

SEGRED DE JUSTIÇA



Fernando Gascón Inchausti

Prefácio de Nuno Garoupa

INCHAUSTI, Fernando Gascón

Professor Titular de Direito Processual
Acreditado para o Corpo de Catedráticos
Universidade Complutense de Madrid.



Largo Monterroio Mascarenhas, n.º 1, 8.º piso
1099-081 Lisboa
Telf: 21 001 58 00
ffms@ffms.pt

© Fundação Francisco Manuel dos Santos e Fernando Gascón Inchausti
Janeiro de 2013

Director de Publicações: António Araújo

Título: Segredo de Justiça

Autor: Fernando Gascón Inchausti

Revisão de texto: Helder Guégués

Design: Inês Sena

Paginação: Guidesign

Impressão e acabamentos: Guide – Artes Gráficas, Lda.

ISBN: 978-989-8424-69-3

Depósito Legal n.º 354255/13

As opiniões expressas nesta edição são da exclusiva responsabilidade do autor e não vinculam a Fundação Francisco Manuel dos Santos. A autorização para reprodução total ou parcial dos conteúdos desta obra deve ser solicitada ao autor e editor.

SEGREDO DE JUSTIÇA

**O segredo da investigação no
processo penal: um estudo
comparado sobre as técnicas legais
para conseguir a sua preservação**

SEGREDO DE JUSTIÇA

**O segredo da investigação no
processo penal: um estudo
comparado sobre as técnicas legais
para conseguir a sua preservação**

Fernando Gascón Inchausti

Prefácio de Nuno Garoupa

ÍNDICE

Segredo de Justiça

9	Prefácio de Nuno Garoupa
11	Capítulo 1
11	O segredo da investigação no processo penal: algumas considerações preliminares
17	Capítulo 2
17	O segredo da investigação no processo penal português
23	Capítulo 3
23	O segredo da investigação no processo penal espanhol
23	3.1. O segredo da investigação penal: âmbito e instrumentos de protecção
32	3.2. A relação entre os meios de comunicação e o segredo da investigação
37	Capítulo 4
37	O segredo da investigação no processo penal
37	4.1. O carácter secreto da investigação para as partes
39	4.2. O carácter secreto da investigação em relação a terceiros
44	4.3. Consequências da violação do segredo
49	Capítulo 5
49	O segredo da investigação no processo penal italiano
49	5.1. Âmbito objectivo e temporal do segredo da investigação
53	5.2. Sujeitos obrigados pelo segredo da investigação
53	5.3. A proibição de publicar os actos secretos: a vinculação do segredo da investigação sobre os meios de comunicação
56	5.4. Consequências da violação do segredo da investigação

59	Capítulo 6
59	O segredo da investigação no processo penal alemão
60	6.1 O carácter secreto da investigação
62	6.2. Os meios de comunicação e o segredo da investigação
65	6.3. Consequências no caso de violação dos limites à publicidade das actuações processuais
67	Capítulo 7
67	O segredo da investigação no processo penal inglês
67	7.1. O respeito pelo processo penal e a figura do <i>contempt of court</i>
70	7.2. O <i>contempt of court by publication</i> como instrumento para a preservação de um certo carácter secreto na investigação penal
77	Capítulo 8
77	O segredo da investigação no processo penal norte-americano
77	8.1. Perspectiva da questão no sistema de justiça penal norte-americano: a influência dos meios de comunicação sobre o direito a um processo justo
79	8.2. Os instrumentos para preservar o direito do arguido a um julgamento justo face à actividade dos meios de comunicação: aspectos gerais
82	8.3. Os instrumentos para evitar ou combater a pressão mediática que afectam a publicidade do processo: as proibições de difundir (<i>gag orders</i>)
91	Capítulo 9
91	Algumas conclusões
91	9.1. Problemas comuns
92	9.2. Algumas propostas

Prefácio

A Fundação Francisco Manuel dos Santos está seriamente empenhada na discussão de ideias inovadoras. Uma das suas missões é alimentar o debate sério e responsável de temas relevantes e prioritários para a sociedade portuguesa. Na área da justiça e do direito, o segredo de justiça tem alimentado polémicas desde há muito. Nada mais actual e promissor para começar a um conjunto de estudos comparados sobre direito e justiça.

O segredo de justiça foi violado em tantos casos mediáticos nos últimos dez anos que é quase uma rotina. Ao mesmo tempo, o legislador português ainda não encontrou uma resposta cabal para regular com eficácia o segredo da investigação no âmbito do processo penal. Desde 1987, já teve cinco versões. Como bem sabemos nenhuma resolveu os inconvenientes práticos colocados pela voragem mediática em que hoje vive a sociedade portuguesa. O anterior Procurador-Geral da República chegou mesmo a dizer que é um problema sem solução.

Vivemos num mundo globalizado. Contudo, o debate das reformas jurídicas em Portugal faz-se num contexto totalmente paroquial, alimentado pelas mesmas ideias e as mesmas premissas de há trinta anos. O segredo da investigação no processo penal merece atenção especial em todos os sistemas jurídicos. Os desafios da comunicação social contemporânea incidem nas realidades sociais dos mais diferentes países. Importa pois analisar como sociedades não muito diferentes da portuguesa enfrentam e regulam a questão do segredo de justiça. Uma análise de direito comparado permitirá certamente uma melhor discussão desta problemática no contexto português.

O Professor Fernando Gascón Inchausti apresenta um interessantíssimo estudo sobre o segredo de investigação do processo penal numa perspectiva comparada. Neste documento faz-se uma análise jurídica do segredo de justiça em Portugal, Espanha, Itália, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos. O autor presta especial atenção às diferenças formais entre as opções de cada legislador. Ao mesmo tempo, faz-se referência à capacidade prática de cada regime jurídico proteger de forma efectiva o segredo de justiça.

As reflexões finais apresentam algumas pistas para um segredo da investigação em processo penal mais adequado à realidade do mundo em que vivemos. O autor identifica os problemas comuns, nomeadamente a violação do segredo de justiça pela comunicação social. Algumas propostas de reforma quer em termos de consequências para o processo penal, quer em termos das consequências para os infractores são apresentadas.

Claramente o presente ensaio merece a atenção do legislador português. Fica a esperança de que a próxima reforma do Código de Processo Penal seja fruto de uma discussão mais abrangente para a qual o presente trabalho faz uma contribuição muito importante.

Nuno Garoupa

Capítulo 1

O segredo da investigação no processo penal: algumas considerações preliminares

No quadro das sociedades politicamente organizadas sob a forma de um Estado de Direito, a comissão de um facto delituoso desencadeia uma reacção por parte do poder público, a qual, de forma sintética, se pode denominar prossecução penal. Por prossecução penal deve entender-se o conjunto de actos que os poderes públicos desenvolverão a partir do momento em que têm conhecimento da comissão de um facto punível, que permitirão, em última análise, aplicar a consequência jurídica prevista a quem for responsável, em conformidade com as circunstâncias concorrentes no caso concreto.

A forma comum de prossecução penal é, obviamente, a abertura de um processo penal que sirva como trâmite para que se dite uma sentença na qual, eventualmente, se aplicará uma pena. Também é certo, e cada vez com mais frequência, que para orquestrar o desenlace do processo penal são possíveis fórmulas alternativas, seja por meio da justiça penal negociada (conciliação) ou da justiça penal restaurativa (mediação penal). Pois bem, estas alternativas são-no para desenlace da prossecução, mas não para o seu início: quando se tem conhecimento de um facto aparentemente delituoso, não é possível, sem mais, dar início a um julgamento oral – ao estilo mais «clássico» ou «tradicional» – ou accionar outro procedimento para chegar à resolução da questão – *v.g.*, uma negociação ou uma mediação. Pelo contrário, para poder articular um sistema razoável de prossecução penal é sempre necessário que se realizem determinados preliminares, dirigidos em dois sentidos: investigar e garantir.

– «Investigar», neste contexto, engloba o conjunto de actuações que permitem ao Estado ter conhecimento do facto cometido, das suas circunstâncias relevantes e, obviamente, da pessoa à qual se poderá imputar a sua comissão; mas, claro, não se trata apenas de aceder à informação,

mas também às fontes de prova que permitam convencer terceiros da certeza da informação.

– O termo «garantir», por seu turno, designa igualmente um conjunto heterogéneo de actividades, orientadas numa dupla direcção: por um lado, conseguir que as fontes de prova se conservem até que sobre elas se possam utilizar os meios de prova oportunos; por outro, garantir a efectividade do processo penal – também na sua dimensão civil –, impedindo que os sujeitos aos quais se impute o crime, os bens e os direitos sobre os quais há-de incidir uma eventual responsabilidade patrimonial se possam esquivar da prossecução.

Salvo em casos excepcionalíssimos de absoluto flagrante, é evidente que toda a prossecução penal deva começar com uma investigação e, se for o caso, adoptar as medidas de garantia que sejam necessárias. De facto, a existência de um período inicial no qual se possam promover estes objectivos é algo que é comum a todos os sistemas de prossecução penal próprios de Estados de Direito. O que admite variações – e muitas – é a determinação de quem se encarrega de «investigar» e de «garantir» e, obviamente, como e com que finalidade o fará.

Ademais, em muitos ordenamentos, esta primeira fase da prossecução penal caracteriza-se por ser secreta ou por poder ser declarada secreta – pelo menos no plano legislativo ou, se se preferir, no papel: este segredo da investigação penal significa, em princípio, que as pessoas alheias à prossecução penal não devem ter conhecimento do conteúdo da investigação que se desenvolve ou, pelo menos, que não devem ter uma informação muito completa e muito pormenorizada acerca dela: produz-se, assim, uma excepção à regra geral de publicidade dos actos processuais, que constitui uma das garantias básicas em matéria de justiça. Em certas ocasiões, o segredo da investigação é ainda mais reforçado, uma vez que implica que nem o arguido conheça a investigação em si ou, pelo menos, que não pode conhecer todo o seu conteúdo, apesar de ser parte no processo penal: nestes casos, o relevante não é já a excepção à publicidade, mas sim a limitação do direito de defesa do sujeito passivo do processo penal, já que a investigação se desenvolve em relação a este, mas com o seu total desconhecimento.

Claro que o segredo não pode nunca recair sobre o facto delituoso que é objecto da investigação e, obviamente, é difícil que recaia sobre a própria

existência da investigação penal: tão-só o conteúdo dos actos realizados durante a investigação e, no máximo, a existência em si de certos actos de investigação (*v.g.*, uma escuta telefónica ou a preparação de uma busca domiciliária).

