

SEGREDO DE JUSTIÇA EM PROCESSO PENAL

Breves reflexões

Permitam-me que felicite, antes de mais, a *República do Direito* pela organização do presente debate sobre os segredos. Para quem entende que, numa “democracia deliberativa”, o modelo de definição do interesse e da vontade colectiva da comunidade não pode limitar-se ao apuramento da maioria, expressa em actos eleitorais de quatro em quatro anos ou em sondagens sob a influência de avalanches informativas volúveis consoante as apetências do momento, e requer antes o constante debate e a troca de ideias e argumentos, para formação de uma consciência informada e crítica, entidades e iniciativas como as da *República do Direito* são fundamentais: é por elas que passa a possibilidade de construção de uma verdadeira “República de Razões” – e não apenas de vontade ou de autoridade (ainda que da maioria) – como aquela de que eu gostaria de ser cidadão. E isto é particularmente relevante, quando está em causa um tema, como o do segredo, que, em certos âmbitos, paradoxalmente, toca no próprio âmago desta concepção – pois nada de mais contraditório pode existir com ela do que uma generalizada *arcana praxis* das instituições...

A minha primeira reacção quando me convidaram a participar neste debate foi perguntar-me que poderia esperar-se de mim, e, portanto, que razões poderiam ter determinado o convite. Sem dificuldade me dei conta de que, não sendo processualista – nem civil, nem penal –, a explicação apenas poderia residir no contacto que, por força do desempenho de funções como juiz constitucional, me tem sido proporcionado com a realidade judicial e, em particular, com a jurisprudência constitucional sobre o segredo de justiça.

segredo sobre a sua esfera privada e, quando os factos que constam do processo a atingirem, ou à sua honra – que é o mais frequente – pretende tanto quanto possível evitar a sua divulgação, tendo, pois, também interesse no segredo do processo.

Importa, desde já, frisar que o segredo de justiça não é um *valor* em si, ou qualquer finalidade a prosseguir por si mesma – é antes um mero *instrumento*, sendo indispensável precisar tal instrumentalidade. Pode dizer-se que, sendo previsto com a *finalidade* de evitar o prejuízo para a *eficácia da investigação* resultante do conhecimento dos actos do inquérito ou de outros elementos, tem também, por outro lado, pelo menos, o *efeito* de proteger *interesses do visado*, ainda mero suspeito, cuja honra poderia ser irreversivelmente lesada pela divulgação da suspeita, ainda que não viesse a ser acusado, por se concluir pela inexistência de indícios – trata-se de evitar aqui, pelo menos em casos de interesse do público, a substituição do inquérito e eventual julgamento judicial, pela imediata “condenação mediática” (e, assim, também, em certa medida, um efeito sobre a imparcialidade do julgamento – pelo menos, do que é efectuado pelo público).

Esta *duplicidade de interesses* que resultam protegidos pelo segredo de justiça, constitui, a meu ver, um considerável factor de complicação para a definição dos seus limites e das possibilidades do seu levantamento: é que os interesses que tal instrumento protege *não são todos disponíveis* pelo respectivo protagonista processual (o que é claramente o caso, pelo menos, para a eficácia da investigação criminal), nem tem a sua posição do caso concreto de *apontar no mesmo sentido*. Pode não haver prejuízo para a investigação com o levantamento do segredo de justiça, mas o visado ser prejudicado; ou, vice-versa, poderá a divulgação prejudicar a investigação, pretendendo-a, porém, o visado (devendo, porém, considerar-se que, nesta

medida, o interesse deste é disponível, o que logo mostra que a instrumentalidade em relação aos seus interesses o é também em relação à sua vontade).

Nota-se, aliás, muitas vezes, que a divergência na discussão em torno do segredo de justiça se filia logo na diferente interpretação dos interesses que por este são servidos.

