo a ser desenvolvida pela doutrina dedicada à questão dos direitos de personalidade.

“A figura pública deve demonstrar uma maior tolerância perante o controlo atento das suas palavras e atitudes, tanto pelos jornalistas como pela generalidade dos cidadãos, sobretudo quando ele próprio profere declarações públicas susceptíveis de crítica.”³², tem sido esta a visão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

“No caso das figuras públicas, verifica-se uma exposição voluntária aos perigos de ofensa à honra, o que impõe uma tutela penal diferente, porque necessariamente menor, em comparação com aquela que deve existir para as figuras privadas. Quem intervém ativamente na vida pública torna-se inevitavelmente num alvo preferencial dos holofotes do comentário, quer do elogioso, quer do crítico. (...) Por isso, a conduta da vítima, concretizada na sua auto-colocação no caminho da vida pública, torna-a corresponsável pela ofensa à honra que sofreu (...) Outro fator de grande relevo: o acesso privilegiado que as figuras públicas têm aos meios

³¹ BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas*, Coimbra Editora, 2010, Pág. 71 e sgs.

³² BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas*, Coimbra Editora, 2010, pág. 263.

de comunicação social”, que lhes permite responder mais rápida e eficazmente aos ataques que lhe forem dirigidos, ao contrário das figuras privadas.³³

No caso Campos Dâmaso, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, considerou que nem a preocupação de proteger o inquérito nem a de proteger a reputação de outrem se sobrepõem ao interesse do público em receber informações sobre determinadas acusações formuladas contra os políticos.

Não deixou no entanto de salientar no caso Laranjeira Marques da Silva c. Portugal, que apesar de a imprensa desempenhar um papel fundamental numa sociedade democrática “se não deve ultrapassar certos limites, nomeadamente os relativos à proteção da reputação e dos direitos de outrem, bem como à necessidade de impedir a divulgação de informações confidenciais, também lhe incumbe comunicar, com respeito pelos seus deveres e responsabilidades, as informações e ideias sobre todos os assuntos de interesse geral”³⁴.

A notícia será válida se existir relevante interesse público no seu conhecimento e esta não for abusiva, no sentido de não se estar perante clara má-fé, e de se verificar que houve diligência na publicação, tendo havido o cuidado de procurar verificar qual o grau de confiabilidade desta.

A jurisprudência comunitária tem tido em conta que a restrição da liberdade de expressão pode ter um efeito inibidor nas pessoas, criando o chamado “*chilling effect*”³⁵, ou seja, a imprensa deixará de ser genuína, passando por um processo de autocensura das publicações.

Ao evitar restrições à liberdade de expressão o Tribunal Europeu procura garantir um “*breathing space*”³⁶, essencial ao exercício saudável da liberdade de expressão.

Apesar da jurisprudência comunitária na sua maioria ser favorável à liberdade de expressão, não deixa de recomendar aos Estados que criem os meios necessários à proteção dos direitos de personalidade, igualmente relevantes.

Entende a jurisprudência do Tribunal Europeu que poderão e deverão ser criadas restrições à liberdade de expressão, no entanto estas devem ser tão mínimas quanto possível, e sempre respeitando os três requisitos de legitimidade, isto, serem legais, necessárias numa sociedade democrática e tendo em vista a proteção de um interesse legítimo, presente na lista do nº2 do art.º 10º.

³³ *Idem, Ibidem*, pág 262. (esta ideia também está presente na jurisprudência norte-americana, sendo exemplo disso o caso *New York Times v. Sullivan* – 1964)

³⁴ Sentença TEDH, caso Laranjeira Marques da Silva c. Portugal, ponto 41 e 42.

³⁵ Expressão criada pela jurisprudência norte americana.

³⁶ Também esta expressão teve origem na jurisprudência norte-americana, (“*Philadelphia Newspapers, Inc v. Hepps*” – 1986)

“Ao nível do direito comparado e pese embora a existência de uma formalização muito variada, diremos que todos os ordenamentos jurídicos europeus, mormente ao nível da União Europeia, com mais ou menos afinidades geográficas ou culturais com Portugal, muito embora consagrem a publicidade do processo como princípio ordenador da acessibilidade processual, mormente na fase de julgamento, estabelecem, concomitantemente, o segredo de justiça como regra da fase preliminar que corresponde à investigação processual, só quebrada para permitir uma efetiva possibilidade de defesa”.³⁷

³⁷ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24-09-2008.

4. GARANTIAS PROCESSUAIS E O SEGREDO DE JUSTIÇA

A questão da sujeição ou não do processo a segredo de justiça suscita o confronto com vários princípios fundamentais do processo penal e garantias constitucionais.

4.1.Princípio da Presunção de Inocência:

Não há inocência que esteja segura de um falso testemunho. _António Vieira³⁸

Em Portugal o princípio da presunção de Inocência encontra-se vertido no n.º2 do art.º 32 da Constituição da República Portuguesa.

Este princípio surgiu como reação ao processo de tipo inquisitório em que o acusado se presumia culpado e era tratado como objeto do processo.

Com o Iluminismo o princípio da presunção de inocência é positivado no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 26 de Agosto de 1789, rompendo-se assim com o sistema inquisitório e os seus excessos.³⁹

Consagrado hoje na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art.º 11º) e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art.º6º).

O princípio “...há-de assentar na ideia-força de que o processo penal deve assegurar todas as necessárias garantias práticas de defesa do inocente e não há razão para não considerar inocente quem não foi ainda solene e publicamente julgado culpado por sentença transitada.”⁴⁰

Com o Iluminismo e o jusnaturalismo, a dignidade da pessoa humana alcançou finalmente o seu lugar de princípio basilar de uma sociedade livre.

No sistema europeu há muito que “A condenação penal, a pena criminal, é castigo destinado a resgatar a culpa do delinquente pelo que é de todo inaceitável a condenação sem certeza moral da culpabilidade a redimir; é inaceitável que, uma sociedade em que o valor primeiro é a pessoa humana, a condenação penal não tenha por fundamento a certeza da culpa do condenado e possa servir como simples instrumento de intimidação.”⁴¹

O arguido deve ser tratado até à condenação como se fora inocente.

³⁸ SILVA, Paulo Neves da, *Dicionário de Citações*, Âncora Editora, 2009

³⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal*, Tomo I, Almedina, 2010, pág. 160.

⁴⁰ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, 2008, Editorial Verbo, pág. 82.

⁴¹ *Idem, Ibidem*, pág. 83.

Também em Itália o princípio da presunção de inocência se encontra consagrado na Constituição, no art.º 27, n.º 2, por força do qual o imputado não é considerado culpado sem condenação definitiva.

Trata-se de uma regra de tratamento, segundo a qual o imputado deverá ser tratado durante o processo, para que nenhum juízo de culpa o possa diminuir social ou moralmente, antes de condenado definitivamente a assumir a sua responsabilidade como autor de um ilícito criminal.

O imputado pelo simples facto de o ser não pode assumir a qualificação de culpado, ele será apenas um acusado, não cabe ao imputado provar a sua inocência, mas antes ao acusado provar a culpabilidade.⁴²

4.2.Princípio *in dubio pro reo*:

Este é considerado corolário do princípio da presunção de inocência, mas no âmbito da prova, segundo o qual a “questão da prova tem que ser sempre valorada a favor do arguido”⁴³.

Este princípio consagra a velha máxima de que “vale mais um criminoso solto que um inocente preso”.

Naturalmente que se trata de um princípio que necessita de ser balizado, uma vez que levado ao extremo poderia conduzir a absolvições infundadas, criar-se-ia uma ficção jurídica segundo a qual não seria permitido suspeitar do arguido durante o processo, o que não é de todo o propósito do princípio, mas antes o de garantir um julgamento respeitante das garantias de defesa e contraposto ao inadmissível princípio da presunção de culpa.

Numa sociedade livre e democrática presumir o suspeito como culpado seria inaceitável, numa sociedade que se quer livre de preconceitos, e capaz de tomar decisões esclarecidas e ponderadas, o que não se verificaria num processo que se inicia-se com a condenação daquele que ainda está para ser investigado e julgado (e não julgado unilateralmente, porque a democracia pressupõe debate entre partes).

“O processo nasce porque uma dúvida está na sua base e uma certeza deveria ser o seu fim. Dados, porém, os limites do conhecimento humano, sucede frequentemente que a dúvida inicial permanece dúvida final, malgrado o esforço processual para a superar. Em tal situação, o princípio político -jurídico da presunção de inocência imporá a absolvição do

⁴² D. Siracusano, A. Galati, G. Tranchina e E. Zappalà,, *Diritto Processuale Penale*, volume primo, Giuffrè Editore, 2004, pág. 173 e sgs.