Actualmente, a necessidade de que exista e de que se regule o segredo da investigação penal está directamente relacionada com a actividade dos meios de comunicação social, o seu elevado número e a concorrência resultante, os diversos meios ou canais em que actuam (televisão, imprensa, rádio, internet) e, claro, a uma realidade que nunca se alterará: o crime é notícia e, em especial, certos crimes são notícia da máxima relevância.

De facto, é evidente que a preservação do segredo da investigação penal pode ter como objectivo garantir a eficácia da própria investigação e, com ela, a completa eficácia de toda a estrutura estatal de prossecução penal: uma investigação pública em todos os seus aspectos pode facilitar a fuga do responsável ou a destruição das fontes de prova.

Também é óbvio que, em muitos casos, a publicidade da investigação não compromete o bom fim das pesquisas; não obstante, apesar da inocuidade para a investigação, uma sobreexposição mediática do seu conteúdo poderá ser prejudicial para o processo penal no seu conjunto e para a legitimidade da prossecução: pode-se ameaçar a presunção de inocência do arguido, ou a segurança das vítimas ou das testemunhas; e pode-se comprometer a imparcialidade dos julgadores que recebem – por diferentes vias, a prova praticada no julgamento oral – informação sobre os factos que hão-de julgar.

Resumindo, a regulação e a práxis no que respeita ao segredo das investigações penais obriga à procura de um equilíbrio entre valores e bens jurídicos diversos, por vezes contrapostos, mas da mesma ordem.

Insistindo em ideias que já se referiram e que se reiterarão ao longo das páginas que se seguem, o segredo da investigação penal pode ver-se como restritivo de três direitos básicos:

- O direito a um processo público, que representa uma garantia básica contra a arbitrariedade.
- O direito de defesa, quando o segredo afecta as partes do processo impedindo-as de conhecer o conteúdo das investigações que a seu respeito se desenvolvem.
- O direito à liberdade de imprensa e a receber informação veraz, o que corresponde a uma das garantias básicas para o bom funcionamento de uma sociedade democrática.

Por outro lado, a opção pelo segredo de todas ou parte das investigações está ao serviço de direitos e valores igualmente fundamentais:

- A eficácia da prossecução penal que, por sua vez, se encontra ao serviço de um valor constitucional básico como o é o direito de todos os cidadãos à segurança e que seprejudica sempre que uma fuga de informação ou uma informação indevida permitem a fuga do delincente ou impede a sua punição.
- Relacionado com o anterior, o direito singular à segurança das vítimas e testemunhas, cuja identidade e circunstâncias podem torná-las merecedoras de uma protecção especial, e cuja intimidade pode ver-se afectada pela difusão do conteúdo da investigação.
- A presunção de inocência do sujeito passivo do processo penal, que se vê exposto com frequência de forma precipitada a juízos paralelos nos meios de comunicação que lesam os seus direitos fundamentais à honra, à intimidade e à própria imagem, muitas vezes, de forma irreversível.
- O direito do arguido a um julgamento justo, livre de interferências desmedidas por parte dos meios de comunicação e, muito particularmente, o seu direito a um juiz imparcial: a difusão de informação relativa à investigação penal pode distorcer o significado que devem ter os julgamentos orais, pois só as provas produzidas nesse contexto deveriam utilizar-se para que o julgador formasse o seu juízo sobre a culpabilidade ou inocência do acusado. O problema agrava-se exponencialmente quando é um tribunal de júri que há-de julgar, devido à falta de «ofício» e experiência prévia dos seus membros, que gera o perigo de que se encontrem influenciados pelos pré-juízos derivados da informação publicada antes do julgamento. Concluindo, a difusão indevida do conteúdo das investigações implica um retrocesso nos esforços por superar o carácter inquisitivo dos processos penais e por garantir o direito do arguido a um julgamento perante um tribunal desprovido de pré-juízos.

Na grande maioria dos países ocidentais, a experiência quotidiana demonstra que o segredo da investigação é objecto de constantes violações. O caso levado ante os tribunais de Nova Iorque contra o director-geral do Fundo Monetário Internacional é um bom exemplo de tudo o que se acaba de expor. É evidente que no presente o foco do problema se encontra na

difícil relação entre o labor dos meios de comunicação e o modo como se deve desenvolver a investigação penal.

As páginas que se seguem têm como objectivo a análise de como se regula e, no seu caso, se protege o segredo da investigação penal em alguns ordenamentos ocidentais. Como expoentes da cultura jurídica latina, expor-se-á a situação em Portugal, Espanha, França e Itália. A análise da cultura jurídica germânica será feita através da situação na Alemanha. E, por último, fazer-se-á uma revisão sobre a cultura jurídica anglo-americana, com a exposição do que acontece na Inglaterra e nos Estados Unidos.

Capítulo 2

O segredo da investigação no processo penal português

Tendo em conta o contexto em que se enquadra o presente estudo, parece razoável começar a análise com a situação legal do segredo da investigação no processo penal português¹.

O preceito básico neste ponto é o artigo 86.º do Código de Processo Penal (adiante CPP), que teve já cinco versões: a inicial, de 1987; e as resultantes de quatro modificações legais: a Lei n.º 57/91, de 13 de Agosto; a Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto; a Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto; e, mais recentemente, a Lei n.º 26/2010, de 30 de Agosto.

A análise das diversas versões do preceito revela qual foi a evolução legal relacionada com esta matéria, no sentido de restringir o segredo de justiça. Em 1987, o legislador português considerou suficiente estabelecer regras simples, que basicamente distinguem entre uma fase de investigação preliminar secreta e uma fase posterior de julgamento de carácter público. A reforma de 1998 vai no sentido da concessão de margens adicionais à publicidade, em especial ao tornar possíveis as comunicações públicas por parte das autoridades em relação a assuntos que se podem encontrar em fase de investigação, mas também introduzindo limitações à publicidade de dados e informações pessoais. Com a reforma de 2007² todo o processo passa a ser público, desde a abertura do inquérito; nesse mesmo ano opera-se uma modificação ao Código Penal, que versava sobre o crime de violação do segredo de justiça. A modificação de 2010, muito mais modesta, abunda também nessa direcção.

O resultado dessa evolução é a actual versão do art.º 86.º CPP, que pretende estabelecer um equilíbrio entre a regra geral da publicidade, a

1. Debo agradecer de forma especial a la Dra. Eliana Gersão sus valiosas aportaciones, correcciones y sugerencias, que he tratado de reflejar fielmente en la versión final de este estudio.

2. Cfr. F. Lacerda da Costa Pinto, «Publicidade e Segredo de Justiça na Última Revisão do Código de Processo Penal», *Revista do CEJ*, 1.º semestre de 2008, n.º 9, pp. 7-44.

necessidade de que certos actos sejam secretos, o direito a um julgamento justo e a uma boa defesa por parte de arguido, o interesse social em conhecer o desenvolvimento dos processos penais e a difícil relação de poderes entre juízes e o Ministério Público. Entendo que a sua transcrição se pode omitir neste momento, é sim importante salientar os seguintes elementos definidores:

a) A regra geral é a publicidade dos actos, em todas as fases do processo penal. Não existe – ao contrário do que se verifica, como se verá em seguida, em Espanha, França ou Itália – uma proclamação genérica do carácter secreto da investigação: esta é pública por norma e só será secreta se assim se decide expressamente pela autoridade competente e se se verificarem os requisitos legalmente previstos. Pretende-se, assim, um segredo da investigação que seja singular ou *ad hoc*, provavelmente porque desta maneira se tutela melhor o direito de defesa do arguido, e talvez também porque se julga que terá maior valor se se decreta deste modo do que se existisse uma proclamação legal genérica de segredo da fase de investigação. Na prática, contudo, corre-se o risco de decretar de forma generalizada o segredo da investigação em relação à criminalidade mais violenta ou altamente organizada, mas provavelmente não em relação à criminalidade comum ³.

Em todo o caso, o único que se pode declarar secreto é a investigação dirigida pelo Ministério Público, de modo que o segredo de justiça, uma vez decretado, não pode durar mais do que os prazos máximos de duração da investigação⁴.

b) Apesar de o Ministério Público ser o órgão encarregado de dirigir a investigação penal, o legislador português considerou – a meu ver com acerto – que no momento de decretar o segredo deve reconhecer-se a última palavra à autoridade judicial, tendo em conta que se trata de uma questão na qual estão envolvidos direitos fundamentais das partes.

3. O Despacho n.º 3/08, de 3.01.2008, da PGD de Lisboa, assinala que, em relação a certos crimes, o precedente é decretar por sistema o segredo da investigação desde que esta se inicie (trata-se, *v.g.*, do previsto no art. 1.º, alíneas j) a m) do CPP).

4. O art. 89.6º CPP prevê a possibilidade de, nos casos de terrorismo ou de criminalidade violenta ou altamente organizada, o juiz de instrução, a requerimento do MP, determinar que, findos os prazos do inquérito, o acesso aos autos seja adiado por um período máximo de três meses, prorrogável por uma só vez. Na jurisprudência, o Ac. TRC de 10.02.2010 (CJ), 2010, T1, p. 54) refere que essa prorrogação tem que ser requerida pelo Ministério Público antes de decorridos os prazos do inquérito estabelecidos no art. 276º CPP.

Esta decisão do legislador é notória quando se analisam os casos em que procede acordar o segredo de justiça:

– Em primeiro lugar, o segredo da investigação pode ser decretado por um juiz de instrução, sempre que seja a instância do arguido ou do ofendido, se se considera que a publicidade prejudica os seus direitos (art. 86.º, 2, CPP): o segredo, pois, adopta-se nestes casos para a tutela dos direitos à honra e à própria imagem dos particulares envolvidos no processo penal.

– Contudo, também o Ministério Público poderá decretar, de ofício, o segredo da investigação, se considera que este é necessário para os interesses da investigação ou para a tutela dos direitos das partes (art. 86.º, 3, CPP)⁵; esta faculdade do Ministério Público, não obstante, está sujeita a ratificação pelo juiz de instrução num prazo de 72 horas⁶. Neste caso, o segredo amplia os seus objectivos possíveis: trata-se também de preservar a eficácia da investigação – e, com ela, da prossecução penal.

O Ministério Público, oficiosamente ou a pedido da parte, pode decretar o levantamento do segredo em qualquer momento da investigação – sempre que não tenha sido o próprio Ministério Público a decretá-lo – (art. 86.º, n.º 4, CPP). Se se requer ao Ministério Público o levantamento do segredo e não o determinar, então pode-se remeter os autos ao juiz de instrução para decisão por despacho irrecorrível (art. 86.º, 5, CPP).

O controlo judicial não se verifica apenas nesta supervisão das decisões do Ministério Público, mas também na possibilidade de o juiz permitir que seja dado conhecimento de actos secretos a certas pessoas se for considerado conveniente para o esclarecimento da verdade ou indispensável para o exercício de direitos pelos interessados (art. 86.º, 9 e 10, CPP).

