

PUBLICIDADE, SEGREDO DE JUSTIÇA

E

DIREITO DE DEFESA

(APROFUNDAR O IDEAL DEMOCRÁTICO)

Germano Marques da Silva, 29 de Novembro de 2016

Introdução

Inspirado por um livrinho publicado em Janeiro¹, volto à publicidade do processo e ao segredo de justiça. Fi-lo muitas vezes desde que me ocupo das matérias do processo penal, mas há sempre uma nova perspectiva ou espaço para um novo alerta senão uma provocação. Escrevo agora para especialistas do processo penal, para associados do Forum Penal, e por isso vai bem a provocação.

1. O segredo de justiça e a publicidade do processo

O segredo de justiça constitui excepção à publicidade do processo, excepção consagrada no art. 20º, nº 3, da Constituição. A excepção justifica-se apenas para a eficácia da investigação criminal e protecção de intervenientes processuais enquanto constituam interesses dignos de protecção penal e por isso que o segredo de justiça seja penalmente tutelável, nomeadamente pelo art. 371º do Código Penal.

Digo que o segredo de justiça é uma excepção porque num Estado de Direito democrático a regra deve ser a publicidade, como, aliás, o Código de Processo Penal consagra no art. 85º, nº 1. A regra deve ser a publicidade porque o titular do poder soberano de administrar justiça é o povo (art. 202º, nº 1, da Constituição).

A publicidade impõe ao processo, em razão do seu interesse público, um espaço de liberdade para o debate necessário e de uma liberdade que depende da possibilidade de comunicação, da liberdade de imprensa. O segredo serve a ignorância daqueles que com ela se veem confrontados e a necessidade de evitar que essa ignorância seja exposta.

Não deixa de ser significativo da evidência do princípio que a doutrina e a jurisprudência se preocupem mais a justificar as razões das excepções à publicidade, a justificar o segredo, do que a necessidade da publicidade como exigência democrática. E por isso que se dê mais relevância à justificação do segredo do que à publicidade que é conatural à transparência da justiça.

¹ Pedro Garcia Marques, *O Segredo de Justiça*, Universidade Católica Editora, Coleção Argumento. Lisboa, 2016.

A publicidade do processo e a sua discussão pela comunidade, mormente mediante a mediação da comunicação social, é uma garantia de legalidade dos procedimentos e da eficácia da investigação, mas também para evitar as “caixas” dos pasquins, os negócios que o segredo permite explorar, e sobretudo para educação do povo para a transparência e democraticidade da justiça. É, porém, evidente que o princípio sofre excepções.

2. Excepção à publicidade: o segredo

A imposição do segredo de justiça como excepção ao princípio da publicidade tem dois fundamentos: as necessidades da investigação e a protecção dos direitos dos sujeitos e participantes processuais.

As necessidades de investigação são fáceis de entender. Percebe-se que há actos de investigação que são incompatíveis com a publicidade. Se no inquérito é ordenada uma escuta telefónica percebe-se que convém que o escutado não saiba que está ou vai ser escutado; se é ordenada uma busca ou apreensão, convém também que o titular do lugar ou dos bens a apreender não o saiba antes sob pena de se frustrar o acto; se se recorre ao agente infiltrado, é necessário também que não seja conhecido o meio nem o personagem... Necessário é ter presente que se trata de uma excepção à publicidade natural no processo e por isso que o segredo em razão das necessidades da investigação só possa ser decretado quando seja absolutamente necessário.