⁴³ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, 2008, Editorial Verbo, pág. 83

acusado já que a condenação significaria a consagração de ónus de prova a seu cargo baseado na prévia presunção da sua culpabilidade. Se a final da produção da prova permanecer alguma dúvida importante e séria sobre o ato externo e a culpabilidade do arguido impõe-se uma sentença absolutória.”⁴⁴

TEREZA PIZARRO BELEZA e FREDERICO DA COSTA PINTO definem este princípio como corolário do princípio da liberdade e da presunção de inocência, sublinhando ainda que este se trata “... não de uma regra de valoração da prova, como por vezes erradamente se pensa, mas apenas de um critério de valoração da prova. A prova não tem de ser valorada de forma favorável ao arguido, apenas a dúvida sobre a prova o pode favorecer. Noutros termos: existindo dúvida não pode a prova ser valorada para atribuir responsabilidade ao arguido. Não é uma regra expressa: trata-se de um corolário do princípio da culpa, ou seja, só pode haver condenação com prova da culpa (...), reforçado por vezes que se trata também duma consequência imediata do princípio da presunção de inocência: como o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da decisão condenatória, a dúvida sobre os factos que alegadamente provam a sua responsabilidade criminal só pode reforçar esse estatuto de inocência e não uma eventual condenação.”⁴⁵

Ambos os princípios (presunção de inocência e *in dubio pro réu*) nascem de uma ótica idêntica de encarar o arguido e têm os seus reflexos em especial no ónus da prova. Esta é aliás, a doutrina que mais adesão tem concitado.⁴⁶

4.3.Princípio da celeridade do processo:

Do princípio da presunção de inocência emerge “O direito a ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa...”⁴⁷, direito consagrado no art.º 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e no nº 2 do art. 32º da Constituição da República Portuguesa.

⁴⁴ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pág. 356.

⁴⁵ BELEZA, Teresa Pizarro e PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, Direito Processual Penal, Os sujeitos processuais e as partes civis, Tópicos de estudo, 2001, pág. 102.

⁴⁶ PINHEIRO, Rui e MAURÍCIO, Artur, A constituição e o Processo Penal, Clássicos Jurídicos, 1ª Ed. 1974, Coimbra Editora, pág. 87.

⁴⁷ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pág. 357

“Um processo que se arrasta durante longo tempo, por tempo superior ao necessário para o esclarecimento da suspeita e para assegurar ao arguido a preparação da sua defesa, converte-se frequentemente em sofrimento insuportável para o arguido, porque os riscos naturais inerentes a qualquer processo, a incerteza da decisão e a ameaça da condenação que sobre ele paira, podem condicionar e comprometer a sua vida pessoal e profissional e até mesmo a sua liberdade. A absolvição a final não repara os sacrifícios que resultam para o arguido da pendência do processo.”

Muitas vezes o processo é de tal forma moroso e inconclusivo que leva a que se crie um estigma social na pessoa do arguido, sendo que a absolvição, apesar de ter um efeito de o ilibar da pena, não o poupará à desconfiança permanente estabelecida na sociedade em relação a este. Haverá tendência a que a comunidade julgue que a demora na absolvição poderá ter que ver com a culpabilidade do arguido.

Os processos confusos e demorados provocam graves danos na imagem de quem está a ser investigado e julgado, razão pela qual, muitos juristas têm falado contra os chamados mega processos.

“A demora do processo penal, além de prolongar o estado de suspeição e as medidas de coação sobre o arguido (nomeadamente a prisão preventiva), acabará por esvaziar de sentido e retirar conteúdo útil ao princípio da presunção de inocência. O direito ao processo célere é, pois, um corolário daquela.”⁴⁸

4.4.Princípio da igualdade de armas:

Apesar de haver quem entenda que este princípio é mais característico do processo civil, facto é que este também está presente no processo penal, principalmente num processo de estrutura acusatória como é o caso do nosso.

O processo penal português não totalmente acusatório nem totalmente inquisitório, sendo definido como um processo acusatório temperado pelo inquisitório, é um tipo de processo misto, em que a fase preliminar, ou fase pré-acusatória, é de cariz essencialmente inquisitório, e o julgamento de cariz marcadamente acusatório.⁴⁹

⁴⁸ CANOTILHO, J. Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, pág. 519

⁴⁹ SILVA, Germano Marques, Do Processo Penal Preliminar, Editorial Minerva, 1990, pág. 72 e sgs.

A lei de autorização que precedeu o Código de Processo Penal de 1987, Lei nº 43/86, de 26-9, consagra claramente no nº 2.2, do seu art.º 2º, o princípio da parificação do posicionamento da defesa e da acusação e da igualdade de armas.

Princípio da igualdade de armas, “... só vigora tendencialmente nas fases jurisdicionais do processo e em especial na fase de julgamento. (...) Na fase pré-acusatória a entidade competente para as investigações dispõe de um conjunto de poderes que não têm qualquer correspondência nos do suspeito ou arguido.”, de ressaltar no entanto que, “... o suspeito não é visto mais como mero objeto de investigação. Daí que grande parte do esforço da doutrina se venha traduzindo na busca de soluções compatíveis com a necessidade de descobrir os crimes e os criminosos, para defesa da comunidade, e de assegurar as mais amplas garantias possíveis de defesa ao suspeito em todas as fases do processo, mormente na fase de investigação pré-acusatória.”⁵⁰

Trata-se de um princípio instrumental do processo de estrutura acusatória, segundo o qual, “O processo há-de assegurar as mesmas possibilidades à acusação e à defesa para fazerem valer as suas posições processuais perante o tribunal. A imparcialidade do juiz pressupõe que ao acusador e ao defensor sejam proporcionadas idênticas possibilidades de fazer valer as suas razões no processo, o que se manifesta desde logo no princípio do contraditório.”⁵¹.

Representa ainda uma “...proibição de todas as discriminações ou diferenças de tratamento arbitrárias...”⁵² ao longo do processo.

O princípio do contraditório assim como o da igualdade de armas, estão mais presentes na fase de julgamento, fase em que defesa e acusação apresentarão provas e discutirão o mérito da causa, procurando demonstrar a sua razão perante o juiz, a quem caberá avaliar a matéria da defesa e acusação mediante o princípio da livre apreciação da prova e a sua valoração segundo a livre convicção do juiz.⁵³

“O processo de estrutura acusatória procura assegurar a parificação do posicionamento jurídico da acusação e da defesa em todos os atos jurisdicionais, ou seja, a igualdade material

⁵⁰ SILVA, Germano Marques, *Do Processo Penal Preliminar*, Editorial Minerva, 1990, pág. 69.

⁵¹ Idem Ibidem, e Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, pág. 274 e sgs.

⁵² MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pág. 415

⁵³ Tal convicção existirá quando e só quando o tribunal tenha logrado convencer-se da verdade dos factos para além de toda a dúvida razoável. O sistema da livre apreciação da prova que rege o nosso processo penal contrapõe-se ao sistema da prova legal, em que as regras legais predeterminam o valor a atribuir às provas. - Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, pág. 198 e sgs.

de meios de intervenção processual (igualdade de armas) pelo menos nas fases jurisdicionais.”⁵⁴

O facto de o inquérito poder ser sujeito a segredo de justiça interno é uma das armas que a entidade competente para a investigação tem, que não tem correspondência no sujeito do arguido que tem limitado o seu acesso aos autos.

A verdade material deve ser um dos principais objetivos do processo, senão o principal, uma vez que este surge precisamente para esclarecer uma dúvida e não para proteger o suspeito, ainda que este seja digno de proteção e essa proteção deva ser dada.

Não pode o processo, deixar de ter em conta que está em causa a possibilidade de ter existido a violação de um bem jurídico, e se tal tiver sido realidade, é dever das entidades judiciais não deixarem o facto por apurar, nem a infração por sancionar, a menos que a investigação, feita com o respeito pelas garantias de defesa, não consiga alcançar uma resposta clara para a dúvida que deu origem ao processo.

Como escreve o Prof. FIGUEIREDO DIAS “... o verdadeiro fim do processo penal só pode ser a descoberta da verdade e a realização da justiça...”⁵⁵ e “...não uma verdade obtida a todo o preço mas processualmente válida.”⁵⁶

O Ministério Público não é parte no processo, o que o move não é o ganho de causa, mas auxiliar o juiz na descoberta da verdade material, não há um dever de acusação, mas um dever de objetividade por parte do Ministério Público.

É por o processo penal não ser um verdadeiro processo de partes que se compreende que o princípio da igualdade de armas enquanto colocação das partes ao mesmo nível, não possa existir ilimitadamente ao longo de todo o processo.

Este princípio, em processo penal é mitigado, ao contrário do processo civil, em que tem o seu expoente máximo.

⁵⁴ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pág. 359

⁵⁵ Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, pág. 43.

⁵⁶ Idem, *ibidem*, pág. 194

4.5.Princípio do contraditório:

Trata-se da estruturação do processo de forma a possibilitar a discussão entre a acusação e a defesa, viabiliza a implementação do princípio da igualdade de armas, ao colocar ambas as partes numa posição de debate, em que lhes é possibilitado argumentar e contra-argumentar as suas posições, e fundamentar as mesmas com factos e provas.

“...Não se trata aqui de um ónus (de contradizer, de impugnar, de contra-provar) mas do direito de contradizer, o direito que tem cada uma das “partes” (ministério Público e arguido) de se pronunciar sobre as alegações, as iniciativas, os actos ou quaisquer atitudes processuais da autoria da outra parte – o que relativamente ao arguido traduz o seu direito de defesa.”⁵⁷

Conclusão deste número

A análise destes princípios é essencial para compreender o funcionamento sistemático do nosso processo penal, que pretende ser garantístico do indivíduo.

Este deve-se presumir inocente e como tal ser tratado até trânsito em julgado de sentença de condenação.

Os princípios fundamentais de processo penal são basilares e estruturantes, reveladores do tipo de sistema presente. Nas palavras do Prof. Figueiredo Dias “ Diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu”⁵⁸

E em qualquer Estado, mormente num Estado de Direito Democrático “...não há verdade material onde não tenha sido dada ao arguido a mais ampla e efetiva possibilidade de se defender da suspeita que sobre ele pesa...”⁵⁹, uma verdade sem efetivo exercício do direito de defesa será sempre uma verdade parcial, insuficientemente fundada.