5. Na jurisprudência, o Ac. TRC de 4.03.2009 (CJ, 2009, T2, p. 233) reconhece que, para dissentir da decisão do Ministério Público nestes casos, o tribunal terá de encontrar nos actos algum elemento sólido que desaconselhe o segredo. Em geral, para não ratificar a decisão do Ministério Público, o juiz deve verificar que, manifestamente, não existe perigo para a investigação, nem risco para a presunção de inocência nem para a segurança das testemunhas ou outros participantes processuais.

6. Para que seja possível a ratificação, o Ac. TRC de 10.02.2010 (CJ, 2010, T1, p. 54) assinala que o Ministério Público tem a ónus de explicar minimamente as razões que o levam afastar-se da regra geral da publicidade. No mesmo sentido, cfr. o Ac. TRP de 7.05.2008, CJ, 2008, T3, p. 202. Por seu turno, o Ac. TRL de 11.01.2011 insiste em que a função primordial do segredo de justiça é a preservação da integridade da investigação e que, por isso, como regra, o juiz deve confirmar a decisão do Ministério Público, ainda que os indícios sejam pouco consistentes e as investigações se encontrem ainda numa fase incipiente.

c) Realiza-se uma definição ampla dos sujeitos aos que, quando se decreta, há-de obrigar o segredo de justiça: todos os sujeitos e participantes processuais, bem como todas as pessoas que, por qualquer título, tenham tomado contacto com o processo ou tenham conhecido elementos pertencentes ao mesmo (art. 86.º, 8 CPP). O segredo tem, portanto, uma dimensão tanto interna como externa: não se decreta apenas em relação a terceiros (em especial, os meios de comunicação), mas também em relação às próprias partes, o que realça o seu carácter restritivo do direito à defesa do arguido.

d) Existe uma definição legal das consequências associadas à publicidade e ao segredo. Se a publicidade permite expressamente – entre outras coisas – a narração dos actos processuais ou a reprodução dos seus termos através dos meios de comunicação social [art. 86.º, 6, b), CPP], o segredo abrange a proibição de assistir ao acto processual, de tomar conhecimento do seu conteúdo, de divulgar a sua celebração ou os seus termos, independentemente da razão que motivou a divulgação (art. 86.º, 8, CPP). Não obstante, permite-se que a autoridade judiciária realize esclarecimentos públicos, se estes forem necessários para o restabelecimento da verdade e não prejudiquem a investigação, sempre que o peçam as pessoas sujeitas ao processo ou sempre que seja necessário para garantir a segurança das pessoas ou dos bens, ou para assegurar a tranquilidade pública (art. 86.º, 13, CPP).

Além do mais, de forma particular, o art.º 88.º CPP precisa as consequências que tem a publicidade ou o segredo dos actos do processo penal sobre a actividade dos meios de comunicação social. Em princípio, admite-se a descrição minuciosa do conteúdo dos actos de um processo, sempre que não estejam cobertos pelo segredo da investigação. Não obstante, impõem-se certas restrições ou precisões adicionais, que impedem, noutros extremos, a reprodução de actos do processo ou de documentos incorporados ao mesmo, até que se dite sentença de 1.ª instância, a publicação da identidade das vítimas de certos crimes, ou a difusão de conversas ou comunicações interceptadas, se não se conta com o consentimento dos intervenientes⁷.

7. Como apontado por E. Gersão, esta proibição leva os jornalistas a fazer “malabarismos” de linguagem (não colocar aspas, passar do discurso directo para o indirecto, substituir alguns termos por sinónimos)

e) A protecção que se oferece ao segredo de justiça é, sobretudo, de carácter penal. O art.º 371.º do Código Penal português⁸ pune a violação deste segredo com pena de prisão de até dois anos ou com multa de até 240 dias; está sujeito a sanção quem violar o conteúdo do segredo do processo penal independentemente de quem tiver tido conhecimento ou não do processo; e a acção típica consiste em dar conhecimento ilegítimamente, de forma total ou parcial, do teor do acto do processo penal que esteja protegido pelo segredo de justiça ou de um acto em cuja celebração não estivesse permitida a assistência de público em geral.

No caso dos meios de comunicação, a ameaça é de punição por desobediência simples (cfr. art. 88.º CPP)⁹.

Como se pode observar, o legislador português move-se num difícil equilíbrio para tentar conjugar valores e interesses contrapostos: a garantia geral da publicidade, por um lado, face à eficácia da prossecução penal e a tutela dos direitos dos sujeitos envolvidos no processo, por outro; a todos eles se faz menção como parâmetros para tomar determinadas decisões relativas ao carácter público ou secreto dos actos. Esta vontade de dispor de uma regulação que tenha em conta o peso específico que, segundo cada situação,

e tem sido criticada (cfr. Vera Lúcia Raposo, “Segredo de justiça: caixinha de segredos ou segredos à solta”, *Revista do Ministério Público*, n.º 121, Jan.-Mar 2010, p. 82).

8. A última versão do preceito, com uma definição mais ampla e precisa da conduta típica, tem a sua origem na Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, de modificação do Código Penal, muito próxima no tempo da Reforma do CPP que veio reforçar o significado do segredo da investigação.

9. Em relação a esta questão, esclarece E. Gersão o seguinte: “Os jornalistas cometem o crime de violação do segredo de justiça quando dêem conhecimento de actos processuais sujeitos a segredo de justiça ou a que o público não possa assistir (mesmo não estando o processo em segredo de justiça, só é permitida a assistência do público ao debate instrutório e aos actos processuais da fase de julgamento – art. 86º, n.º 6, alínea a), na redacção da Lei n.º 26/2010, de 30 de Agosto).

A revisão de 2007 do Código Penal (Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro), acrescentando ao art. 371º a menção “independentemente de ter tomado contacto com o processo”, veio resolver as dúvidas, existentes até então, sobre se o artigo se aplicava ou não a jornalistas, quando divulgassem o teor de actos processuais de que tivessem conhecimento por qualquer meio que não a consulta do processo.

O crime de desobediência, a que se refere o art. 88º, n.º 2, do CPP, é cometido pelos jornalistas quando não respeitem as limitações impostas pelo art. 88º, n.ºs 2, 3 e 4, à divulgação de determinados actos processuais públicos ou de elementos constantes de processos que não se encontrem em segredo de justiça (reprodução de peças processuais ou de documentos, transmissão de registo de imagem e som, sobretudo da audiência de julgamento, identificação das vítimas de certos crimes, divulgação de escutas telefónicas).

Alguns autores têm criticado algumas destas proibições, como a proibição de reprodução de peças processuais (Vera Lúcia Raposo, já referida) ou de divulgação do conteúdo das “escutas” (Paulo Pinto de Albuquerque).”

devem ter os mencionados valores explica que o normativo português seja, possivelmente, o mais completo e pormenorizado dos existentes na área analisada neste estudo. O ordenamento português constitui, sem dúvida, um magnífico exemplo da vontade do legislador de ajustar a legislação às necessidades da realidade e de ausência de «conformismo» ou «resignação» perante as constantes infracções que se verificam na prática; mas, ao mesmo tempo, é também um exemplo claro da impotência que afecta as leis no momento de impedir eficazmente a actividade dos meios de comunicação, mesmo nos casos em que esses impedimentos são manifestamente justificados.

Capítulo 3

O segredo da investigação no processo penal espanhol

O estudo do segredo da investigação penal em Espanha deve partir de uma advertência prévia: no processo penal espanhol a direcção formal da instrução penal está, por regra, nas mãos dos órgãos judiciais, os quais tomam a decisão de abrir uma investigação penal e dispõem nela da máxima iniciativa. Os procuradores em Espanha desempenham nesta etapa do processo um papel de controlo e inspecção da legalidade das investigações, dispondo também da iniciativa para solicitar ao juiz de instrução a adopção das medidas de averiguação que considerem procedentes. Contudo, de momento, no processo penal espanhol os procuradores não são os donos da investigação, ao contrário do que se verifica nos restantes países examinados neste trabalho – incluindo França, onde a existência, no papel, da figura do juiz de instrução não é óbice para que, na grande maioria dos casos, a investigação penal esteja nas mãos da procuradoria.

3.1. O segredo da investigação penal: âmbito e instrumentos de protecção

Em termos gerais, a delimitação do alcance do segredo da investigação penal em Espanha pode deduzir-se de dois preceitos processuais – que estabelecem, pelo menos teoricamente – quais os actos que são ou podem ser declarados secretos, e de dois preceitos penais – que estabelecem a pena para os que infrinjam o dever do segredo derivado dos preceitos processuais.

3.1.1. Segredo externo e segredo interno

No plano processual, os arts. 301.º e 302.º da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (adiante, LECrim) estabelecem duas modalidades de segredo na investigação penal, às quais a doutrina habitualmente se refere como «segredo interno» e «segredo externo» da instrução¹⁰.

10. No âmbito da bibliografia geral sobre o processo penal, cfr., por todos, T. Armenta Deu, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 5.ª ed., Madrid-Barcelona, 2011, pp. 48-49; J. Montero Aroca/J. L. Gómez Colomer/A.

O art. 301.º LECrim estabelece de forma genérica no seu primeiro parágrafo o seguinte:

«Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley.»

Este segredo genérico pressupõe que se restringe o conhecimento do conteúdo dos actos realizados para a investigação do facto delituoso a todos os sujeitos que não intervêm no processo: é, portanto, um segredo perante terceiros (incluindo, é claro, os meios de comunicação). Em contrapartida, este segredo genérico não obriga os sujeitos que são parte no processo penal, para garantir o mais pleno direito de defesa, pelo que se depreende do primeiro parágrafo do art. 302.º LECrim:

«Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento.»

A jurisprudência e a doutrina coincidem em afirmar que o previsto no art. 301.º LECrim constitui uma excepção à regra geral de publicidade dos actos processuais (estabelecida no art. 120.º da Constituição espanhola), que tem a finalidade de impedir a difusão do conteúdo das investigações precisamente para, com isso, garantir o seu êxito¹¹. E afirma-se igualmente que o segredo abrange apenas os actos processuais de investigação, ficando fora do segredo o facto delituoso objecto de investigação (Tribunal Constitucional, Sentença 13/1985).