Em casos que deram origem a decisões do Tribunal Constitucional encontramos, também, eco desta divergência, reflectida na questão da possibilidade de constituição do arguido como assistente em processo penal por crime de violação de segredo de justiça: tendo os tribunais recorridos negado essa possibilidade, o Tribunal Constitucional decidiu, no acórdão n.º 579/2001 (e também, de certa forma, o acórdão n.º 79/2002), que a norma do Código Penal que prevê este crime (o artigo 371º) não é inconstitucional na interpretação “segundo a qual a tutela dos direitos de defesa, de protecção da intimidade, do bom nome e reputação e da presunção de inocência de um arguido num processo, relativamente ao qual se indiciou a violação do segredo de justiça, não é de atender como um bem ou interesse imediata e directamente protegido por essa infracção.” Entendo, também, que a interpretação de que – para efeitos da constituição como assistente – o interesse que se visa proteger com esta incriminação é o da investigação criminal, e não o do arguido, não viola qualquer norma ou princípio constitucional. O que, porém, não é incompatível com o reconhecimento de que, na realidade, o segredo de justiça pode também ter um *importante efeito de protecção do mero suspeito* durante o inquérito.

II. O segredo de justiça e os direitos do arguido detido ou preso preventivamente – a jurisprudência constitucional

Frequentemente, o segredo de justiça durante a fase de inquérito – e, designadamente, em caso de decretamento de medidas de coacção – conflitua porém, com o interesse do arguido em conhecer os factos e as provas existentes contra si, quer para poder ter oportunidade de defesa logo no primeiro interrogatória judicial, quer para poder impugnar, em via de recurso, a medida de coacção que lhe é aplicada. Trata-se, aqui, do problema dos limites do segredo de justiça na sua *vertente interna*, perante o arguido, e em confronto com as garantias processuais, de valor constitucional, que são reclamadas por um processo penal pautado pela dignidade da pessoa humana e pelo tratamento do arguido como sujeito, e não como mero objecto, do processo.

É justamente sobre este problema que versaram os acórdãos em que o Tribunal Constitucional, primeiro em 1997, e, recentemente, em 2003¹, concluiu pela inconstitucionalidade de normas, ou de entendimentos normativos, que davam prevalência incondicionada e não fundamentada ao segredo de justiça, no confronto com as garantias do arguido detido ou preso preventivamente. Tratou-se, apenas, de julgamentos de inconstitucionalidade em fiscalização concreta, e, portanto, sem força obrigatória geral. E, porque só isso compete ao Tribunal Constitucional,

¹ É claro que o problema dos limites constitucionais do segredo de justiça não se pôs nestes casos. Nalguns foi, porém, suscitado pelos recorrentes sem que a norma em causa tivesse sido a que foi impugnada no recurso de constitucionalidade (cfr., por exemplo, o acórdão n.º 601/2000, em que o Tribunal Constitucional não tomou conhecimento do recurso).

No acórdão n.º 124/92, o § 2 do artigo 70º do Código de Processo Penal de 1929, não foi julgado inconstitucional quando interpretado no sentido de não consentir a confiança do processo para exame no escritório do advogado (no caso do arguido), invocando-se que, como decorre do disposto nesse artigo 70º do Código de Processo Penal de 1929, “o processo penal é secreto até ser notificado o despacho de pronúncia ou equivalente ou até haver despacho notificado que mande arquivar o processo”, não deixando “o princípio do segredo de justiça, aqui contemplado, de influenciar o modo como se concretiza o acesso das partes ao respectivo processo, enquanto este se encontra coberto pelo regime dali derivado.” E disse-se que a confiança dos processos aos advogados das partes para exame nos respectivos escritórios, “não se harmonizaria com o sentido e âmbito do segredo de justiça.”

estava apenas em causa a fiscalização da constitucionalidade de normas (e não da decisão em si mesma), embora numa certa interpretação. Estas decisões – sobretudo, as constantes do acórdãos n.ºs 416/2003 e 607/2003 (ainda não publicados... justamente por o processo respectivo se encontrar ainda segredo de justiça) – podem, aliás, ser integradas numa atitude de “minimalismo judiciário”, como a que foi analisada e defendida, para a jurisprudência da *Supreme Court* americana, pelo constitucionalista Cass Sunstein, mostrando as virtudes democráticas desta posição: também o nosso Tribunal Constitucional considerou que apenas lhe cabia decidir “um caso de cada vez”, e encontrou fórmulas decisórias – e, também (embora em menor medida) fundamentações – *estretas* e adequadas à dimensão normativa aplicada, sem profundidade e amplitude tais, que viessem necessariamente no futuro a condicionar em larga medida, para além do próprio Tribunal, o debate e a decisão do legislador democrático.