⁵⁷ NEVES, Castanheira, *Sumários de Processo Criminal*, 1968, Coimbra, pág. 46

⁵⁸ Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, pág. 428

⁵⁹ *Idem, Ibidem*, pág. 429.

5. BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIFERENTES SISTEMAS DE PROCESSO PENAL

Historicamente o processo penal evoluiu de um sistema acusatório, para o inquisitório e nos nossos dias tem se verificado na maioria dos países democráticos uma opção pelo sistema misto, que conjuga o acusatório com o inquisitório. É o caso de Portugal que, influenciado pelo modelo francês, optou por um sistema em que as fases preliminares do processo são de carácter inquisitorial e a fase de julgamento de carácter acusatório.⁶⁰

A Constituição consagrou a estrutura acusatória como estruturante do processo penal português, no n.º 5 do art.º 32, demonstrando assim que no nosso sistema juiz e acusador não podem ser a mesma entidade, sob pena de este perder a sua independência e imparcialidade, características essenciais na figura do juiz de um Estado de Direito Democrático.

5.1. Processo Acusatório:

Este modelo esteve presente na época clássica na Grécia Antiga e no Império Romano, e assentava no princípio de que “ninguém será levado a julgamento sem acusação”⁶¹.

Como se pode retirar do nome deste modelo, o processo inicia-se com a acusação, feita pelo ofendido ou pelos familiares deste, funcionando como uma acção privada, que passou a pública, denominada como *quiuis de populo* com a noção de que a infracção não afectava só o ofendido, mas toda a comunidade.

Na sua génese este tipo de processo não era apenas acusatório, mas amplamente contraditório, devido à passividade do juiz.

A disponibilidade do conteúdo do processo pertencia às partes, a estas cabia a prova dos factos sem que o juiz se intrometesse no apuramento de coisa alguma.

O juiz concedia ao acusador um mandato que lhe conferia poderes de investigação.

O Acusado podia fazer-se acompanhar de companheiros (*comes*), cabendo a estes fiscalizar as acções do acusador.⁶²

O sistema acusatório tem como principal característica o ser um processo de partes, em que o juiz tem o papel de árbitro, a quem cabe a função de disciplinar o confronto entre

⁶⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal*, Tomo I, Almedina, 2010, pág. 43 e sgs.

⁶¹ Idem, *Ibidem*

⁶² Idem. *Ibidem* e FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, Vol 1.º, Editora Danúbio, Lisboa, 1986, pág. 22 e sgs.

defesa e acusação, promovendo o respeito pelo contraditório, princípio base deste tipo de sistema.

No processo acusatório existem duas máximas que o caracterizam:

«Quem investiga e acusa não julga»;

«Quem julga não investiga, nem tem intervenção na acusação».

Tratando-se de um sistema em que o processo é conduzido pelas partes, é mais próximo do processo civil, em que o processo é conduzido pelas partes, e em que o princípio do contraditório assume maior plenitude.

5.2. Processo Inquisitório:

A denominação deste modelo provém do facto de se poder realizar officiosamente a investigação dos crimes. A investigação denominava-se inquisição.

Contrapõe-se ao modelo acusatório, em que o processo pertence às partes, no modelo inquisitório o *dominus* absoluto do processo é o tribunal. Julgador e acusador são uma e a mesma entidade. O réu praticamente não tem direitos, é mero objecto do processo. O tribunal investiga em segredo sem necessidade de contraditório, podendo mesmo prescindir de qualquer participação voluntária do réu.⁶³

Este modelo surge como modelo subsidiário ao acusatório, como forma de evitar a impunidade.

O Senado Romano cria os chamados *quaesitores*, cuja função é averiguar delitos dos quais havendo notícia não tivesse sido realizada a acusação; caberia então aos *quaesitores* acusar para que os infractores não ficassem impunes.⁶⁴

A concentração de poder, bem como a ausência de garantias de defesa levou a excessos, tais como a tortura e condenações injustas e muitas vezes conduzidas por interesses alheios à justiça.

Trata-se de uma estrutura própria de um Estado absoluto, autoritário, em que o indivíduo é suprimido, o interesse do Estado assume posição central e suprema.

Modelo totalmente contrário a um Estado respeitador da dignidade da pessoa humana.

⁶³ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pág. 359.

⁶⁴ Cfr. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Op. Cit.* Pág. 51 e sgs.

5.3. Processo Misto:

O processo misto dominou as reformas liberais do processo penal em toda a Europa, evoluiu-se de processo puramente acusatórios ou puramente inquisitórios para processos em que ambas as vertentes se misturam, surgindo diferentes modalidades em diferentes países, uns mais acusatórios outros mais inquisitórios, embora a tendência seja para um alargamento do princípio do acusatório.

Na actualidade revela-se um crescente movimento legislativo no sentido da protecção das garantias de defesa e dos direitos fundamentais do arguido, que não é objecto do processo, mas parte deste, tendo portanto direitos e não sendo um mero meio para a investigação.

No modelo misto o princípio do inquisitório está mais presente na fase de investigação enquanto que o princípio do acusatório está presente mais marcadamente na fase do julgamento, em que se consubstancia na manutenção e preservação das garantias de defesa.

5.4. A estrutura actual do processo penal português:

No nº5 do art. 32 da Lei Fundamental está consagrada a estrutura acusatória do processo penal, subordina-se ao princípio do contraditório a audiência do julgamento e os actos instrutórios.

Todavia, o modelo português não é totalmente acusatório, existindo uma fase de inquérito marcadamente inquisitória, cujo *dominus* é o Ministério Público, com poder para esclarecer oficiosamente a dúvida que deu início ao processo.⁶⁵

A consagração do modelo acusatório pela Constituição não significa que os princípios estruturantes deste modelo tenham igual incidência em cada uma das fases do processo, mas antes que estes determinam a sua estrutura essencial.⁶⁶

“A própria fase de julgamento, que assenta a sua estrutura em uma base acusatória, em que a acusação está em pé de igualdade com a defesa, é temperada pelo princípio da investigação judicial (art.º340 do CPP)”.⁶⁷

⁶⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal*, Tomo I, Almedina, 2010, pág. 75 e sgs.

⁶⁶ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pág. 359.

⁶⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal*, Tomo I, Almedina, 2010, pág. 78.

O nosso modelo processual é portanto misto, de índole marcadamente acusatória, mas temperado pelo inquisitório.

A lei de autorização legislativa que precedeu o Código de Processo Penal, Lei nº43/86, de 26-9, refere no seu art.º 2º, nº 2.4., que o processo penal estabelecerá máxima acusatoriedade, temperada com princípio da investigação judicial, trata-se de um processo acusatório mitigado ou temperado pelo princípio da investigação.

Como vimos no processo inquisitório o processo pode decorrer totalmente em segredo quer externa, quer internamente, no processo acusatório tal não é aceitável

A publicidade faz parte dos princípios fundamentais do sistema acusatório, como forma de garantir a participação do popular na administração da justiça, legitimando assim o poder judicial, garantindo o contraditório, contribuindo para alcançar a verdade material⁶⁸, até porque o excesso de secretismo faz levantar suspeitas, o que prejudica a presunção de inocência, e poderá inviabilizar o efeito prático de uma absolvição.

Mas o excesso de publicidade também não poderá ser aceitável, pois resultará em devassa e também conduzirá muito provavelmente à ineficácia de uma eventual sentença de absolvição.

⁶⁸ SILVA, Germano Marques da, *Do Processo Penal Preliminar*, pág. 61 e sgs.

6. QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DO NOVO REGIME DA PUBLICIDADE DAS FASES PRELIMINARES DO PROCESSO PENAL

I. Tem sido das questões mais controversas, e de extrema importância na matéria do confronto entre os órgãos judiciais e os órgãos de comunicação social, uma vez que é o regime legal que irá impor as regras com que os "atores" se deverão movimentar no ceio da questão do segredo de justiça, é essencial compreender as normas em vigor e as suas consequências, para depois poder apurar se a quebra do segredo de justiça se deve à falta de eficiência da lei, à sua desadequação, ou a outros fatores. E mesmo saber se o regime do segredo de justiça é ou não viável.

II. A alteração do paradigma do segredo de justiça levou vários autores a insurgirem-se contra a reforma, por esta se demonstrar pouco clara e na opinião de boa parte da doutrina, mesmo inconstitucional, como veremos.

“Alguns autores vêm designando o impacto da consagração da regra da publicidade no processo penal, mormente nas suas fases iniciais de investigação, como uma “revolução copernicana da natureza do inquérito”, o que pode, no entanto, fazer emergir inesperadas “consequências nefastas e imprevisíveis para a investigação criminal, no seu todo.”⁶⁹

Além da inversão da regra do segredo de justiça, também passou a caber ao Juiz de instrução decidir se o processo mesmo na fase preliminar deve ou não ser sujeito a segredo de justiça, o que também tem sido tema controverso na doutrina.

Há quem entenda que a atribuição ao Juiz de instrução do poder de decisão quanto à sujeição da fase preliminar do processo a segredo de justiça poderá ter resultados perversos e ser mesmo antissistemático, ao contrariar a posição do Ministério Público como *dominus* do processo, e afetando mesmo a imparcialidade do juiz. O que não é líquido, uma vez que se entender que o segredo de justiça faz parte dos direitos fundamentais do arguido, então o juiz pode e deve intervir, uma vez que as medidas restritivas de direitos fundamentais, são da exclusiva competência do juiz, sendo o juiz de processo penal um “juiz das liberdades”.