Como excepção à situação ordinária derivada da leitura conjugada dos artigos 301.º I e 302.º I LECrim, o art. 302.º II permite ao juiz de instrução decretar o segredo interno da instrução:

«Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, si el delito fuere público, podrá el Juez de instrucción, a propuesta del Ministerio fiscal, de cualquiera

Montón Redondo/S. Barona Vilar, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, 18.ª ed., Valência, 2010, p. 126; J. Banacloche Palao/J. Zarzalejos Nieto, *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2010, p. 128. De forma monográfica, cfr. A. Del Moral García/J. Santos Vijande, *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Granada, 1996; R. Rodríguez Bahamonde, *El secreto del sumario y la libertad de información en el proceso penal*, Madrid, 1999; M.ª P. Otero González, *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, Madrid, 1999; J. C. Orenes Ruiz, *Libertad de información y proceso penal. Los límites*, Navarra, 2008.

11. Por todos, cfr. Del Moral García/Santos Vijande, pp. 68 e ss.; Orenes Ruiz, pp. 230 e ss.; Rodríguez Bahamonde, pp. 240 e ss.

de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario.»

Atribui-se, assim, ao instrutor a faculdade de excluir que todos ou parte dos actos que conformam a instrução penal sejam conhecidos pelas partes do processo, além de por terceiros: por isso, a jurisprudência e a doutrina também afirmam que, nestes casos, mais do que a garantia da publicidade, se vê temporalmente restringido o direito de defesa do arguido, na medida em que a investigação se desenvolve sem que este tenha conhecimento do que sucede. Não obstante, deve reconhecer-se que o objectivo que se procura é o mesmo: garantir o êxito da investigação, neste caso evitando que o seu desenvolvimento ou o conteúdo dos seus actos sejam conhecido pelas partes.

3.1.2. Instrumentos legais para a protecção do segredo da instrução

Tal como se encontra plasmado no texto legal, poder-se-ia concluir que o ordenamento espanhol apresenta um elevado nível de segredo na investigação penal. A realidade, contudo, desmente claramente essa impressão, por causa da forma como se protege legalmente o segredo estabelecido.

a) A tutela do segredo externo

O segredo externo ou segredo genérico da investigação, estabelecido no art. 301.º I LECrim, protege-se através da previsão de sanções disciplinares ou penais para aqueles que façam revelações indevidas.

Assim, segundo o próprio art. 301.º LECrim, se quem viola o segredo ordinário da instrução é o advogado ou procurador de alguma das partes, ser-lhe-á imposta uma multa de 250 a 2500 pesetas, isto é, de 1,5 a 15 euros (!!!). A mesma multa se imporá a qualquer outra pessoa que não seja funcionário público e cometa a mesma falta. Não tendo sido objecto de actualização desde 1955, este valor é claramente ridículo no presente.

Em contrapartida, se quem viola o segredo da instrução é um funcionário público, está prevista uma sanção penal, estabelecida no art. 417.º, 1 do Código Penal (adiante, CP)¹²:

12. Com mais pormenor, cfr. Otero González, pp. 163 e ss.

«La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.»

Como se pode ver, só podem considerar-se razoavelmente dissuadidos de fazer revelações do segredo ordinário da instrução os funcionários públicos que nela participam (o juiz de instrução, o procurador, o secretário judicial, os funcionários do julgado, a polícia judiciária *lato sensu* – incluídos os peritos de laboratórios e dependências equivalentes). Pelo contrário, nem as partes nem os seus defensores legais devem temer consequências negativas caso difundam a terceiros – na prática, aos meios de comunicação – o conteúdo da instrução a que têm normalmente acesso directo.

b) A tutela do segredo interno

Quando se trata de actos que tenham sido declarados secretos de forma especial ao abrigo do art. 302.º II LECrim, a protecção é mais forte, pois não se prevêem sanções disciplinares, mas sim, directamente, sanções penais, nos termos estabelecidos pelo art. 466.º CP¹³, que distingue em função de quem tenha sido o autor da revelação:

- Se for um advogado ou um procurador a revelar actos processuais declarados secretos pela autoridade judicial, será punido com as penas de multa de 12 a 24 meses e inabilitação especial para o emprego, cargo público, profissão ou ofício de 1 a 4 anos.
- Se a revelação dos actos declarados secretos for realizada pelo juiz ou membro do Tribunal, representante do Ministério Público, secretário judicial ou qualquer funcionário ao serviço da administração da Justiça, aplicar-se-lhe-iam as penas previstas no artigo 417.º na sua primeira parte.
- Se a conduta descrita na primeira parte for realizada por qualquer outro particular que intervenha no processo, a pena ser-lhe-á imposta na sua segunda parte.

13. De novo, cfr. Otero González, pp. 294 e ss.

A protecção do segredo interno, comparada com a que se dispensa ao externo, é mais forte. O segredo externo da instrução pode-se violar muito facilmente e com um custo muito baixo para os advogados e para as partes, razão pela qual sistematicamente se infringe quando os casos apresentam uma mínima relevância mediática. Resultado indirecto desta situação é o facto de que os juizes de instrução, para garantir o êxito da sua investigação e evitar que sejam difundidos para o público os conteúdos dos seus actos, serem obrigados a decretar o segredo interno da instrução: é a maneira de evitar que as partes e os seus advogados, quase de forma impune, façam chegar aos meios de comunicação o conteúdo dos expedientes das instruções. Em consequência, o segredo interno é decretado com muito mais frequência do que a necessária, em detrimento do direito de defesa dos arguidos; e, claro, altera-se também, na prática, a diferença entre o segredo genérico e o segredo reforçado da investigação penal, pois só o segundo é percebido realmente pela sociedade como tal.

3.1.3. A interpretação jurisprudencial e a realidade quotidiana

A tudo o que foi referido, deve acrescentar-se a interpretação restritiva que a jurisprudência proporcionou ao segredo da investigação penal, tanto na sua vertente comum como na sua modalidade reforçada.

O Tribunal Constitucional espanhol teve oportunidade de se pronunciar sobre o significado do segredo da instrução na STC 13/1985, de 31 de Janeiro, em relação à proibição decretada por um juiz de instrução a um meio de comunicação de publicar as fotografias do cenário de um crime. Nessa sentença, reconhece que o processo penal pode ter uma fase inicial de investigação amparada pelo segredo e justificada pela necessidade de alcançar o êxito da investigação e a repressão eficaz do crime; mas também afirma que se trata de uma excepção à garantia da publicidade dos actos judiciais e que, em consequência, deve ser objecto de interpretação restritiva, em especial quando entra em colisão com a liberdade de informação.

Em que se deve traduzir essa interpretação restritiva do segredo da instrução é algo que foi aclarado, dez anos mais tarde, pela *Sala de lo Penal Del Tribunal Supremo*, na sua sentença n.º 1020/1995, de 19 de Outubro, por ocasião de um processo penal contra uma magistrada acusada de ter feito declarações aos meios de comunicação que teriam comportado uma violação

do segredo da instrução. À margem das singularidades do caso concreto, o relevante é que o Supremo Tribunal esclareceu que não todos os actos que conformam o expediente de uma investigação judicial estão cobertos pelo segredo genérico, nem podem, tão-pouco, ser alcançados pelo segredo reforçado: se a finalidade do segredo é assegurar o êxito da investigação, «o que deve ser resguardado é tudo aquilo que possa prejudicar o êxito da investigação ou afectar a intimidade ou a segurança das pessoas imersas no seu processo penal. Pelo contrário, existem notícias que dificilmente podem ser subtraídas da informação pública, como as relativas à detenção e o pôr à disposição judicial de uma determinada pessoa. Não é o mesmo publicar o dado relativo ao envolvimento de uma pessoa nos factos que estão a ser investigados que dar pormenores precisos das suas declarações ou das provas existentes contra a mesma». Consequentemente, o segredo da investigação penal circunscreve-se ao conteúdo das declarações dos arguidos e testemunhas, tal como tenham ficado documentadas, aos laudos periciais e aos demais documentos que se junta à causa. Em contrapartida, não se pode estender a resoluções que resolvam questões relativas à situação pessoal dos arguidos (a decisão de decretar a sua prisão preventiva, por exemplo).

Esta linha de interpretação restritiva foi seguida posteriormente por outros órgãos judiciais. Salientam-se de forma particular:

– O *Auto de la Sala de lo Civil y Penal* do Tribunal Superior de Justiça da Comunidade Valenciana n.º 8/1999, de 10 de Fevereiro, ditado por ocasião da exibição por parte de um membro do governo autónomo de um relatório médico relativo a um contágio maciço de hepatite que havia sido agregado à instrução penal: sintetiza-se o âmbito do segredo da instrução declarando que abarca o conteúdo do actos de investigação tendentes à comprovação do crime (inspecção ocular, recolha de amostras ou vestígios, autópsia), a averiguação e identificação da pessoa à qual se atribui o facto punível e das suas circunstâncias pessoais (reconhecimentos de identidade, reconhecimentos médicos) e a garantia dos meios materiais que podem servir para a sua prova (recolha e conservação de elementos probatórios), assim como ao conteúdo das declarações documentadas dos arguidos e das testemunhas, aos relatórios periciais e aos documentos que se juntem à causa, que podem contribuir para a comprovação do facto e a descoberta do seu autor.

– O *Auto de la Sala de lo Civil y de lo Penal* do Tribunal Superior de Justiça de Madrid de 14 de Outubro de 2005, ditado por ocasião de um processo penal contra um procurador por difundir o conteúdo do auto judicial que acordava a admissão de uma acção e ordenava uma série de medidas de investigação: na opinião do tribunal, não se tratava de uma divulgação capaz de prejudicar o êxito da instrução, razão pela qual considerou que o facto não era punível.

Concluindo, hoje em dia a situação é totalmente insatisfatória, dado o reduzido significado na prática do segredo da instrução. Além do mais, dois exemplos recentes puseram em evidência como também não é simples encontrar vias alternativas para a sanção das infracções do segredo da investigação: ambos se relacionam com uma causa penal por crimes de corrupção ligados ao governo autónomo da Comunidade Valenciana (o chamado «Caso Gürtel»).

a) O primeiro exemplo tem que ver com a dificuldade de perseguir pela via disciplinar os juízes de instrução responsáveis por fugas para os meios de comunicação dos actos que investigam. Quanto à relevância mediática a que se fez referência, e que afectava o principal partido político da oposição, estavam-se a produzir fugas para certos meios de comunicação de elementos cobertos pelo segredo da investigação (incluindo gravações de comunicações telefónicas interceptadas). O partido político afectado apresentou uma denúncia ao *Consejo General del Poder Judicial* (adiante, CGPJ) contra o instrutor da causa – pessoa muito conhecida em Espanha e fora de Espanha, e com grande projecção mediática. O *Servicio de Inspección* do CGPJ abriu uma informação prévia, que foi arquivada pela *Comisión Disciplinaria* do próprio CGPJ em consequência da abstracção da denúncia. A decisão foi impugnada ante a *Sala de lo Contencioso-Administrativo* do Supremo Tribunal, que, por sentença de 2 de Novembro de 2010, considera razoável a decisão do CGPJ de arquivamento da denúncia, tendo em conta que boa parte da informação difundida o tinha sido através do gabinete de imprensa do tribunal ao qual estava adstrito o juiz e que se tinha seguido o «Protocolo de Comunicação de Justiça» – ao qual se fará referência em breve.

b) O segundo exemplo tem que ver com dificuldade de perseguir como autor de um crime de favorecimento da pessoa que não está directamente

vinculada pelo segredo da instrução, uma vez que não é parte no processo penal. Em concreto, o porta-voz do Partido Socialista nas Cortes Valencianas exibiu perante o pleno da câmara um relatório policial relativo à mesma trama de corrupção que afectava o governo autónomo e que estava coberto pelo segredo da instrução. Não sendo o porta-voz parte no processo penal em questão, não se lhe podia aplicar o art. 466.º, 1, CP, mas foi acusado de um crime de favorecimento pessoal por não revelar a identidade da pessoa que lho havia facilitado e que seria presumivelmente autora do crime previsto no referido preceito. A sentença n.º 6/2011, de 12 de Abril de 2011, da *Sala de lo Civil y Penal* do Tribunal Superior de Justiça da Comunidade Valenciana absolveu-o por falta de prova do elemento subjectivo doloso do tipo delituoso, isto é, perante a dificuldade de provar que o arguido tivesse querido impedir o descobrimento do crime de revelação de segredos.