No *acórdão* n.º 121/97 (acessível em www.tribunalconstitucional.pt) estava em causa a interpretação de certas normas do Código de Processo Penal (os artigos 86º, n.º 1, e 89º, n.º 2) no sentido de que “o juiz de instrução não pode autorizar, em caso algum e fora das situações tipificadas nesta última norma, o advogado do arguido a consultar o processo na fase de inquérito para poder impugnar a medida de coacção de prisão preventiva que foi aplicada ao arguido”. Estava, pois, em causa o conflito entre o segredo de justiça e o direito ao recurso do arguido preso preventivamente, que pretendia consultar o processo para recorrer. Embora com três votos de vencido, tais normas foram julgadas inconstitucionais na 1ª Secção do Tribunal Constitucional, com os votos de quatro juizes nesse sentido. Como se afirmou neste aresto, o princípio do asseguramento de todas as garantias de defesa ao arguido poderia tornar-se meramente formal por virtude de tal norma na medida em que ela “impede que o juiz faça

naqueles casos uma apreciação em concreto da possibilidade de acesso do mandatário do arguido aos autos”, sendo que a “possibilidade de o arguido, sujeito a prisão preventiva, conseguir impugnar, através de advogado, a legalidade da aplicação da medida de coacção se poderá tornar [também] *eminente formal*, se não puder ter acesso aos autos para saber quais são os ‘fortes indícios da prática do crime’, ou quaisquer outros elementos relevantes para a determinação ou manutenção da prisão preventiva.”

Mais recentemente, nos acórdãos n.ºs 416/2003 e 607/2003 – proferidos no conhecido “processo Casa Pia” –, o que estava em causa não era a possibilidade de impugnação da prisão preventiva (e, portanto, o direito ao recurso), mas antes o conflito entre, por um lado, o segredo de justiça invocado pelo Ministério Público e pelas decisões recorridas – embora apenas com fundamento na lei e sem apreciação em concreto dos inconvenientes na comunicação –, e, por outro lado, a garantia de *oportunidade de defesa no interrogatório* de arguido detido, constante do artigo 28º, n.º 1, da Constituição da República. Estava, pois, em causa a admissibilidade de determinadas práticas de “gestão” do segredo durante o interrogatório judicial de arguido detido.

Mais precisamente, o Tribunal Constitucional veio a julgar inconstitucional, no *acórdão n.º 416/2003*, o artigo 141º, n.º 4, do Código de Processo Penal, na interpretação segundo a qual, no interrogatório de arguido detido, “a ‘exposição dos factos que lhe são imputados’ pode consistir na formulação de perguntas gerais e abstractas” (no caso, com indicação dos crimes em causa e elementos do respectivo tipo legal), “sem concretização das circunstâncias de tempo, modo e lugar em que ocorreram os factos que integram a prática desses crimes, nem comunicação ao arguido dos elementos de prova que sustentam aquelas imputações e na ausência da apreciação em concreto da existência de inconveniente grave

naquela concretização e na comunicação dos específicos elementos probatórios em causa.” A falta de concretização das circunstâncias de tempo, modo e lugar em que ocorreram os factos, sem apreciação em concreto da existência de inconveniente grave naquela concretização e na comunicação dos específicos elementos probatórios em causa foi considerada violadora dos artigos 28º, n.º 1, e 32º, n.º 1, da Constituição, sendo particularmente significativa a afirmação do Tribunal de que, na “comunicação dos factos, não se pode partir da presunção da culpabilidade do arguido, mas antes da presunção da sua inocência (artigo 32º, n.º 2, da CRP). Assim, o critério orientador nesta matéria deve ser o seguinte: a comunicação dos factos deve ser feita *com a concretização necessária a que um inocente possa ficar ciente dos comportamentos materiais* que lhe são imputados e da sua relevância jurídico-criminal, por forma a que lhe seja dada ‘oportunidade de defesa’ (artigo 28º, n.º 1, da CRP).”