No seu artigo “Sete Teses Sobre a Reforma do Processo Penal”, o Prof. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ressalva como o Código de Processo Penal de 1987 está ancorado na Constituição e como se consubstancia nos seguintes axiomas:

“A independência estatutária da magistratura do Ministério Público, a direção da fase de investigação criminal pelo Ministério Público com o auxílio funcional das polícias, a

⁶⁹ “Inquérito Penal e Publicidade: Novas regras, os mesmos segredos”, *Revista do Ministério Público*, nº 119, Editorial Minerva, 2009, pág. 7.

abolição da “instrução judicial” prévia, a restrição da valoração judicial na fase de recebimento da acusação em julgamento, a restrição da contaminação da prova da audiência pela prova de inquérito, o domínio da produção da prova pelas partes, a divisão da audiência de julgamento em duas partes distintas com funções distintas, a existência de um sistema rigoroso de duplo grau de jurisdição e a delimitação do controlo da decisão sobre a matéria de facto na Relação e no STJ.”

O Prof. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE ressalva que “Qualquer um daqueles axiomas se relaciona com os restantes e qualquer alteração de um deles vai bulir com os restantes”, entende então que, “O legislador deve decidir se pretende manter ou se quer mudar o paradigma judiciário concretizado no CPP de 1987. A pretensão de realização de uma reforma “cirúrgica” é uma ilusão e induz em erro quer o decisor político durante o processo legislativo quer o intérprete no processo de aplicação do direito.”⁷⁰

Esta visão do Código de 87 como estando intimamente ligado à Constituição que deverá obrigar o legislador a “ter em consideração que as opções fundamentais concretizadas no CPP de 1987 encontram fundamento direto na Constituição da República e correspondem a uma experiência histórica adquirida desde 1945”⁷¹,

Não se defende que o Código se mantenha imodificado até à consumação dos séculos. Uma sociedade em constante mutação arrasta necessariamente consigo alteração das leis para as adaptar às exigências politico-jurídicas de cada tempo.

É importante que revisões não se confundam com reformas, pois as reformas é que têm o objetivo de modificar o modelo ou o sistema processual em vigor, tendo as revisões o objetivo de alterar as normas processuais de forma a torná-las mais adequadas e eficazes, mas dentro do paradigma em que assenta o Código de Processo Penal: “...o de um processo penal próprio de uma sociedade democrática avançada, preocupada com estabelecer um equilíbrio aceitável entre os interesses irrenunciáveis de um controlo da criminalidade adequado e eficaz e uma defesa consistente dos direitos fundamentais das pessoas e da comunidade como tal”.⁷²

A este respeito o PROF. FIGUEIREDO DIAS, alerta para como uma alteração legislativa com intenção de desatar um nó jurídico localizado, pode assumir sérias implicações e acarretar mesmo contradições sistemáticas insuperáveis, acabando por ser maior o dano que a vantagem que se pretendeu alcançar com a alteração

⁷⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, «Sete Teses sobre a Reforma do Processo Penal», in Armando Leandro et al., *Interrogações à Justiça*, Coimbra, Edições Tenacitas, 2003, pp. 411-420.

⁷¹ Idem, *Ibidem*

⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo, «Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português», in *RPCC*, Ano 18, N.ºs 2 e 3, Abril- Setembro 2008, pág.367 e sgs.

Revisões feitas nestes termos têm o que se pode chamar de “efeito pedra no lago”, em que o impacto no centro se fará sentir ao longo de todo o sistema. Como vimos com o PROF. PAULO PINTO ALBUQUERQUE, a alteração de um axioma processual afeta todos os outros.

Tanto o PROF. PAULO PINTO ALBUQUERQUE como o PROF. FIGUEIREDO DIAS entendem que a estrutura acusatória constitucionalmente prevista, supõe uma fase de investigação secreta dominada pelo Ministério Público, o que está bem explanado na citação de Mireille Delmas-Marty, feita pelo PROF. FIGUEIREDO DIAS, “de toute évidence, un minimum de secret s’impose”.

Ambos concordam que o atual nº1 do art.º 86 do Código de Processo Civil é inconstitucional por violação do disposto no nº3 do art.º 20 da Constituição, não se podendo falar numa adequada proteção do segredo de justiça.

São vários os autores que vêm nesta revisão do segredo de justiça (mais uma inversão, que uma revisão), a desfiguração da fase de inquérito, é o caso de SIMAS SANTOS, COSTA ANDRADE e ANTÓNIO HENRIQUE GASPAR, que caracterizam as novas soluções como antissistemáticas, além dos dois autores acima referidos.

O Prof. PAULO PINTO ALBUQUERQUE, aponta algumas peculiaridades desta reforma, escrevendo:

“... é inadmissível que o despacho judicial de exclusão do público à realização de determinado ato processual ou a parte do mesmo seja recorrível (art.º 87, nº1 conjugado com o art.º 399), mas o despacho do juiz que determina o segredo externo no inquérito seja irrecorrível, (art.º 86.º, nºs 2, 3 e 5) (...)

Não se compreende que o despacho menos grave que veda a publicidade externa num ato processual possa ser impugnado e o despacho mais grave que veda a publicidade externa em toda uma fase processual não possa ser impugnado. Por outro lado, não se compreende que no processo penal vigore uma regra de publicidade mais ampla do que no processo contraordenacional. Com efeito, contraria o princípio da proporcionalidade que o inquérito seja, em regra, público e o processo contraordenacional seja sempre secreto até à decisão da autoridade administrativa, como resulta claramente do artigo 371.º, n.º2, do CP (já notou esta “contradição”, MIGUEL MACHADO, e depois dele, no mesmíssimo sentido, COSTA

PINTO, , falando de uma “dupla assimetria”, o que torna a todos os títulos questionável a doutrina defendida no parecer da PGR n.º84/2007, de 26.3.2008)”⁷³.

Para o Prof. PAULO PINTO ALBUQUERQUE a direção da investigação deve ser assumida pelo Ministério Público, enquanto protagonista da defesa dos interesses da sociedade e das vítimas na investigação e perseguição de crimes, como estabelece o seu estatuto constitucional.

Na sua opinião a investigação não pode pertencer ao juiz, que no nosso sistema processual é um juiz das liberdades e não um juiz polícia, não lhe cabendo investigar ou instaurar processos, mas antes garantir os direitos fundamentais do arguido.⁷⁴

Neste ponto, é acompanhado por SIMAS SANTOS, que afirma que assim se introduziu mais uma entorse no modelo anterior, ao desenquadrar o juiz das suas funções de garantia e proteção de direitos. Conclui ainda pela inconstitucionalidade dos n.ºs 2, 3, 4, e 5 do art.º 86 e dos n.ºs 1 e 2 do art.º 89, por violarem os art.ºs 2, 20º, n.ºs 1 e 3, 32.º, n.º 5 e 219, n.º1 da Constituição.⁷⁵

Apesar de esta também ser uma questão relevante, a questão mais grave é a da nova regulamentação do segredo de justiça como aponta o PROF. FIGUEIREDO DIAS.

Não se compreende a razão de ser deste novo sistema de segredo de justiça, ou de ausência dele, pois um princípio de publicidade tão extenso não se observa sequer nos processos penais mais caracterizadamente acusatórios, como é exemplo o sistema norte-americano.⁷⁶

Para o PROF. FIGUEIREDO DIAS, o Parlamento fez tábua rasa do propósito da Unidade de Missão de harmonizar as características tradicionais da fase de inquérito.

O Parlamento deliberadamente pôs em marcha uma revolução copernicana da natureza do inquérito, abrindo “a porta à multiplicação de tensões entre, por um lado o MP e os órgãos de polícia criminal e, por outro lado, entre estes e o juiz de instrução”.⁷⁷

Na sua análise sobre a revisão de 2007, o PROF. FIGUEIREDO DIAS refere a sua obra de 1974, notando que já nessa altura se opunha a um processo em que não existisse uma fase instrutória em que se investigue uma *noticia criminis* sem participação contraditória do

⁷³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, Comentário do Código de Processo Penal, Universidade Católica Editora, 2011, pág. 253

⁷⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Sete Teses sobre a Reforma do Processo Penal, in Armando Leandro et al., Interrogações à Justiça, Coimbra, Edições Tenacitas, 2003, pp. 411-420.

⁷⁵ “Segredo de justiça e modelo de processo penal”, A Reforma do sistema penal de 2007 – Garantias e Eficácia – Justiça XXI (ASJP, CESFEUC e OPJ), Coimbra Editora, 2008, pág. 31

⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português, in RPCC, Ano 18, N.ºs 2 e 3, Abril- Setembro 2008, pág. 371

⁷⁷ Idem, Ibidem, pág. 372.

sujeito. Na sua opinião, mesmo que se defenda uma instrução plenamente contraditória, tal não invalida a existência de uma fase preliminar, bastando para isso dar-lhe carácter pré-processual.⁷⁸

Na sequência desta análise o PROF. FIGUEIREDO DIAS aplaude os esforços feitos pela doutrina em encontrar formas de interpretação restritivas do princípio da publicidade que agora se estabelece, não deixando de perguntar, se não seria preferível suscitar ao Tribunal Constitucional a questão da inconstitucionalidade do art.º 86, nº1 do Código de Processo Penal, que veio estabelecer a regra da publicidade, por ser contrário ao art.º 20, nº 3 da Constituição, uma vez que no seu entender este novo preceito não parece dar uma *adequada protecção* ao segredo de justiça.

FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO é um dos autores que procura realizar uma interpretação conforme a constituição do atual regime do segredo de justiça e mais concretamente do art.º 89, nº 6 do Código de Processo Penal, concluindo que se tal interpretação for julgada inviável, então terá que se concluir pela inconstitucionalidade do novo regime.

O referido autor aponta para o facto de que não sendo o segredo de justiça um valor em si, este tem uma vocação funcional, a de proteger a investigação e alguns interesses pessoais dignos de tutela nas fases preliminares (interesses dos arguidos, dos suspeitos, das vítimas, das testemunhas).

“Uma norma que assegura os interesses dos arguidos no acesso ao processo, mas desproteja a investigação, ao ponto de a pode pôr em causa, é uma norma contrária às exigências do art.º 20.º, nº3 da CRP”.⁷⁹

Para este autor, se não for possível uma interpretação restritiva do novo regime, então deverá concluir-se, “que o art.º 89, nº6, do CPP é inconstitucional porque, ao criar um regime de quebra automática do segredo interno num contexto que o acesso ao processo deixou de estar nas mãos do MP e passou a ser controlado pelo JIC (artigo 89.º, n.ºs 1 e 2), põe em causa de forma grave e desnecessária a investigação criminal, pelo que não garante uma adequada protecção ao segredo de justiça, como exige o artigo 20.º, n.º 3, da Lei Fundamental”.⁸⁰

O Tribunal Constitucional já foi chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade do art.º 89, nº 6, no Acórdão n.º 428/08 de 12 de Agosto.

⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português, in RPCC, Ano 18, N.ºs 2 e 3, Abril- Setembro 2008, pág. 373; e DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Processual Penal, 1ª ED. 1974, Coimbra Editora, pág. 269 e sgs.

⁷⁹ PINTO, Frederico Lacerda da Costa, Publicidade e Segredo na última revisão do Código de Processo Penal”, Revista do CEJ, 2008, nº9 (especial), pág. 7 e sgs.

⁸⁰ Idem, Ibidem

Na fundamentação do referido Acórdão, o Tribunal Constitucional ressalva que quanto à fase de inquérito sempre se entendeu que nela se impunha a derrogação do princípio da publicidade, e cita a seguinte frase de MARIA JOÃO ANTUNES:

“importando salientar que esta derrogação está até constitucionalmente legitimada, a partir das alterações introduzidas pela Lei Constitucional n.º 1/97 de 20 de Setembro, uma vez que o artigo 20.º, n.º 3, da CRP passou a prever que “a lei define e assegura a adequada proteção do segredo de justiça”.⁸¹

Ao longo da fundamentação do Acórdão são citados vários autores, segundo os quais o inquérito tem um carácter predominantemente secreto, o que não invalida que quando se demonstre necessário para a eficácia da defesa dos direitos do arguido o acesso aos autos, que este se verifique.

No ponto 2.4 da fundamentação o Tribunal irá fixar-se na questão que lhe foi colocada para apreciação, o saber se o art.º 89, n.º6, interpretado no sentido de que:

“deve ser permitida e não pode ser recusada, a todos os interveniente processuais, designadamente ao arguido, antes do encerramento do inquérito a que foi aplicado o segredo de justiça, a consulta irrestrita de todos os elementos do processo, neles incluindo dados relativos à reserva da vida privada de outras pessoas, abrangendo elementos bancários e fiscais sujeitos a segredo profissional nos termos do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras e da Lei Geral Tributária, juntos aos autos na sequencia de quebra do segredo nos termos do artigo 2.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, mas sem que tenha sido concluída a sua análise em termos de poder ser apreciado o seu relevo e utilização como meio de prova ou, pelo contrário, a sua destruição ou devolução nos termos do n.º 7 do artigo 86.º do CPP e do n.º 4 do artigo 3.º da Lei n.º 5/2002”.

O tribunal decide pela inconstitucionalidade da interpretação acima referida, por violação do art.º 20, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, tendo-se verificado um voto de vencido de BENJAMIM SILVA RODRIGUES.

Na declaração de voto de vencido BENJAMIM SILVA RODRIGUES, refere que a Lei Fundamental deixa expressamente ao legislador ordinário a tarefa de construir o regime do segredo de justiça, impondo apenas que seja seguido o princípio da proporcionalidade.

Ora, vimos antes, que segundo o Prof. PAULO PINTO ALBUQUERQUE, não é apenas o princípio da proporcionalidade que está em causa quando se legisla em matéria de Processo Penal, mas um conjunto de axiomas estreitamente ligados à Lei Fundamental. E

⁸¹ Acórdão TC n.º428/08 de 12 de Agosto, ponto 2.1.

como escreve o Prof. FIGUEIREDO DIAS, deve-se especial atenção ao sentido histórico-ideológico que os nossos *constitucional fathers* pretenderam conferir às normas, uma revisão que não tenha em conta o sistema processual em que se insere, nem os paradigmas, axiomas e princípios que o enformam, deixará de ser uma revisão para se revelar uma verdadeira “rutura silenciosa”.⁸²

BENJAMIM SILVA RODRIGUES na sua declaração de voto acrescenta ainda que, a lesão da intimidade da vida privada a existir decorre, não diretamente da atividade processual do arguido na consulta dos autos, mas da atividade anterior da investigação, pelo que não se compreende que continue a ser subtraída ao arguido a possibilidade de conhecer os elementos investigado, mesmo aqueles que não tenham aptidão para servir de meios de prova.

Mais à frente escreve que “os direitos cobertos pela reserva da vida privada, que estão em causa (elementos bancários e fiscais), nem sequer integram o conteúdo essencial de qualquer direito fundamental, demandando uma tutela constitucional mais enfraquecida”.

O Supremo Tribunal de Justiça no seu Acórdão de 20-06-2012, no ponto 2.2.1. faz uma longa análise do direito à reserva da vida privada:

“O direito à reserva da intimidade da vida privada, como direito fundamental inerente à própria dignidade do Homem, é proclamado nos diversos instrumentos internacionais de proteção dos direitos do Homem (a Declaração Universal dos Direitos do Homem faz-lhe referência no artigo 12.º, estando também consagrado no artigo 17.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e no n.º 1 do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

A Constituição, no n.º 1 do artigo 26.º, com a epígrafe “Outros direitos pessoais”, consagra o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar como direito fundamental pessoal, reconhecendo a todos “os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.”⁸³

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS definem o art.º 26 como sendo a “pedra angular” na demarcação dos limites ao exercício dos outros direitos fundamentais, por ser a expressão direta do postulado básico do respeito pela dignidade da pessoa humana.

⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo, Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português, in RPCC, Ano 18, N.ºs 2 e 3, Abril- Setembro 2008, pág.367 e sgs.

⁸³ Acórdão STJ de 20-06-2012; Processo – 417/10.2TTVNF.P1.S1

Segundo estes autores, o que o direito geral de personalidade significa é uma tutela abrangente de todas as formas de lesão de bens de personalidade independentemente de estarem ou não tipicamente consagradas.

Fazem ainda referência à teoria das três esferas, teoria também presente no Acórdão do Supremo acima citado, que distingue, esfera íntima, esfera privada e esfera social.

Definem este direito à reserva da vida privada como um dos que têm maior alcance prático, e como limite à obtenção de provas para prossecução da justiça penal.

E se ainda houvesse dúvidas, é referido o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 306/03, segundo o qual a reserva da vida privada e familiar abrange o segredo bancário.⁸⁴

Resumindo, este é sem dúvida um direito fundamental consagrado na Constituição da Republica Portuguesa, pelo que não se entende a afirmação de que elementos bancários e fiscais merecem menor proteção constitucional.

Também não se compreende a razão de permitir ao arguido acesso a elementos da investigação que não tenham aptidão para servir de meios de prova, pois tal só resultaria na continuação da devassa da vida privada.

Admitindo-se que a investigação violou ilegitimamente a reserva da vida privada ao aceder a elementos sem capacidade para servirem de prova no processo, então deverá aplicar-se a teoria dos frutos da árvore envenenada, segundo a qual, se faz comunicar o vício da ilicitude por derivação.

O Acórdão n.º 428/08 de 12 de Agosto do Tribunal Constitucional, como o Prof. JOSÉ LOBO MOUTINHO, adjectiva na sua análise do mesmo, revela-se complexo e multifacetado, e bastante limitado na resolução do problema da constitucionalidade do novo regime.

O próprio Acórdão admite que a questão de constitucionalidade que lhe cabe resolver no caso, é bem mais limitada que a questão da “apreciação de juízo de inconstitucionalidade com alcance mais vasto, que a doutrina tem dirigido ao novo regime da publicidade do inquérito.”⁸⁵

A questão da constitucionalidade do novo regime do segredo de justiça tem-se revelado polémica e complexa.

Há quem defenda o fim do segredo de justiça no processo penal, é o caso do atual Bastonário da Ordem dos Advogados, Dr. MARINHO PINTO, que defendeu o fim do

⁸⁴ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pág. 280 e sgs.