O juízo sobre necessidade desta restrição à publicidade é da competência do juiz de instrução, como garante dos direitos dos cidadãos. É assim no nosso sistema: sempre que na fase do inquérito seja necessário restringir direitos fundamentais a lei confia esse poder ao juiz como garante das liberdades. Há quem entenda, e alguma jurisprudência também, que não deve ser assim, que a intervenção judicial pode mesmo ser inconstitucional porque a competência para dirigir o inquérito é constitucionalmente atribuída ao Ministério Público. Esta perspectiva ignora que a publicidade é um princípio fundamental do processo democrático, uma garantia de democraticidade e um direito de todos os cidadãos. Por isso que no conflito entre direito e garantia da publicidade e necessidades de investigação a ponderação da limitação deve ser confiada ao juiz, a quem incumbe «assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados» (art. 202º da Constituição). Questão diversa é o modo como muitas vezes este poder/dever judicial é exercido, mas isso já não é questão das leis, é outro

A segunda excepção à publicidade tem por fundamento a protecção dos direitos e interesses dos sujeitos e participantes processuais. Percebe-se que em circunstâncias, excepcionais na sua substância mas frequentes na prática, a protecção dos intervenientes processuais seja necessária, como é o caso dos agentes infiltrados e de algumas testemunhas. Mais raro, em teoria, é a protecção dos direitos dos sujeitos processuais, em especial o arguido, mas também o assistente e a vítima. Relativamente à vítima e ao assistente quando estejam em causa crimes que afectem a sua intimidade e por isso que convém proteger, mormente quando as vítimas são crianças, mas não só. Menos

relativamente ao arguido, menos em termos teóricos porque o arguido até à condenação transitada em julgado presume-se inocente. Todos podemos ser suspeitos, sujeitos a uma investigação criminal, mas teoricamente e por força da lei somos presumidos inocentes até à condenação transitada. A presunção de inocência é um princípio fundamental do ideal democrático.

Sucedo é que por força de uma longa tradição de matriz inquisitória, a presunção de inocência é considerada, em geral, como um mero instituto processual aplicável aos presumidos culpados. Só quem é presumido culpado (estou a falar de presunção natural) é que é juridicamente presumido inocente! Por isso também que a constituição de arguido, pensada pelo legislador de 72, como uma garantia dos suspeitos, é geralmente entendida como um gravame, uma presunção de culpa (a situação foi agravada porquanto com as alterações introduzidas no art. 58º, nº 1, al. a) em 2007 passou a exigir-se a fundada suspeita). E por isso que nenhum suspeito goste de ser constituído arguido, mesmo que este estatuto lhe seja conferido para assegurar os direitos de defesa, para se defender da suspeita, para ser tratado como inocente que se presume possa ser.

A experiência mostra, porém, que a invocada protecção do arguido pela via da imposição do segredo no processo é tarefa vã, mais prejudicial do que benéfica para o próprio porque não há meio de confrontar a violação com a verdade do processo. Quase não há processo que apeteça aos media que não seja público antes de ser conhecido do arguido e nem sempre as violações traduzem o que efectivamente consta dos autos. Não se trata, porém, de uma fatalidade porque podem apontar-se exemplos de processos criminais complexos em que o segredo de justiça foi respeitado, não obstante suscitarem apetência da sua notícia. Estou convencido que a violação de segredo de justiça só acontece porque falta a alguns agentes da autoridade a necessária educação democrática porque o primeiro dever jurídico e ético de quem exerce alguma parcela do poder é respeitar a lei que lho concede. Eduquemo-los! É também nosso dever, como cidadãos e como juristas empenhados, educá-los!

3. Direito de defesa

I. Articulemos agora o segredo com o direito de defesa.

Em primeiro lugar, devemos convir que a publicidade do processo é uma importante garantia de defesa do arguido, mas também do ofendido. Conhecendo o que se passa um e outro podem trazer ao processo memoriais e provas o que tudo contribuirá para uma maior aproximação à verdade material, objectivo último da justiça penal. E não me refiro apenas ao acesso ao processo por parte dos sujeitos processuais, mas à publicidade externa também. Como já referi já, o segredo serve sobretudo a ignorância daqueles que com ela se veem confrontados e a necessidade de evitar que essa ignorância seja exposta.

Em razão das limitações à publicidade do processo, a defesa só se exerce plenamente quando os sujeitos processuais - arguido e assistente - têm acesso aos autos,

podendo então conhecer os caminhos da investigação e as provas recolhidas a suportar a acusação. A investigação deficiente pode prejudicar tanto ofendidos como as vítimas, considerando que o nosso sistema jurídico não estimula, antes limita, as investigações privadas: a investigação criminal é essencialmente pública. Por isso que uma investigação criminal deficiente pode comprometer definitivamente o processo com prejuízo para os ofendidos e para os arguidos.