Por último, no *acórdão n.º 607/2003* foi julgada inconstitucional, igualmente por violação do disposto nos artigos 28º, n.º 1, e 32º, n.º 1, da Constituição da República, a norma, extraída também do artigo 141º, n.º 4, e do artigo 194º, n.º 3, ambos do Código de Processo Penal, na interpretação de que, no interrogatório de arguido detido, a referida “exposição dos factos” e dos “motivos da detenção” se “basta com a indicação genérica ao arguido das infracções penais de que é acusado” e de determinada característica de algumas das vítimas (alunos de uma instituição pública e menores de 16 anos), ficando o tribunal “dispensado, por inutilidade, de proceder a maior pormenorização além da que resulta da indicação feita em tais termos, quando o arguido, confrontado com ela,

tome a posição de negar globalmente os factos, e na ausência da apreciação em concreto da existência de inconveniente grave naquela concretização.”²

Estes arestos estabeleceram, pois: por um lado, que *o juiz tem de poder autorizar a consulta do processo para fim de impugnação da prisão preventiva, a tanto não obstando o segredo de justiça; por outro lado, que a oportunidade de defesa no interrogatório judicial do arguido detido, constitucionalmente exigida, exige mais do que a mera “formulação de perguntas gerais e abstractas”, “sem concretização das circunstâncias de tempo, modo e lugar”, ou do que a consideração de que, quando o arguido, confrontado com a indicação em tais termos gerais, tome a posição de negar globalmente os factos, se não torna necessário prosseguir o interrogatório, não bastando, na falta de uma apreciação em concreto de inconveniente grave na comunicação dos factos, a invocação da previsão pela lei do segredo de justiça para restringir tal garantia do arguido.*

Como é evidente, estas decisões deixam em aberto a possibilidade de esta apreciação – devidamente fundamentada – ser efectuada pelo juiz de instrução, não obrigando, pois, à total revelação do conteúdo integral do processo logo no primeiro interrogatório do arguido. Mas tornaram também claro, por outro lado, que não basta para a compressão da posição do arguido, ao qual tem de ser garantida oportunidade de defesa mesmo no primeiro interrogatório judicial, a invocação, sem mais, de uma *geral prevalência dos interesses da investigação* sobre os do arguido na fase do

² Outra dimensão da questão do segredo em processo penal é a que respeita aos limites à recolha e à produção de prova. Sobre a questão da admissibilidade da valoração de diários íntimos, decidiu-se também, no citado acórdão n.º 607/2003, julgar “inconstitucional, por violação das disposições conjugadas dos artigos 1.º, 26.º, n.º 1, e 32.º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa, a norma extraída do art. 126.º, n.ºs 1 e 3, do Código de Processo Penal, na interpretação segundo a qual não é ilícita a valoração como meio de prova da existência de indícios dos factos integrantes dos crimes de abuso sexual de crianças imputados ao arguido (previstos e puníveis pelos artigos 172.º, n.º 1, e 172.º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal) e dos pressupostos estabelecidos nos artigos 202.º e 204.º, alínea c), do Código de Processo Penal, para a aplicação da medida de coacção de prisão preventiva, dos ‘diários’ apreendidos, em busca domiciliária judicialmente decretada, na ausência de uma ponderação, efectuada à luz dos princípios da necessidade e da proporcionalidade, sobre o conteúdo, em concreto, desses ‘diários’”.

inquerito, ou a consideração de que, em face da *negação global*, é *desnecessário* prosseguir.