⁸⁵ MOUTINHO, José Lobo, “A limitação temporal do segredo do processo relativamente ao arguido - O pós-Acórdão n.º 428/08 do Tribunal Constitucional”, in Estudos Dedicados ao Professo Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011.

segredo de justiça no seu Discurso na Abertura do Ano Judicial de dia 28/01/2010, expressa essa opinião afirmando que “O segredo de justiça foi transformado numa verdadeira farsa e já é tempo de lhe pôr termo — ou à farsa ou ao segredo”.⁸⁶

Poucas são as vozes que optam por um discurso tão radical, a maioria dos autores tem vindo a considerar o novo regime se não inconstitucional, pelo menos muito desadequado.

O Prof. GERMANO MARQUES DA SILVA apesar de não considerar inconstitucional o regime da publicidade, define-o como “inviável na prática”, não satisfazendo “qualquer interesse digno de proteção”⁸⁷.

⁸⁶ http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=112470&ida=112476

⁸⁷ “A Publicidade do Processo Penal e o Segredo de Justiça. Um novo paradigma” Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 18.º - N.ºs 2 e 3 Abril-Setembro, 2008, pág. 274.

7.RELAÇÃO ENTRE OS MEDIA E A JUSTIÇA

Órgãos de comunicação social e Órgãos Judiciais agem de acordo com lógicas diferentes, para os primeiros o mais importante é informar, para os segundos o essencial é alcançar uma justiça efetiva, respeitar a lei e as garantias legais.

A decisão judicial não será necessariamente de condenação, poderá ser uma absolvição. Não se procura punir a todo o custo, mas punir quando haja indícios suficientes para concluir que foi praticado um crime e se verifique o elemento da culpabilidade.

Nas palavras de PIERRE BOURDIEU, “Os jornalistas têm os seus *óculos* particulares através dos quais vêem certas coisas e não outras; e vêem de uma certa maneira as coisas que vêem. Operam uma seleção e uma construção daquilo que é selecionado (...) o princípio da seleção é a procura do sensacionalismo, do espetacular.”⁸⁸

A chamada *cultura de massa*, molda a atuação dos media, que agem de acordo com o público-alvo, público menos culto e menos exigente exigirá informação menos tratada, será menos crítico e reflexivo quanto à informação veiculada pelos meios de comunicação.

Mas se é verdade que os *media* têm os seus óculos particulares, o mesmo se diga dos órgãos judiciais, que também têm a sua própria esfera e estão necessariamente condicionados ao seu campo social. Como refere PLÁCIDO CONDE FERNANDES, Procurador Adjunto e docente no Centro de Estudos Judiciários, “O campo dos *media* e o campo da justiça, são, nesta aceção, dois campos sociais estrategicamente autónomos. Cada campo social apresenta um sentido geral próprio da coexistência com outros campos e um padrão próprio das interdependências entre os seus membros – as *frames* ou quadros simbólicos da experiência, em que os agentes sociais desenvolvem a interação.”⁸⁹

Esta natureza diferente das instituições leva a que muitas vezes entrem em conflito, pois para os Órgãos Judiciais muitas vezes é preferível manter a informação em segredo para não inviabilizar a obtenção da verdade material, já para os *Media*, a informação é algo que deve ser transmitido e não mantido em segredo.

Já em 2004 Jorge Sampaio, na qualidade de Presidente da República, afirmava por ocasião da cerimónia de abertura do ano judicial:

⁸⁸ BOURDIEU, Pierre, *Sobre a Televisão*, Celta Editora, 3ª reimpressão, 2005, pág. 14

⁸⁹ FERNANDES, Plácido Conde, *Justiça e Media: Legitimação pela Comunicação*, *Revista do CEJ*, nº 10, 2008, pág. 311 e sgs.

“Num tempo em que procuram encontrar-se e compatibilizar-se o tempo mediático e o tempo judicial, tribunais e média, não podem os agentes da justiça continuar a ignorar praticamente tudo sobre as ciências da comunicação e prescindir da aprendizagem das boas práticas na relação entre profissionais do foro e da comunicação social. (...) Todos sabemos que o tempo da decisão judicial dificilmente se compatibiliza com as exigências inelutáveis de uma comunicação, cada vez mais, em tempo real. Mas isso não pode servir de pretexto para que se mantenha a opacidade do fenómeno judiciário, que tem sido objeto de frequente e justa censura, e para que as relações entre tribunais e media sejam, as mais das vezes, colonizadas pela violação do segredo de justiça. (...) A publicidade, custe a quem custar, é uma forma insubstituível de controle da Justiça pela comunidade.”⁹⁰

Daí ser de tal forma premente proceder à harmonização das relações entre órgãos judiciais e órgãos de comunicação social. Nos dias de hoje é indispensável a cooperação e entendimento entre estas duas entidades. Só assim se poderá realizar plenamente o Estado democrático.

7.1. Atividade Jornalística e a sua regulamentação:

Sendo a atividade jornalística um dos principais meios de difusão de informação, e uma das mais completas formas do exercício da liberdade de expressão, é importantíssima numa sociedade livre e democrática.

Não se pode deixar de ter em conta que estes agentes da sociedade são as pessoas que compõe o chamado quarto poder, e todo o poder necessita de ser balizado, sob pena de se tornar abusivo.

A atividade jornalística é desde logo regulamentada pela Lei Fundamental, que prevê não só a liberdade de expressão e informação, como a liberdade de imprensa e meios de comunicação social (art. ° 37 e 38), fundamentais para esta atividade.

A Constituição prevê ainda no seu art.º 39, a Regulação da comunicação social, remetendo para a lei a tarefa de definição e composição da entidade reguladora, sendo atualmente a denominada ECR – Entidade Reguladora para a Comunicação Social que veio extinguir a Alta Autoridade para a Comunicação Social através da Lei nº 53/2005 de 8 de Novembro.

A ERC cabe exercer os poderes necessários à regulamentação e supervisão da Comunicação Social, devendo ter um papel ativo de regulação e não meramente passivo,

⁹⁰ http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31623&idsc=31626&ida=18361

devendo agir sempre que entenda necessário e não apenas quando solicitada (art.º 1º e 4º da Lei nº 53/2005 de 8 de Novembro).

A atividade jornalística deve ainda obedecer ao disposto na Lei n.º 1/99 de 13 de Janeiro que aprova o Estatuto do Jornalista, devendo pautar-se pelos deveres de respeito pela ética profissional, rigor, isenção, respeito pela presunção de inocência, abstenção de formulação de acusações, abster-se de ferir a a dignidade das pessoas, respeitar a privacidade das pessoas tendo em conta a sua condição e a natureza do caso (art.º 14 do Estatuto do Jornalista).

O código deontológico do jornalista, aprovado em 4 de Maio de 1993, começa por estabelecer no seu nº1 o dever de relatar com rigor, exatidão e honestidade os factos, devendo estes ser comprovados.

Deverá ainda ser clara para o público a distinção entre notícia e opinião.

A informação relatada deve portanto ser clara, objetiva e imparcial.

A inobservância destes deveres tem levado não só a processos disciplinares, como processos judiciais, quer de cariz indemnizatório, quer de cariz criminal, consoante a gravidade do caso, estaremos perante responsabilidade contraordenacional ou penal, como estabelece o nº3 do art. 37 da Constituição.

Muitas das vezes os processos envolvendo questões sobre a liberdade de expressão chegam ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em que como vimos antes, o que decide se houve ou não violação desta liberdade são os três requisitos do art.10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (restrição ser prevista na lei, dirigida a um dos fins previstos no art.º10º, e ser necessária numa sociedade democrática).

Muitas vezes o Estado Português tem sido condenado por violar o art.º 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, uma vez que as decisões dos tribunais portugueses em regra são menos liberais que as do Tribunal Europeu que considera que as restrições à liberdade de expressão devem ser o mínimo possível, porque só assim se poderá formar uma opinião livre e esclarecida.

Foi inclusivamente emitido pela Assembleia Parlamentar da União Europeia uma recomendação para que os Estados Membros descriminalizem a difamação, de forma a erradicar o recurso abusivo aos tribunais penais.⁹¹

O Acórdão mais recente que veio condenar o Estado Português por violação do art.º 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, *Bargão e Domingos Correia c. Portugal*

⁹¹ Recomendação da Assembleia Parlamentar 1814 (2007) – 4 de Outubro de 2007

de 15 de Novembro de 2012, no qual se tratou de um caso de alegada difamação de funcionário público, tendo o tribunal vindo a decidir que não se tratou de difamação, mas de mera emissão de julgamento de valor, e que este tinha interesse público, na medida em que é do interesse dos cidadãos saber se a Administração Pública está ou não a funcionar corretamente.

Tem sido entendido que apesar de ser exigível que o jornalista ao relatar factos seja diligente o suficiente para garantir a fiabilidade das suas fontes, seria uma verdadeira *diabolica probatio* exigir que este fizesse prova indubitável da verdade desses mesmos factos, além de um escrutínio destes criar o chamado *chilling effect*, e resultar numa espécie de censura, tornando quase impossível a livre atuação dos meios informativos, que teriam sempre que verificar cuidadosamente a verdade de tudo o que pretendessem transmitir. Tal não é compatível com uma sociedade democrática em que se pretende uma saudável troca de ideias e opiniões, bem como o efetivo exercício da liberdade de informação e expressão em todas as suas vertentes.

7.2. Liberdade de expressão/liberdade de imprensa e os direitos de personalidade:

A liberdade de expressão e informação e a liberdade de imprensa são liberdades correlacionadas, previstas na Lei Fundamental, no art.º 37 e art.º 38 respetivamente.

A liberdade de expressão e os direitos de se informar e de ser informado, são de cariz individual, já o direito de informar tanto poderá ser individual como institucional. Já a liberdade de comunicação social terá que ser necessariamente institucional.