O panorama descrito pode-se sintetizar num claro divórcio entre a lei e a realidade em matéria de respeito pelo segredo da investigação penal, que é em boa medida escandaloso. O escândalo, contudo, não faz senão aumentar quando se tem conhecimento do entorpecimento político na melhoria dos textos legais neste ponto. De facto, o CGPJ vem adoptando, há algum tempo, acordos nos quais se exige um maior respeito pelo segredo das investigações penais e uma reforma penal que delimite melhor o âmbito do que abrange ou não o dever de sigilo. Em Março de 2011, o Governo apresentou ao Parlamento um projecto de lei de medidas de agilização processual, que em princípio não teria nada que ver com a matéria de que nos ocupamos. Contudo, o CGPJ fez chegar aos grupos parlamentares a necessidade de aproveitar a reforma para modificar o regime legal do segredo da instrução e, de facto, a grande maioria dos grupos introduziram emendas que comportavam modificações dos arts. 301.º e 302.º LECrim. Ainda que haja entre as emendas apresentadas leves divergências, o núcleo comum das reformas propostas é o seguinte:

- Sanção disciplinar para os advogados e procuradores que violem o segredo da instrução, em lugar da ridícula sanção económica prevista actualmente;
- Autorização ao juiz de instrução para dar publicidade, através dos meios que se estabelecem regulamentarmente, a determinadas decisões da fase de instrução (a admissão da denúncia ou da queixa, a declaração do arguido, as medidas cautelares adoptadas, a improcedência da causa

ou a abertura do julgamento oral), sempre que considere que não prejudicará os fins da investigação;

– Os escritos de alegação e petição dos advogados e dos procuradores só podem publicar-se com a autorização do juiz de instrução, sempre que não prejudique a investigação.

Como se pode ver, não se trata de uma reforma revolucionária, mas de uma adaptação do texto legal à jurisprudência e de uma tentativa de reforçar o controlo do instrutor sobre a informação que se efectua relativamente ao conteúdo dos actos do processo penal. Pareceria, pois, que seria de esperar uma reforma da LECrim neste sentido. Lamentavelmente, a apresentação destas emendas suscitou uma reacção virulenta por parte da *Fiscalía General del Estado*, habituada a fornecer informação directamente aos meios de comunicação sobre os seus actos¹⁴ e que propugna uma alteração de modelo processual penal em que a direcção da fase de investigação seja atribuída aos procuradores: para a *Fiscalía*, a reforma proposta limitava as suas faculdades de difusão de informação e outorgava demasiado controlo sobre a investigação ao juiz em comparação com o procurador. A *Fiscalía* encontrou para as suas críticas à reforma proposta o apoio de boa parte dos meios de comunicação, habituados a uma comunicação «fluida» que facilita o acesso à informação. O resultado foi a retirada das emendas do projecto de lei por parte dos grupos parlamentares que podiam, se fosse caso disso, conseguir a sua aprovação: manter-se-á, pois, o *statu quo*, por muito imperfeito que seja; e torna-se também evidente como o controlo da informação em relação aos processos penais é matéria que vai mais além do que o puramente teórico e centra o interesse da classe política.

Comprovado como, na prática, a ameaça de sanção penal ou disciplinar não constitui – e também não parece que vá a constituir num futuro próximo – um genuíno limite à divulgação de informações abrangidas pelo segredo da instrução, não há outra consequência que não seja a denúncia civil por intromissão ilegítima no direito à honra, à intimidade e à própria imagem das pessoas eventualmente prejudicadas pela difusão de informações preservadas pelo referido segredo. E a verdade é que, neste ponto, algumas resoluções da *Sala de lo Civil* do Supremo Tribunal parecem dar a entender que o dado de

14. Neste sentido, pode ver-se a «Instrucción 3/2005, de la Fiscalía General del Estado, sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación», na qual se estabelecem limites bastante flexíveis no momento da transmissão de informação aos meios de comunicação.

que a informação publicada estivesse ou não compreendida no segredo da instrução pode ter relevância no momento de se considerar se a sua difusão, apesar da sua veracidade, constitui uma intromissão ilegítima (cfr. Sentença n.º 64/1998, de 5 de Fevereiro, e Sentença n.º 247/2001, de 16 de Março).

3.2. A relação entre os meios de comunicação e o segredo da investigação

À semelhança do que sucede nos demais ordenamentos objecto de análise neste trabalho, a principal preocupação que suscita a violação do segredo da investigação não é tanto que acabem por se frustrar as investigações penais, mas sim que estas acabem por receber um excesso de projecção e de pressão mediática, o que afecta os direitos das pessoas envolvidas e o próprio direito a um processo com todas as garantias.

Em princípio, a jurisprudência espanhola parece ter entendido que o segredo da instrução representa um limite claro ao direito fundamental à liberdade de informação e ao direito a receber informação veraz, ambos consagrados no art. 20.º da Constituição espanhola. O modelo foi assente pela anteriormente referida STC 13/1985, que marca com clareza como «aqueles dados aos que não se tem acesso legítimo não poderão – *a fortiori* – ser objecto de difusão, por qualquer meio, o que implica um limite do direito a informar, mas só de modo derivado, isto é, na medida em que aquilo que se queira difundir ou comunicar tenha sido obtido ilegitimamente, violando o próprio segredo da instrução, ou seja, na medida em que se está perante o que a própria lei processual chama (art. 301.º) uma «revelação indevida». Por outro lado, também esclarece o Tribunal Constitucional que «o segredo da instrução significa não, de modo algum, que um ou vários elementos da realidade social (acontecimentos singulares ou factos colectivos cujo conhecimento não resulte limitado ou vedado por outro direito fundamental segundo o disposto pelo artigo 20.º, 4 da CE) sejam arrebatados à liberdade de informação, no duplo sentido do direito a informar-se e direito a informar, com o único argumento de que sobre aqueles elementos estão em curso determinadas diligências sumárias. Desse modo, o mal entendido segredo da instrução equivaleria a criar uma atípica e ilegítima «matéria reservada» sobre os próprios factos acerca dos quais se investiga e realiza uma oportuna instrução do órgão judicial, e não sobre «os actos» do órgão judicial, que constituem a instrução (art. 299.º da LECr).

Como se pode verificar, não se trata de nada especialmente original no panorama do Direito Comparado, nem em teoria nem na prática. O *Consejo General del Poder Judicial* tomou cada vez maior consciência da necessidade de articular relações fluidas entre os órgãos judiciais e os meios de comunicação. É óbvio que o processo penal – muito especialmente a sua fase preliminar de instrução – é um dos aspectos das actuações judiciais que maior interesse suscita nos meios de comunicação. Pois bem, para tornar fluidas as relações com os meios de comunicação, prepararam-se duas medidas diferentes:

– Primeiro, foram criados uma série de *Gabinetes de Comunicación de la Justicia*, que têm como âmbito de actuação cada comunidade autónoma, e que foram concebidos como meios para o contacto com os meios de comunicação dos órgãos judiciais que tenham a sua sede em cada comunidade. Além disso, também existirão *Gabinetes de Comunicación* no Supremo Tribunal e na *Audiencia Nacional*, que são os órgãos de âmbito nacional e com competências que atribuem aos seus actos, frequentemente, repercussões mediáticas;

– Em segundo lugar, foi elaborado o «Protocolo de Comunicação da Justiça» (aprovado pela *Comisión de Comunicación del Consejo General del Poder Judicial* a 30 de Junho de 2004 com o visto bom do Pleno do CGPJ do dia 7 de Julho do mesmo ano), com a finalidade de estabelecer os critérios que deverão reger o fornecimento da informação aos meios de comunicação. O protocolo representa uma clara claudicação do CGPJ ante a força dos meios de comunicação e procura abertamente conseguir a cumplicidade dos meios para melhorar a imagem da Justiça perante a sociedade. De forma claramente sintomática, afirma-se no protocolo que os «los Gabinetes de Comunicación se rigen por el principio de transparencia informativa y de una colaboración completa con los medios de comunicación *hasta la frontera que marcan las leyes*».

No que agora nos interessa, deve referir-se que o protocolo contém uma epígrafe intitulada «Qué información se facilita» e que aborda especificamente o tratamento que deve receber a fase de instrução do processo penal, nos termos seguintes:

«La fase de instrucción se rige por el secreto sumarial pero es posible facilitar información a los periodistas que no afecte a la investigación.

Podrá ser considerada a título de ejemplo, siempre que no comprometa la investigación y con autorización del juez de instrucción, la siguiente: el número y la identidad de los imputados y/o detenidos que han prestado declaración ante el juez y los motivos de la detención, con una sucinta descripción de los hechos o de los indicios del delito

1. situación procesal acordada: libertad provisional – con o sin fianza –, prisión provisional, etc.
2. los presuntos delitos por los que se abre la causa.
3. el número de testigos que han declarado.
4. qué pruebas periciales se han realizado.
5. qué diligencias de investigación se han practicado.
6. la evolución en las distintas fases procesales.

Podrán hacerse públicos igualmente autos dictados en la fase de instrucción como los de admisión o inadmisión a trámite, prisión, estimación de pruebas, procesamiento, informes periciales forenses así como resoluciones sobre recusaciones y recursos.

Acabada la fase de instrucción no existe ningún impedimento para facilitar el auto de apertura del juicio oral.

Los Gabinetes de Comunicación también podrán facilitar los escritos de calificación del Ministerio Fiscal.