A lei prevê, porém, pelo menos um momento especial de defesa antes da acusação. Refiro-me ao art. 272º do CPP, introduzido pela revisão de 1998 com o intuito de permitir a defesa do arguido ainda antes de ser formulada a acusação. O sentido que o legislador quis atribuir àquela norma foi desvirtuado com a cobertura do Tribunal Constitucional² ao não «julgar inconstitucionais as normas constantes dos artigos 272.º, n.º 1, 120.º, n.º 2, alínea d), 141.º, n.º 4, alínea c), e 144.º, todos do Código de Processo Penal, quando interpretadas no sentido de que não constitui nulidade, por insuficiência de inquérito, o não confronto do arguido, em interrogatório, com todos os factos concretos que venham a ser inseridos na acusação contra ele deduzida». Matou-se a norma; ficou sem sentido útil; não serve agora para nada, e por isso que raramente seja aplicada. Importa fazê-la reviver, agora pela via de alteração legislativa, e criar outra análoga para acesso do ofendido. É que a instrução não substitui a investigação pré-acusatória.

II. A lealdade processual impõe que, mesmo estando o processo em segredo de justiça, os factos relevantes sejam primária e directamente comunicados aos arguidos e ofendidos. É frequente ler-se e ouvir-se na comunicação social a revelação de factos atinentes ao processo em segredo de justiça sem que o arguido tenha deles conhecimento, precisamente por estarem em segredo. E o mais grave é que também com demasiada frequência os meios de comunicação indicam como fontes da notícia “fontes próximas do processo”. A experiência mostra que efectivamente muitos jornalistas têm acesso privilegiado a informações sobre factos do processo em segredo de justiça, donde que comece a ser necessário que os advogados penalistas tenham também um jornalista de serviço. Chega a parecer que a violação do segredo de justiça através dos meios de comunicação social é um meio de que se servem as autoridades para criarem um clima populista de condenação dos suspeitos na praça pública para justificar medidas menos ponderadas, senão ilegais e algumas vezes injustas. Que pelo menos parece ser assim, parece, e por isso a inevitável suspeita face à frequência do fenómeno.

Estes procedimentos implicam novas estratégias de defesa. O arguido já não tem só de defender-se no processo judiciário, mas também no processo mediático. Naquele, por imposição da lei, deve usar uma estratégia de convivência; no mediático, uma estratégia de ruptura. Perante as acusações indirectas feitas pelos media o arguido tem direito a defender-se por todos os meios ao seu alcance, mesmo com violação do segredo de justiça se necessário à sua defesa, porque a defesa é direito sagrado. A defesa do arguido, mas também dos ofendidos!

² Ac. Tribunal Constitucional nº72/2912, DR, II Série de 12-03-2012.

Conclusão

A publicidade do processo criminal é elemento básico do ideal democrático. Não há que o temer porque outro princípio também fundamental é o princípio da presunção de inocência. O povo soberano, em nome de quem as autoridades administram a justiça, precisa conhecer para poder escrutinar o modo como é administrada. A publicidade permitirá prevenir e reprimir os abusos, de todos, dos que se aproveitam das violações do segredo sejam quais forem os motivos. A publicidade não importa apenas aos sujeitos processuais; importa a todos, é um direito de cidadania.

As exceções à publicidade devem ser levadas a rigor: são exceções, limitações impostas e só justificadas pela necessidade de acautelar diligências em curso na investigação e, mais raramente mas também, proteger a integridade de alguns intervenientes no processo, mormente das vítimas e testemunhas.

PS: Uma recomendação aos Colegas do Forum Penal. Não deixem de ler “O Segredo de Justiça”, de Pedro Garcia Marques. É um livrinho de apenas 75 páginas, mas um livro grande no conteúdo. É imprescindível ler.