A liberdade de expressão é além de um direito um fenómeno de poder, ao contrário da liberdade de expressão e de informação, o que leva a que a Constituição tenha feito um tratamento em dois artigos destas liberdades⁹², tendo ainda previsto no art.º 39 a regulação deste poder, a comunicação social, caracterizada por muitos como o quarto poder, precedido do poder Legislativo, Executivo e Judicial, tripartidarismo fundado pela teoria política de Montesquieu no séc. XVIII.

Este quarto poder é hoje de tal forma relevante que influência inevitavelmente os restantes, ao influenciar toda a sociedade em si.

Numa sociedade de informação como a que vivemos hoje, é impossível negar o poder dos meios de comunicação que não só são como um espelho da sociedade que integram, como

⁹² MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pág. 434

chegam mesmo a moldar a mesma. Hoje a chamada opinião pública tem extrema relevância, servindo como meio de “medir o pulso” à sociedade em que se insere.

“O jornalismo pode ser mobilizado, mesmo por movimentos sociais sem grande poder que saibam criar estratégias de comunicação, numa luta simbólica jogada no “tabuleiro do xadrez jornalístico”, atuando então como um autêntico e legítimo contrapoder. Por outras palavras, trata-se de “um quarto poder que periodicamente consegue realizar o seu potencial de contrapoder”...”⁹³

Assim como os três poderes se limitam entre si, também esta limitação entre poderes se aplica ao quarto poder, que é limitado pelos outros três e os limita correlativamente.

Esta limitação correlativa entre o quarto poder e os restantes está bem presente na expressão “watchdog” (cão de guarda) da democracia, hoje muito utilizada mesmo na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que sublinhou pela primeira vez este papel da imprensa como “cão de guarda”, no caso *Lingens v. Austria* (1986)⁹⁴.

A liberdade de imprensa é “apenas uma qualificação da liberdade de expressão e de informação, ela compartilha de todo o regime constitucional desta, incluindo a proibição de censura, a submissão das infrações aos princípios gerais do direito criminal, o direito de resposta e de retificação”, configurando-se “como um modo de ser qualificado das liberdades de expressão e de informação, consistindo, portanto, no exercício destas através de meios de comunicação de massa, independentemente da sua forma (impressos, radiofónicos, audiovisuais)”⁹⁵.

No contexto de um Estado de Direito baseado na dignidade da pessoa humana (art.º 1º da Lei Fundamental), a liberdade de imprensa é um elemento essencial, consiste numa instituição moral e política basilar e irrenunciável da sociedade democrática

Trata-se de um direito fundamental, e como tal deve ressaltar-se a intangibilidade do seu núcleo essencial.

Partindo do princípio que *nenhum homem é uma ilha*, proclamado por JOHN DOWNE, o “contacto social” tende a gerar conflitos, ora o Direito é nada mais que a disciplina do “contacto social” e da conflitualidade, e a ratio da Constituição é a de decidir da tensão indivíduo-comunidade.

⁹³ FERNANDES, Plácido Conde, *Justiça e Media: Legitimação pela Comunicação*, *Revista do CEJ*, nº 10, 2008, pág. 331.

⁹⁴ BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas*, Coimbra Editora, 2010, pág. 67 e sgs.

⁹⁵ CANOTILHO, J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, pág. 230

A consagração no art.º 1º da Lei Fundamental da dignidade da pessoa humana como valor supremo da sua constelação axiológica, constitui a pedra de toque da opção por uma sociedade livre e democrática vinculada ao direito, e que dá origem ao postulado segundo o qual a tutela da dignidade da pessoa humana há-de valer como o princípio e o critério supremo de interpretação e aplicação de todo o direito⁹⁶.

O que nos leva a concluir que a colisão de direitos será decidida tendo em conta o valor supremo da dignidade da pessoa humana, e o princípio decisório da proporcionalidade.

A conflitualidade entre a liberdade de imprensa e os bens jurídico-penais pessoais (honra, segredo, privacidade, intimidade, palavra, imagem) são de complexidade extrema, porventura única, que desafia o engenho e mina de escolhos o caminho do intérprete e aplicador do direito⁹⁷.

A liberdade de expressão e informação e a liberdade de imprensa como qualificação da primeira, são indispensáveis e nucleares numa sociedade livre e democrática assente no primado do Direito, são direitos fundamentais, constitutivos da essência da sociedade em que se inserem e caracterizadores desta. São pilares na base da sociedade democrática.

“O direito fundamental de liberdade de expressão, como a mais directa expressão (unmittelbarster Ausdruck) da personalidade humana na sociedade, é um dos mais proeminentes direitos do Homem (um des droits le puls précieux de l’homme segundo o art. 11 da declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Ela é pura e simplesmente constitutiva para uma ordenação estadual livre e democrática, pois só ela torna possível o permanente debate cultural, o confronto de opiniões que é seu elemento vital. Ela é, em certo sentido, o fundamento de toda a liberdade, “*the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom*”.”⁹⁸

Tal não invalida a necessidade de balizar essa liberdade, estando a sujeita à concordância prática com outros direitos, designadamente os direitos pessoais (art.º 25, nº1, e 26 da Constituição), bem como restrições impostas pelo segredo de justiça (art.º 20, nº3 da Constituição)⁹⁹, e demais restrições de origem constitucional e legal.

⁹⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal – Uma perspetiva jurídico-criminal*, Coimbra Editora, 1996, pág. 12 e 13.

⁹⁷ Idem, *Ibidem* Pág. 36 e 38.

⁹⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal – Uma perspetiva jurídico-criminal*, Coimbra Editora, 1996, pág. 44

⁹⁹ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pág. 430.

Para exemplificar e explicitar esta relação de limitação recíproca entre lei geral e direito fundamental, o Prof. COSTA ANDRADE enuncia o *leading case* decidido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão conhecido por Lüth-Urteil (15.1.1958).

Deste *leading case* surgiriam vários princípios hoje comumente utilizados na doutrina, princípio da ponderação de bens, o princípio do efeito recíproco (*Wechselwirkung*) e o princípio do efeito-de-irradiação (*Austrahlungswirkung*). A relação entre a liberdade de imprensa e valores conflitantes não é estática, não tem fronteiras pré-determinadas. Por outro lado, as normas de direito ordinárias que limitem a liberdade de imprensa terão de estar sempre iluminadas pela luz da Constituição.

Como refere o Prof. COSTA ANDRADE, o estatuto de direito fundamental da liberdade de imprensa impõe limites aos limites a impor à liberdade de imprensa. Aponta ainda para o facto de a ordenação jurídica democrática não reconhece a qualquer direito, em definitivo, o valor absoluto.¹⁰⁰

¹⁰⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal – Uma perspetiva jurídica-criminal*, Coimbra Editora, 1996, pág. 43 e sgs.

CONCLUSÃO

I. Pelo estudo que ora concluimos e após a análise feita sobre o tema segredo de justiça e comunicação social, tendo observado as recentes alterações legislativas ao regime do segredo de justiça e os sistemas de segredo de alguns dos ordenamentos estrangeiros, retiramos a necessidade de existência de um mínimo de segredo na investigação.

Não pode existir investigação bem sucedida sem que haja pelo menos algum segredo de justiça. O segredo de justiça interno é indispensável para que se diminua o risco de destruição e ocultação de provas e o segredo de justiça externo é frequentemente necessário para preservar o bom nome do arguido e garantir o seu direito fundamental à presunção de inocência. O segredo de justiça externo é ainda importante para preservar o público de informação precipitada e não tratada.

Quando ao novo regime do segredo de justiça, ou talvez o mais correto será dizer, novo regime da publicidade do processo, uma vez que a regra passou a ser a da publicidade. Como vimos, tem sido um regime muito contestado, considerado mesmo inconstitucional por boa parte da doutrina.

Saber se o regime é ou não inconstitucional é uma questão complexa, aparentemente o regime parecer contender com o nº3 do art.º 20 da Lei Fundamental.

O Prof. FIGUEIREDO DIAS, ressalva bem como o novo regime parece não fazer uma adequada proteção do segredo de justiça, e como isso pode resultar em inconstitucionalidade por desrespeito ao nº3 do art. 20º da Constituição.¹⁰¹

Seguindo o pensamento do Prof. GERMANO MARQUES DA SILVA, entendemos que não será inconstitucional, mas extremamente inadequado e até contraproducente, não conseguindo de todo o objetivo da revisão de 2007, que terá sido a obtenção de uma concordância prática entre a necessidade de preservar a investigação e as garantias de defesa.¹⁰²

Não só a doutrina como a jurisprudência, de forma mais ou menos direta, têm vindo a apontar a necessidade de revisão e alteração dos art.ºs 86, 87 e 89 do Código de Processo Civil. A demora na revisão legislativa destes preceitos pode ter graves consequências,

¹⁰¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português, in RPCC, Ano 18, N.ºs 2 e 3, Abril- Setembro 2008, pág.367 e sgs.

¹⁰² PEREIRA, Rui, A crise do processo penal, Revista do Ministério Público, ano 25º, nº97, Janeiro-Março de 2004, pág. 17 e sgs.

permitindo que direitos fundamentais sejam afetados por falta de uma lei verdadeiramente garantística dos mesmos, que tenha em conta como se pretendia inicialmente, o equilíbrio entre as garantias de defesa e a necessidade de preservar a investigação, para que se alcance a verdade material, que é no fundo o verdadeiro objetivo do processo penal, que pretende sempre obter uma verdade que permita a correta aplicação da justiça.