La experiencia acuñada por los Gabinetes de Comunicación existentes demuestra que esta información oficial, *que no quebranta ningún secreto sumarial*, se agradece enormemente por parte de los periodistas y contribuye a trasladar a la ciudadanía la imagen de transparencia por la que trabajamos.»

Segundo o critério do CGPJ, são realmente muito poucos os actos abrangidos pelo segredo da instrução: praticamente o conteúdo, na íntegra, de uma investigação ordinária pode acabar por ser facilitado aos meios de comunicação.

A perplexidade que deriva da leitura do protocolo, contudo, não acaba aqui. Noutra dos parágrafos do mesmo são descritas as relações que os Gabinetes de Comunicação devem ter com os juízes de instrução, sobretudo quando se ocupem de casos que tenham relevância pública e nos quais existe um manifesto interesse dos meios:

1. «Cuando tengan lugar casos como los citados se derivará a los periodistas al Gabinete de Comunicación.
2. *En el caso de que el juez de instrucción opte por mantener contacto directo con los periodistas, deberán informar al Gabinete del contenido de este contacto y la información facilitada, para evitar que otros profesionales que hayan usado la vía del Gabinete de Comunicación se queden sin la información.*
3. El Gabinete le asistirá personalmente para canalizar la demanda informativa cuando instruya un caso que sea de atención preferente para los medios.
4. El Gabinete podrá preparar resúmenes de prensa monográficos sobre los asuntos que se encuentren en fase de investigación en un juzgado cuando así lo solicite el titular.»

Concluindo, é óbvio como ao máximo órgão de governo do Poder Judicial espanhol o que realmente lhe interessa é manter uma boa relação com os meios de comunicação, em claro detrimento dos valores que subjazem e justificam o segredo da investigação penal – e também em claro detrimento da independência judicial em relação ao poder mediático. Penso que não são necessários mais comentários.

Capítulo 4

O segredo da investigação no processo penal

O *Code de Procédure Pénale* francês (adiante CPP), promulgado em 1958, estabelece em termos gerais o segredo da investigação, que abrange tanto a *enquête préliminaire* que pode ser levada a cabo pela Polícia ou pelo Ministério Público, como sobre a *instruction* propriamente dita – no caso de chegar a existir –, sob a direcção do juiz de instrução.

O segredo da investigação pode recair tanto sobre as partes do processo, como sobre terceiros (especialmente jornalistas e meios de comunicação). Como se verá em seguida, ambos os aspectos estão fortemente entrelaçados.

4.1. O carácter secreto da investigação para as partes

Em relação às partes, a regra no Direito processual francês – pelo menos desde a lei de 8 de Dezembro de 1897 – é que a instrução não é secreta para estas¹⁵: têm direito a conhecer o conteúdo das diligências praticadas e a documentação que conforma o expediente da instrução, por exigências do direito de defesa. Para estes efeitos, têm a condição de parte o arguido, mas também a parte civil, isto é, o particular que promove o exercício da acção penal. O exercício desse direito é mediado pela figura do advogado: é o advogado quem acede à documentação e quem, se for o caso, a pode fazer chegar ao seu cliente (de facto, a jurisprudência parece negar ao arguido o direito de aceder na sua pessoa ao expediente nos casos que opte pela autodefesa¹⁶).

15. Cfr. S. Guinchard/J. Buisson, *Procédure pénale*, 6.^a ed., Paris, 2010, p. 999; M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, Paris, 2001, p. 587; R. Merle/A. Vitu, *Traité de Droit Criminel*, Tome II, 4.^a ed., Paris, 1979, p. 386; E. Vergès, *Procédure pénale*, Paris, 2005, p. 145; P. Conte/P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, Paris, 1995, p. 183.

16. Rassat, p. 587.

Em concreto, a regulação encontra-se nos arts. 114.º CPP (modificado pela Lei n.º 2007-291, de 5 de Março) e 114.º, 1, CPP (introduzido pela Lei n.º 96-1235, de 30 de Dezembro de 1996).

Em geral, os advogados têm direito a aceder ao expediente pelo menos quatro dias antes do interrogatório do arguido ou da declaração da parte civil. Uma vez produzida a primeira comparência destes sujeitos, o expediente estará acessível aos advogados todos os dias úteis (art. 114.º III CPP). Além de consultar o expediente, os advogados podem também solicitar, a seu cargo, a entrega de cópias de todo ou parte do expediente: o prazo para que lhes sejam entregues não pode ser superior a um mês (art. 114.º, IV CPP). Não obstante, o advogado não pode dispor livremente das cópias que lhe são entregues. O CPP permite-lhe fazer chegar uma reprodução dessas cópias ao seu cliente, mas com uma série de restrições:

- Deve comunicar com carácter prévio ao juiz de instrução a lista dos documentos de que quer remeter uma cópia ao seu cliente (art. 114.º VII, CPP); o juiz dispõe de cinco dias para se opor a essa remissão, sempre que a sua rejeição se funde na necessidade de evitar riscos de pressão sobre as vítimas, as pessoas investigadas, os seus advogados, as testemunhas, os investigadores, os peritos ou qualquer outro sujeito que intervenha no processo (art. 114.º, VIII, CPP). No caso de silêncio do juiz, o advogado poderá remeter ao seu cliente a cópia dos documentos. Em caso de rejeição, poderá submeter a questão ao presidente da *chambre d'instruction*, cujo silêncio, novamente, se entenderá como autorização (art. 114.º, IX, CPP). No caso de a parte cujo advogado solicitou os documentos ser uma parte civil e o exercício das suas acções tenha sido objecto de impugnação, não haverá em nenhum caso a transmissão de documentos sem autorização expressa do juiz (art. 114.º, XI, CPP);
- Contando já com a autorização do juiz – expressa ou implícita –, o advogado, antes de remeter os documentos ao seu cliente, deve informá-lo das sanções em que pode incorrer se fizer chegar essas cópias a terceiros (art. 114.º, V, CPP).

De facto, o segredo da investigação proíbe aos advogados e às partes fazer chegar os documentos a terceiros: a infracção desta regra implica a aplicação de uma multa de 3750 euros. A única excepção a esta proibição de difusão ulterior refere-se aos laudos periciais: as partes ou os seus advogados podem,

se for necessário para a sua defesa, dá-los a conhecer a terceiros (art. 114.º, VI, CPP) –, sobretudo, é de admitir, na possibilidade de preparação de relatórios que desvirtuem as conclusões dos outros.

Concluindo, o CPP permite que as partes acedam ao conteúdo das investigações, mas continua a atribuir ao juiz um importante controlo sobre a informação: por um lado, porque, em princípio, esta só se facilita aos advogados, que estão obrigados pelo seu dever de sigilo profissional (art. 160.º do decreto n.º 91-1197 de 27 de Novembro de 1991, pelo qual que se regula a profissão de advogado); por outro, porque se existe um risco de a transmissão da informação envolver o exercício de pressões sobre sujeitos envolvidos no processo, restringe-se a difusão fora do âmbito do advogado.

4.2. O carácter secreto da investigação em relação a terceiros

Em relação a terceiros, pelo contrário, a regra geral é a de que os actos da investigação sejam secretos. Assim o estatui o art. 11.º CPP, introduzido depois de intensos debates parlamentares motivados pela difusão mediática que teve o homicídio de um casal em 1956 cometido por adolescentes.

O texto actualmente vigente – a última modificação realizou-se pela Lei n.º 2000-516 de 15 de Junho de 2000 – estabelece o seguinte:

«Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète. Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du code pénal. Toutefois, afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, d'office et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause.»

A doutrina e a jurisprudência francesas dedicaram-se, em diversas ocasiões, a precisar qual o verdadeiro alcance do segredo estabelecido por este preceito.

4.2.1 Âmbito objectivo e temporal

O dever de guardar segredo projecta-se sobre os actos, actuações e os documentos que conformam a instrução, mas também sobre a informação que se tenha obtido através da instrução. Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência francesas assumem que não recai sobre o facto delituoso em si mesmo que é objecto da investigação.

Não obstante, deve ter-se em conta que o art. 35.º da Lei de liberdade de imprensa, de 1881, pune com multa de 15 000 euros a difusão, por qualquer meio e suporte, da reprodução das circunstâncias de um crime grave, quando a referida reprodução atente gravemente contra a dignidade da vítima e se tenha realizado sem o seu conhecimento.

Quanto à sua dimensão temporal, o dever de segredo mantém-se no decurso da investigação (seja a *enquête*, seja a *instruction*). Se o caso for arquivado (*non-lieu*), a instrução deveria permanecer secreta (a não ser que alguns dos seus elementos possam ser de utilidade para outro processo: *Cour de cassation, Chambre Criminelle*, de 8 de Março de 1989; *Cour de cassation, Chambre Civile*, 10 de Junho de 1992). Se, pelo contrário, se abre a fase de julgamento, desaparece o dever de guardar segredo¹⁷.

4.2.2. Sujeitos a quem afecta o segredo

a) Os sujeitos que «concorrem» à investigação

Segundo dispõe o art. 11.º CPP, estão vinculados pelo segredo os sujeitos que concorrem ou participam na investigação. O termo é um tanto impreciso, mas para o definir recorreu-se à vinculação com o sigilo profissional que efectua o preceito, de modo que doutrina e jurisprudência chegaram maioritariamente à conclusão de que só afecta os que intervêm na instrução de uma forma que se poderia classificar de «profissional», o que inclui os seguintes sujeitos: os juizes de instrução (*Cour d'Appel* de Rennes, 7 de Maio de 1979), os agentes do Ministério Público, os secretários judiciais e restantes membros das secretarias judiciais, os polícias (*Cour de cassation, Chambre Civile*, 9 de Março de 1999), os auxiliares, os *huissiers*, os intérpretes e os peritos¹⁸.

17. Rassat, p. 590.

18. Vergès, p. 147.

Como exceção a esta regra, o art. 11.º, 1 CPP (criado pela Lei n.º 2004-204, de 9 de Março) permite que, com autorização do Ministério Público ou do juiz de instrução, se possam efectuar investigações científicas ou técnicas, especialmente se se destinam a prevenir a ocorrência de acidentes, ou se se pretende facilitar a indemnização às vítimas ou a assunção da reparação dos seus prejuízos. Os agentes dessas autoridades ou organismos estarão obrigados pelo segredo profissional, nos mesmos termos indicados pelos arts. 226.º, 13, 2226.º, 14 do Código Penal.