Confesso, aliás, que encaro estes últimos argumentos, esgrimidos nos casos, como particularmente elucidativos de que, num quadro de rotinagem processual e de elevado número de processos, pode, na prática, tornar-se ténue a linha de separação entre um processo penal democrático e garantista e um outro com ressonâncias assustadoramente familiares: aquilo de que mais se queixava Joseph K. era não saber do que era acusado (sendo-lhe, mesmo, a certo passo respondido que “no nosso tribunal nenhum acusado conhece a acusação antes da sentença”). Pois é claro que se o interrogatório judicial durante o inquerito visasse *exclusivamente* a investigação, seria certo que, perante uma *negação global*, não vale a pena prosseguir. Mas se se tiver em conta a necessidade de, mesmo nesse momento (e, evidentemente, sem o rigor e todas as garantias de fases posteriores), facultar uma oportunidade de defesa – como, indubitavelmente, a Constituição impõe –, então logo se deixa ver a inaceitabilidade dessa consideração. Esta, em rigor, implicaria mesmo que o interrogado tivesse que admitir os factos para saber mais, em clara violação do princípio *nemo tenetur se accusare*.

III. A situação actual e a reforma do segredo de justiça

Feita esta curta digressão pela recente jurisprudência constitucional relativa ao segredo de justiça, e seus limites, no confronto com os direitos do arguido, aproxima-se o tempo de concluir: sinto estar quase esgotada a motivação para a minha intervenção.

Seja-me, porém, permitido que tome mais alguns minutos da vossa atenção para, pelo menos, tentar provocar o debate, referindo como, em face da situação actual, creio deverem encarar-se propostas de reforma do

regime do segredo de justiça, no processo, e, também, na vertente externa, perante a comunicação social.

Creio não errar ao caracterizar a *situação actual* como de excessivamente frequente, e impune, violação do segredo de justiça, com muitos casos de futuros arguidos – evidentemente, os que são de maior interesse *do público*, embora a informação sobre eles não seja, necessariamente, de *interesse público* – a tomarem conhecimento de investigações e, até, de acusações, pela comunicação social. Num quadro destes, é claro que, para muitos arguidos, o processo penal acaba, vezes demais, ainda antes de verdadeiramente começar: com um julgamento à escala nacional, na primeira página dos jornais, como numa forma renovada e revigorada de justiça ou “linchamento” popular, por pessoas sem legitimidade para acusar e julgar, sem garantias de defesa do acusado, sem recurso nem absolvição possível, ainda que o tribunal efectivamente competente venha um dia (não se sabe quando) a pronunciar-se pela inocência.

Podemos também estar de acordo – estou certo – em que uma situação destas *não pode ser ignorada* pelo legislador: seja para alterar a lei, seja para reforçar as formas de a fazer respeitar. Também aqui, *negar* o problema só o pode agravar.

Como julgo decorrer já claramente do que disse, não partilho, aliás, uma posição *abolicionista*, de direito ou de facto, do segredo de justiça. Na verdade, perante renovadas e poderosas formas de criminalidade, violenta e organizada – desde terrorismo, tráfico de pessoas, armas e droga, lavagem de capitais, etc. –, a nossa República não pode desarmar-se completamente, alienando quaisquer possibilidades de investigação eficaz. Receio que, neste contexto, a abolição total do segredo de justiça, por força da pressão da conjuntura (mesmo se fosse constitucional, em face do artigo 20º, n.º 3,

da Constituição) pudesse ser desastrosa: há que não deixar a árvore tapar a floresta.

Parece-me, porém, que a dinâmica de anos sucessivos de repetidas violações do segredo de justiça – e sua real impunidade – não pode deixar de influir decisivamente nas propostas de solução a fazer. Apenas com reforço dos meios de investigação ou de protecção do segredo, ou, muito menos, com apelos a uma melhor prática, não se poderá resolver o conflito entre o segredo de justiça – o controlo de informação processual pelo aparelho de justiça – e o interesse da comunicação social.

Por outro lado, na própria vertente *interna* do segredo, há também problemas que podem merecer reponderação, como os da situação de quem está preso sem ter acesso ao processo, por a prisão preventiva se dar no começo das investigações – isto é, por, para citar uma formulação do meu, e nosso, Mestre de Direito Penal, se “prender para investigar, em vez de se investigar para prender”.