Há quem defenda que o Segredo de Justiça não tem qualquer utilidade por ser constantemente violado, pelo que mais valia não existir.

Este argumento não podia estar mais errado, pois se uma norma perde o seu valor apenas por ser constantemente violada, então de nada serviria a criminalização do homicídio ou das ofensas contra a integridade física.

É do conhecimento geral que a violação do segredo de justiça é um facto, mas não será tão regular como se possa pensar, uma vez que são milhares os processos que em segredo de justiça, e a quebra deste em regra verifica-se nos processos mediáticos e não nos outros.

Para combater a violação do segredo de justiça não basta criar novas leis, pois a lei pode ser dissuasora, mas não é suficiente para impedir o comportamento ilícito, principalmente se o crime compensar, como é muitas vezes o caso, uma vez que o ganho que uma notícia referente a matéria protegida pelo segredo de justiça em casos mediáticos pode gerar ganhos económicos de elevada monta.

É necessário pensar não só formas de tornar o ilícito menos apetecível, criando penalizações que contrabalançam os eventuais ganhos que este possa acarretar.

É também necessário uma prevenção de nível pedagógico, educando a sociedade para que perceba as consequências da violação do segredo de justiça não só para os sujeitos processuais, mas para toda a comunidade, que ao invés de mais informada e mais próxima da justiça, se encontrará mais desinformada e mais próxima da injustiça.

Como nos ensinou Immanuel Kant, a sociedade ideal é aquela em que o Homem age corretamente por vontade própria, não porque a lei o obrigue, não por receio, mas por saber ser a forma correta de agir. Só uma sociedade educada para o bem agir poderá assim proceder.

Se uma sociedade que não respeita o princípio da publicidade do processo não é verdadeiramente democrática, então uma sociedade que não compreende a necessidade e a função do segredo de justiça também não é uma sociedade verdadeiramente consagrada ao primado do Direito.

II. Centramo-nos agora na questão da relação entre órgãos de comunicação social e órgãos judiciais. Não basta aqui a criação de gabinetes de imprensa, ou mesmo a cooperação entre comunicação social e a justiça.

É necessário que o poder legislativo e executivo também tenham um papel na harmonização destas entidades, e que ao invés de dificultar a relação entre elas, as facilite e agilize.

Parece-nos razoável a ideia de que qualquer Estado de matriz democrática tem necessidade de um processo publicitado, para que a sociedade possa exercer a sua fiscalização do poder judicial, mas também necessita de uma fase de segredo de investigação, seja este segredo intitulado de segredo de justiça ou não, seja um segredo desde o início da investigação até ao final desta, ou apenas momentâneo.

Tendo em conta os direitos de defesa do arguido, o segredo interno, em nossa opinião, deve durar apenas o tempo necessário para a obtenção das provas e manutenção de uma investigação eficiente, já o segredo externo também pelo prisma do arguido, será preferível ser mantido enquanto durar a fase de investigação, uma vez que esta se destina a perceber se existe ou não matéria suficiente para sujeitar o arguido a julgamento, logo, não havendo segredo externo poderia dar-se o caso de não havendo matéria suficiente para que o processo seguisse para julgamento, e dando-se o arguido como inocente, este já ter sido julgado em praça pública e condenado.

Não há razão que justifique tal atentado ao bom nome da pessoa investigada, nem mesmo o chamado interesse público, uma vez que a transmissão de informação parcialmente investigada e tratada, e muitas vezes distorcida, não preenche o interesse público, criando no público uma verdadeira desinformação ao invés do que se pretende, que é a informação clara e objetiva deste.

Não podemos esquecer que o manter a informação em segredo na fase de investigação em nada prejudica o princípio da publicidade, fundamental num Estado democrático, uma vez que finda a investigação a informação será liberada, podendo o público ter acesso a esta.

No caso do arguido será difícil aceitar um segredo tão fechado, uma vez que os direitos de defesa têm que ser protegidos e ao arguido deve ser dada toda a informação necessária à realização efetiva desses direitos, desde que tal não coloque em risco a investigação.

O que surge como imperativo é uma coordenação de esforços das várias áreas sociais, dos vários poderes para uma cooperação efetiva na resolução de um problema que não é só do arguido ou do legislador, ou dos juristas, mas de todos, pois não só os *media*, como todos os membros da sociedade “não são dissociáveis da democracia que os funda, nem são inimutáveis face à democracia que ajudam a construir.”¹⁰³

Os quatro poderes, legislativo, executivo, judicial e comunicação social, tem que se ver não como poderes contrapostos, mas como peças de uma mesma máquina, interligadas, que só funcionarão corretamente se funcionarem em conjunto.

¹⁰³ OLIVEIRA, Paquete de, Também no reino da liberdade de opinião “nem tudo o que luz é ouro” (CIMJ, 2002)

Bibliografia:

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4ª Edição, Universidade Católica Editora
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Sete Teses sobre a Reforma do Processo Penal*, in Armando Leandro et al., *Interrogações à Justiça*, Coimbra, Edições Tenacitas, 2003
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal – Uma perspetiva jurídica-criminal*, Coimbra Editora, 1996
- BELEZA, Teresa Pizarro e PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Direito Processual Penal, Os sujeitos processuais e as partes civis, Tópicos de estudo*, 2001
- BOURDIEU, Pierre, *Sobre a Televisão*, Celta Editora, 3ª reimpressão, 2005
- BRAVO, Jorge dos Reis, “*Inquérito Penal e Publicidade: Novas Regras, os mesmos segredos*”, Revista do Ministério Público, nº 119, Editorial Minerva, 2009
- BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas*, Coimbra Editora, 2010
- CANOTILHO, J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora
- Conselho Superior da Magistratura, II Encontro Anual – 2004, *Balanço da Reforma da Ação Executiva – Segredo de Justiça e Dever de Reserva*, Coimbra Editora, 2005
- D. Siracusano, A. Galati, G. Tranchina e E. Zappalà., *Diritto Processuale Penale*, volume secondo, Giuffrè Editore, 2004
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, 1ª ED. 1974, Coimbra Editora
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português*, in RPCC, Ano 18, N.ºs 2 e 3, Abril- Setembro 2008
- FERNANDES, Plácido Conde, *Justiça e Media: Legitimação pela Comunicação*, Revista do CEJ, nº 10, 2008
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, Vol 1.º, Editora Danúbio, Lisboa, 1986
- LEITE, Inês Ferreira, *Segredo ou Publicidade? A tentação de Kafka na Investigação Criminal Portuguesa*, RMP, nº 124, Ano 31, Out-Dez 2012
- LUCAS, Ana Paula Zeferino, *O segredo de Justiça*, publicado em Janus, 2004
- Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal Comentários e notas práticas*, Coimbra Editora, 2009
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005
- Mireille Delmas- Marty and J. R. Spencer, *European Criminal Procedures*, Cambridge Studies in International and Comparative Law
- MOUTINHO, José Lobo, “*A limitação temporal do segredo do processo relativamente ao arguido - O pós- Acórdão n.º 428/08 do Tribunal Constitucional*”, in Estudos Dedicados ao

Professo Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011

- NEVES, Castanheira, *Sumários de Processo Criminal*, 1968, Coimbra
- OLIVEIRA, José Manuel Paquete de, *Também no reino da liberdade de opinião «nem tudo o que luz é ouro»*, in *Media, Jornalismo e Democracia – Comunicações apresentadas ao seminário internacional*, Coleção Media e Jornalismo, ed. Livros Horizonte, Lisboa, 2002
- PEREIRA, Rui, *A crise do processo penal*, Revista do Ministério Público, ano 25º, nº97, Janeiro-Março de 2004
- PINHEIRO, Rui e MAURÍCIO, Artur, *A constituição e o Processo Penal*, Clássicos Jurídicos, 1ª Ed. 1974, Coimbra Editora
- PINTO, Frederico Lacerda da Costa, *Publicidade e Segredo na Última Revisão do Código de Processo Penal*, Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal, Revista do CEJ, 1º semestre 2008, nº9 (especial)
- PRATA, Ana e outros, *Dicionário Jurídico*, Vol. II, Direito Penal e Direito Processual Penal, 2ª Edição, Almedina Editora, 2011
- SANTOS, Simas e HENRIQUES, Leal, *Código de Processo Penal Anotado*, Volume I, 3ª Edição, Rei dos Livros
- SANTOS, Manuel Simas, “*Segredo de justiça e modelo de processo penal*”, *A Reforma do sistema penal de 2007 – Garantias e Eficácia – Justiça XXI* (ASJP, CESFEUC e OPJ), Coimbra Editora, 2008
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, Editorial VERBO, 2008
- SILVA, Germano Marques da, “*A Publicidade do Processo Penal e o Segredo de Justiça. Um novo paradigma*” Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 18.º - Nºs 2 e 3 Abril-Setembro, 2008
- SILVA, Germano Marques, *Curso de Processo Penal Vol. II*, 4.ª Edição, Editorial Verbo, 2008
- SILVA, Germano Marques, *Do Processo Penal Preliminar*, Editorial Minerva, 1990
- SILVA, Paulo Neves da, *Dicionário de Citações*, Âncora Editora, 2009
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal*, Tomo I, Almedina, 2010
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Edições 70

Sites de referência:

www.dgsi.pt

www.oa.pt

<https://e-justice.europa.eu/home.do?plang=pt&action=home>

<http://curia.europa.eu/>