Na mesma linha, o art. L. 82 C do Código de Procedimento Tributário permite ao Ministério Público dar a conhecer à administração tributária o expediente de um processo penal.

b) Os sujeitos que «não concorrem» à investigação

Por seu turno, a doutrina maioritária¹⁹, seguindo a jurisprudência, conclui que não estão obrigados pelo segredo da investigação o arguido (CA Paris, 11 de Junho de 1986), a parte civil (*Cour de cassation, Chambre Criminelle*, 9 de Outubro de 1978), as testemunhas e os advogados (*Cour de cassation, Chambre Criminelle*. 18 de Outubro de 1977).

Para chegar a esta conclusão, usam-se dois argumentos:

- Por um lado, afirma-se que estes sujeitos não estão contemplados como possíveis sujeitos activos das condutas punidas pelos arts. 226.º, 13 e 226.º, 14 CP;
- Por outro, recorda-se que o art. 11.º CPP institui o segredo da investigação «sem prejuízo dos direitos de defesa»²⁰: por isso, para os fins da sua defesa, se há-de permitir pelo menos às partes e aos seus advogados utilizar a informação obtida durante a instrução e pô-la, se for o caso, ao conhecimento de terceiros.

Não obstante, existem também algumas críticas²¹ que consideram que também os particulares «concorrem» à instrução e que, portanto, estão obrigados pelo segredo, apesar de não lhes serem aplicáveis as normas penais que punem a violação do segredo profissional.

19. Cfr. por todos Vergès, pp. 147-148; Merle/Vitu, pp. 388-389.

20. Guinchard/Buisson, p. 1000.

21. Rassat, p. 589.

E também não pode esquecer-se que, pelo que já se viu, as partes do processo não são livres de difundir os documentos da instrução, pois o art. 114.º, 1, CPP prevê uma multa de 3750 euros.

Em relação aos advogados, contudo, entendeu-se mais recentemente que, ainda que não concorrem com a instrução no sentido do art. 11.º CPP, estão obrigados pelas normas que regulam o exercício da profissão de advogado (*Cour de cassation, Chambre Criminelle*, 18 Setembro 1991): até 2005, o dever de segredo estava estabelecido no art. 160.º do Decreto n.º 91-1197 de 27 Novembro de 1991 regulador da profissão de advogado: entende-se que um advogado viola o sigilo profissional se revela conscientemente a um terceiro alheio ao processo informação coberta pelo segredo da instrução (*Cour de cassation, Chambre Criminelle*, 18 Setembro de 2001; no assunto resolvido em *Cour de cassation, Chambre Criminelle*, 28 de Outubro de 2004, em que se tratava de um advogado que violou o segredo da instrução informando um terceiro para evitar que este fosse detido). Desde 2005, é o Decreto 2005-790 de 12 de Julho de 2005, relativo às regras de deontologia da profissão de advogado, o que se ocupa da questão nos seus arts. 4.º e 5.º

O artigo 4.º estatui a regra geral de que os advogados não podem efectuar divulgações que contravenham o seu sigilo profissional, salvo quando seja estritamente necessário para a sua própria defesa. E o art. 5.º (alterado pelo Decreto n.º 2007-932 de 15 de Maio), de forma mais concreta, estabelece que o advogado deve respeitar o segredo das investigações penais, abstendo-se de comunicar – salvo se for necessário para exercer o direito de defesa do seu cliente – informações extraídas do expediente, ou de publicar os documentos, diligências ou escritos relativos a uma investigação em curso. Apenas poderão transmitir cópias dos documentos e diligências do expediente ao seu cliente nas condições previstas pelo art. 114.º CPP.

4.2.3. Segredo da investigação e meios de comunicação

De forma particular, o que preocupa a doutrina e a jurisprudência é a relação entre os jornalistas e os meios de comunicação com o segredo da investigação. Em França, como nos restantes países, verifica-se de forma generalizada a existência de fugas de informação para a imprensa, que publica documentos e actos de investigações criminais; e está-se consciente de que este é o problema básico do segredo da investigação.

Como já se viu, os advogados estão proibidos de facultar documentos a terceiros, incluindo os jornalistas: se o fizerem, poderão ser sancionados (*Cour de cassation, Chambre Criminelle*, 18 de Setembro de 2001: advogado perseguido por ter entregado a um terceiro fragmentos inteiros do auto de interrogatório que acabava de elaborar). Em certa ocasião, perseguiu-se e condenou-se um jornalista por favorecimento pessoal uma vez que encobriu um crime de violação do sigilo profissional, assumindo que se dispunha de informação sobre o expediente ou conseguiu documentos é porque algum dos sujeitos obrigados pelo segredo incumpriu o seu dever (*Cour de cassation, Chambre Criminelle*, 13 de Maio de 1991); *Cour de cassation, Chambre Criminelle*, 19 de Junho de 2001, que resolve o assunto das chamadas «escutas do Eliseo», em que se condenaram jornalistas que publicaram documentos secretos da instrução assumindo que a sua origem tinha de ser necessariamente criminosa; o assunto chegou à *Cour de cassation*, que afirma expressamente a compatibilidade de tal condenação com o art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que proclama a liberdade de expressão)²². Em relação a este tema, a jurisprudência assinalou que as restrições à liberdade de informação derivadas do segredo da investigação não são contrárias à convenção e que também não o é a punição da sua infracção ou do seu favorecimento (*Cour de cassation, Chambre Criminelle*, 12 de Junho de 2007). A única excepção a esta penalização por favorecimento pessoal refere-se aos casos em que o jornalista foi perseguido por difamação: nesse caso, se para acreditar a *exceptio veritatis* deve aduzir documentos obtidos mediante a violação do segredo da investigação, não será perseguido pelo favorecimento pessoal (*Cour de cassation, Chambre Criminelle*, 11 de Junho de 2002, *Cour de cassation, Chambre Criminelle*, 11 de Fevereiro de 2003). Contudo, deve ter-se em conta que na prática as prossecuções penais por revelação do segredo da investigação são muito escassas – ainda que não inexistentes –, em comparação com o grau generalizado de violação que se vê na vida quotidiana²³.

Além disso, como contrapartida, doutrina e jurisprudência reconhecem que os jornalistas podem empreender investigações paralelas e independentes, cujos resultados podem publicar. Para tratar de paliar as consequências de uma má informação, o terceiro parágrafo do art. 11.º CPP permite comunicados de imprensa oficiais: devem ter a finalidade de evitar a propagação de informações

22. Cfr. también Vergès, p. 148.

23. Guinchard/Buisson, p. 1001; M. Lemonde, «Justice and the medias», em M. Delmas-Marty /J. R. Spencer (eds.), *European Criminal Procedures*, Cambridge, 2005, pp. 700-703.

parciais ou inexactas ou de pôr fim a uma perturbação da ordem pública; devem publicar-se só elementos objectivos extraídos do processo; e deve verificar-se a condição adicional de que a informação não comporte valorações ou apreciações acerca das acusações que se sustentam contra os arguidos²⁴.

Particularmente, devem ter-se em conta alguns limites adicionais, que derivam da lei de liberdade de imprensa, de 29 de Julho de 1881:

- O artigo 38 (modificado pela Lei n.º 2010-830 de 22 de Julho de 2010) proíbe publicar os autos de acusação e qualquer outro acto de um processo penal antes de terem sido lidos em audiência pública, sob pena de multa de 3750 euros;
- O art. 39.º, b) (modificado pela *Ordonnance* n.º 2000-916, de 19 de Setembro de 2000), pune com pena de multa de 15 000 euros quem difundir informações relativas à identidade ou que permitam a identificação, entre outros, de um menor que seja vítima de um crime (salvo se a publicação se tiver feito a pedido daqueles que tenham a tutela do menor ou de autoridades administrativas ou judiciais);
- O art. 39.º e) (alterado pela mesma *Ordonnance* mencionada) pune com multa de 15 000 euros a difusão de dados relativos à identidade da vítima de uma agressão ou de um ataque sexual, ou à imagem da referida vítima se esta permitisse a sua identificação (salvo acordo por escrito da vítima no sentido da difusão);
- O art. 35.º c) (modificado pela mesma *Ordonnance* mencionada) pune com multa de 15 000 euros a difusão da imagem de uma pessoa identificada ou identificável, arguida num processo penal, permitindo ver que está algemada ou tem grilhões, ou que está em situação de prisão preventiva.

4.3. Consequências da violação do segredo

4.3.1. Possíveis consequências no processo

Como regra geral, a jurisprudência entende que a infracção do segredo da investigação não afecta a validade do processo no seu conjunto, não afectando também a validade do acto concreto ou diligência afectada pela revelação (*Cour de cassation, Chambre Criminelle*, 24 de Abri de 1984). Contudo, a

24. Vergès, pp. 151-152.

Chambre Criminelle de la Cour de cassation parece admitir a nulidade do acto se a violação da publicidade tiver ocorrido no momento de desenvolvimento da diligência e comportou uma violação ao direito de defesa (*Cour de cassation, Chambre Criminelle*, 19 de Junho de 1995; no caso resolvido pela *Cour de cassation, Chambre Criminelle*, 25 de Janeiro de 1996, verificou-se a presença de um jornalista no interrogatório de um suspeito, mas este havia sido informado e não tinha protestado; e no caso resolvido pela *Cour de cassation, Chambre Criminelle*, 27 de Abril de 2000, verificou-se a presença de um *stagiaire non assermenté* no gabinete de um juiz durante um interrogatório)²⁵, sendo o prejudicado quem terá o ónus de provar o prejuízo sofrido.

4.3.2. Consequências sobre os infractores

Estando em causa pessoas obrigadas pelo segredo da investigação em sentido estrito, as penas que se podem impor são de 1 ano de prisão e 15 000 euros de multa (art. 226.º, 13 *Code pénal*).

No caso dos jornalistas, já se viu que podem acabar por ser condenados por favorecimento pessoal por um crime de violação do sigilo profissional.

4.3.3. Consequências para os prejudicados

Finalmente, também não pode excluir-se que, em caso de violação do segredo da investigação, se produzam danos às pessoas envolvidas no processo, derivados do ataque à sua honra e à sua própria imagem, assim como da violação do seu direito à presunção de inocência. Como possíveis vias para a reparação desse dano contemplam-se, pelo menos, as seguintes:

- Desde a entrada em vigor da Lei n.º 93-2 de 4 de Janeiro de 1993, o art. 9.º, 1 do *Code Civil* (modificado por última vez pela Lei n.º 2000-516, de 15 de Junho de 2000) estabelece o seguinte:

«Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence.

Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion

25. Cfr. Vergès, p. 149; Guinchard/Buisson, p. 1000; Rassat, pp. 590-591.

dsune rectification ou la diffusion dsun communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte.»

Isto é, o sujeito cuja presunção de inocência esteja a ser lesada pode conseguir do juiz, inclusive pela via urgente do *référé*, a adopção das medidas adequadas para conseguir que cesse o ataque, incluída a inserção de uma rectificação ou a difusão de um comunicado, assumindo os custos a pessoa responsável da violação.