Há, evidentemente, diversas *soluções possíveis* num cenário de reforma, devendo, porém, a meu ver, esta apontar em geral no sentido de uma restrição do alcance geral, tal como resulta logo da lei, do segredo de justiça. Assim, é possível limitar o segredo resultante *ope legis* apenas a certas categorias de crimes (por exemplo, criminalidade organizada ou violenta, tráfico de pessoas, armas e droga, lavagem de capitais), deixando em aberto a possibilidade da sua imposição em concreto, noutras hipóteses, fundamentadamente, pelo juiz de instrução ou pelo magistrado do Ministério Público. Isto, evidentemente, sem eliminar espaço para qualquer outra modulação do regime que se mostre conveniente.

Em qualquer caso – e embora com dúvidas – creio que o segredo de justiça deveria ser levantado internamente, em relação ao arguido, quando a este seja imposta uma *medida de coacção privativa de liberdade*, ou, pelo

menos, que deveria então começar a correr um prazo peremptório curto, de semanas, para o ter de ser. Trata-se aqui, na verdade, de evitar as situações, que reputo chocantes, de uma pessoa poder estar privada da sua liberdade sem possibilidade de saber o que consta do processo que lhe determinou essa tão grave consequência, e *sem sequer a expectativa* de o vir a saber num curto prazo.

Assim limitado, creio, porém, que o segredo de justiça não pode deixar de vincular todos aqueles que, a qualquer título, tomam conhecimento da informação em causa – incluindo a *comunicação social*.

Trata-se aqui, como se sabe, do aspecto que ultimamente mais tem estado no centro da discussão pública em torno do segredo de justiça. E importa reconhecer que a entrada em cena da comunicação social veio adicionar elementos de perturbação a todo este círculo problemático, quer na prática, quer nas reformas possíveis. A comunicação social, por um lado, partilha com o aparelho estadual a pretensão de informação contra a esfera de segredo do arguido, mas, por outro lado, partilha com o arguido a pretensão à informação processual contra o secretismo da Justiça, e arvora-se, mesmo, em porta-voz de um interesse geral da colectividade – do “povo”, que é aquele em nome do qual o processo se desenrola –, que a legitimaria a revelar toda a informação que pudesse chegar ao seu conhecimento. Não pode negar-se que existe, na vertente externa do segredo, um conflito, de difícil resolução, com a comunicação social, portadora de garantias constitucionais como as liberdade de expressão: onde existe segredo, prevalecem tendencialmente os valores tutelados pelo controlo da informação pelo aparelho judicial; onde não é admitido, predominará a liberdade de expressão.

Seja, porém, como for quanto à melhor interpretação do direito vigente a este respeito – que, porém, não deixa de referir-se às “pessoas que, por

qualquer título, tenham tomado contacto com o processo e conhecimento de elementos a ele pertencentes” (artigo 86º, n.º 4, do Código de Processo Penal) –, julgo que o segredo de justiça só faz sentido, no âmbito em que se mantenha, se for também oponível à comunicação social. Indo, portanto, além de um mero “dever funcional” (ou, evidentemente, de uma pretensão subjectiva dos portadores dos interesses por ele tutelados), para se configurar como uma protecção *objectiva* de *certos conteúdos* informativos, cujo controlo está reservado ao aparelho de justiça – e, portanto, oponível *erga omnes*. Se assim não for, estou convencido que não haverá medidas de protecção, reforço de meios de vigilância, ou outras soluções que valham na prática, para preservar o sentido do segredo de justiça.

Entre o abolicionismo do segredo de justiça e a negação do problema ou de qualquer alteração, também aqui o problema é o de encontrar o leito da via intermédia, e de o fazer a tempo. É que o perigo reside sobretudo, a meu ver, em que a dinâmica dos factos venha aqui a ultrapassar definitivamente o direito e a condicioná-lo. Se o bom juiz é o que preserva a sua liberdade de consciência contra as pressões de qualquer poder – provenham elas do primeiro, do segundo ou do quarto poder – também o legislador é, no momento legislativo, em certa medida um julgador, e o melhor voto que se lhe poderia formular é o de que consiga agir a tempo, sob pena de ser ver forçado a, perante o facto consumado posto por um poder que lhe é estranho, renunciar à sua pretensão regulatória. Tal renúncia seria também, seguramente, uma abdicação da República do Direito.

PAULO MOTA PINTO

Coimbra, República do Direito, 19 de Fevereiro de 2004