– O art. 9.º, 1 do *Code Civil* prevê que as rectificações e os comunicados possam obter-se «sem prejuízo da reparação [entenda-se, económica] do dano padecido»: se por um lado, se reconhece a competência do juiz encarregado do processo penal e se arbitra a via urgente do *référé* para a reparação «moral», por outro, não se estipularam regras especiais para a obtenção de reparações materiais²⁶. Consequentemente, estará a cargo do prejudicado iniciar o processo que corresponda e accionar nele quem se considerar responsável. Entre os potenciais sujeitos de uma reclamação deste tipo, além de jornalistas, meios de comunicação e outras pessoas físicas ou entes colectivos, encontra-se o Estado: segundo a jurisprudência, a violação do segredo da investigação pode classificar-se como falta grave e comportar a responsabilidade do Estado por funcionamento defeituoso do serviço público da justiça (*Cour de cassation, Chambre Civile*, 19 de Março de 1999)²⁷.

– Em datas muito recentes, a *Cour de cassation* teve de ocupar-se também das consequências da revelação do segredo da investigação para a suposta vítima do crime, por ocasião do conhecido assunto de Liliane Bettencourt, proprietária de um conhecido grupo empresarial no sector da cosmética, cuja filha acusou o parceiro da sua mãe de abusar dela para obter uma parte substancial da herança. Um jornal semanal publicou parte dos autos das declarações de certas testemunhas perante o Ministério Público, de onde se deduzia que a vítima era uma pessoa débil e manipulável. A vítima recorreu à via do *référé* para reclamar uma indemnização pelo dano moral ocasionado e, ainda que a *cour d'appel*

26. Rassat, p. 595.

27. Guinchard/Buisson, p. 1001.

lhe concedesse por esta via a soma de 10 000 euros, a decisão da *Cour de cassation (1ère Chambre Civile)* de 28 de Abril de 2011 revogou parcialmente a sentença: depois de apreciar que, em rigor, só o Ministério Público e o arguido estão legitimados para formular reclamações sustentadas pela lei de imprensa, e comprovou que a informação publicada – extraída de um expediente do Ministério Público coberto pelo segredo da instrução – realmente causava o dano denunciado pela vítima, tendo-o quantificado em 4000 euros.

Capítulo 5

O segredo da investigação no processo penal italiano

No ordenamento italiano, o *Codice di Procedura penale* (adiante, CPP) de 1988 procede a uma regulação bastante complexa e exaustiva do carácter público e/ou secreto dos actos próprios das diversas fases do processo penal²⁸. Em termos gerais, a noção de acto secreto fundamenta-se na possibilidade de que possa ser conhecido pelo sujeito passivo da investigação (o *indagato*): são secretos os actos que o arguido não conhece e nos quais, conseqüentemente, não pode participar²⁹. A legislação italiana, portanto, não se empenha tanto em distinguir entre segredo interno e segredo externo – como sucede, *v.g.*, em França e em Espanha –, existindo, pois, uma única categoria de actos secretos, aqueles que o são para o *indagato*. Sobre essa base se constroem as posteriores proibições de publicação – que gerariam o que, segundo as nossas categorias, seria um segredo externo³⁰.

5.1. Âmbito objectivo e temporal do segredo da investigação

5.1.1. Regra geral

A regra geral aquando da definição do segredo da investigação no processo penal italiano é estabelecida pelo art. 329.º, 1 CPP, intitulado «Obbligo del segreto».

1. Gli atti d'indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari.

28. A título monográfico, cfr. M. Bonetti, *Riservatezza e processo penale*, Ed. Giuffrè, Milão, 2003; F. M. Molinari, *Il segreto investigativo*, Ed. Giuffrè, Milão, 2003.

29. Cfr. G. Conso/V. Grevi/G. P. Voena, *Compendio di procedura penale*, 2.ª ed., Pádua, 2003, p. 174; A. Dalia / M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, 5.ª ed., Pádua, 2003, p. 448; Molinari, p. 163.

30. Dalia/Ferraioli, p. 448-449; A. Giarda/G. Spengher (eds.), *Codice di procedura penale commentato*, IPSOA, 2010, art. 114.º, II.1.

2. Quando è necessario per la prosecuzione delle indagini, il pubblico ministero può, in deroga a quanto previsto dall'articolo 114, consentire, con decreto motivato, la pubblicazione di singoli atti o di parti di essi. In tal caso, gli atti pubblicati sono depositati presso la segreteria del pubblico ministero.

3. Anche quando gli atti non sono più coperti dal segreto a norma del comma 1, il pubblico ministero, in caso di necessità per la prosecuzione delle indagini, può disporre con decreto motivato:

a) l'obbligo del segreto per singoli atti, quando l'imputato lo consente o quando la conoscenza dell'atto può ostacolare le indagini riguardanti altre persone;

b) il divieto di pubblicare il contenuto di singoli atti o notizie specifiche relative a determinate operazioni.

Como se pode ver, a regra geral é que fiquem abrangidos pelo segredo dos actos de investigação realizados pelo Ministério Público e pela polícia judiciária. Consequentemente, não poderão ser conhecidos pelo *indagato*, que não terá direito a participar neles nem a conhecer a documentação dos mesmos enquanto não deixem de ser secretos.

Estes actos são secretos por sua própria natureza: a doutrina italiana sustenta de forma unânime que o fundamento deste segredo é garantir o êxito da investigação e evitar a contaminação das fontes de prova por parte do arguido e seu círculo³¹. A doutrina esclarece que, como regra, o segredo se projecta sobre o desenvolvimento do acto e sobre a documentação do mesmo, que não poderão ser conhecidos pelo arguido. Contrariamente, não existe dever de segredo sobre o facto histórico em si mesmo considerado que é objecto da investigação. Por consequência, uma testemunha não poderá revelar o conteúdo do seu interrogatório (o que lhe perguntou o Ministério Público e o que respondeu), mas está autorizada a contar os factos que conheça³².

Por outro lado, a recente sentença da *Corte di cassazione (prima sezione penale)*, n.º 346/2011, de 9 de Março de 2011, ocupou-se de limitar – e bastante – o âmbito dos actos e documentos sujeitos ao segredo. A origem do caso encontrava-se na publicação na Internet de uma lista de potenciais responsáveis por evasão fiscal, elaborada pela administração tributária e remetida ao Ministério Público de Roma. O *tribunale* de Roma condenou o responsável da publicação com base no art. 684.º

31. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, 6.ª ed., Milão, 2005, p. 389; Giarda/Spengher, art. 329, l.1.

32. Tonini, pp. 393-394; Giarda/Spengher, art. 329.º, l.1.

codice penale a 100 euros de multa, por entender que a referida lista constituía um documento coberto pelo segredo do art. 329.º, 1, CPP e cuja publicação, por conseguinte, estava proibida em virtude do art. 114.º CPP. A *Corte de cassazione*, nesta sentença, é chamada a fazer uma importante precisão no teor literal do art. 329.º, 1, CPP: o que se entende por «actos de investigação realizados pelo Ministério Público e pela polícia»? Neste sentido, a *corte di cassazione* chega à conclusão de que, em princípio, o art. 329.º, 1, CPP se aplica não só aos actos *stricto sensu*, mas também aos documentos que reflectem a realização dos mesmos. Mas a questão que se põe é se também estão abrangidos pelo segredo da investigação os documentos preexistentes ao processo penal, ou seja, os documentos que não são consequência de uma decisão ou actuação do Ministério Público ou da polícia judiciária no contexto de um processo penal – nesta segunda categoria, de facto, se encontrava a lista elaborada pela administração tributária. A *Corte di cassazione* chega a uma resposta negativa: a sua autonomia originária em relação a um processo penal impede que possam converter-se em secretos quando tenham sido adquiridos no processo penal. Consequentemente: «i documenti di origine extraprocessuale acquisiti ad un procedimento, non compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria, non sono coperti da segreto ex art. 329 Cpp; per essi non vige dunque il divieto di pubblicazione di cui all'art. 114 CPP la cui violazione possa costituire il reato di cui all'art. 684Cp». As consequências desta decisão são óbvias: uma parte do conteúdo dos processos penais não é secreta e não pode ser divulgada desde o início do próprio processo penal.

Por outro lado, este carácter secreto dos actos, dada a sua função, está limitado no tempo: só se manterá até que, dependendo do tipo de acto de que se trate, chegue o momento em que, segundo o próprio CPP, o arguido tenha direito a conhecê-lo³³; e, em qualquer caso, prevê-se o limite absoluto de que não se manterá o segredo das investigações uma vez que se tenham encerrado as *indagini preliminari*, isto é, a fase de investigação do processo.

Esta regra geral de segredo interno apresenta uma série de excepções, tanto de carácter extensivo como de carácter restritivo.

5.1.2. Excepções: publicação permitida

Em primeiro lugar, o art. 329.º, 2, do CPP atribui ao Ministério Público a faculdade de permitir a publicação de actos concretos da investigação, ou de

33. Com pormenor acerca de quais são esses momentos, Conso/Grevi/Voena, p. 174.

partes concretas da investigação, se tal for necessário para o desenvolvimento da mesma: é o que acontece, *v.g.*, se se facultam ao público retratos-robô ou informação semelhante para identificar o autor de um crime³⁴.

5.1.3. Exceções: a declaração como secretos de actos que em princípio não o são (*segretazione*)

São mais relevantes – em consequência da sua incidência sobre o direito de defesa – as facultades que se atribuem ao procurador para decretar o segredo em relação aos actos que deveriam poder ser conhecidos pelo arguido (*segretazione*). Existem, de facto, duas modalidades:

- a)** A primeira consiste em manter o segredo de certos actos que já deveriam ser cognoscíveis pelo arguido, quando tal é necessário para o desenvolvimento da investigação: para isso é necessário que o Ministério Público conte com o consentimento do arguido ou que o conhecimento do acto por parte do arguido possa obstaculizar as investigações em relação a outras pessoas [art. 329.º, 3 a) CPP]. Nesse mesmo contexto, o Ministério Público pode também decretar a proibição de publicar o conteúdo dos actos concretos ou notícias específicas relativas a determinadas operações. Estes actos declarados «secretos» recebem o mesmo tratamento como se o fosse por sua própria natureza.
- b)** De forma muito especial, o art. 391.º, e), CPP atribui ao Ministério Público a faculdade de impor o segredo não já sobre actos da investigação, mas sobre os próprios factos objectos da investigação³⁵. Em concreto, o preceito faz parte da regulação das chamadas *indagini difensive*, isto é, das diligências de investigação que tem direito a realizar a defesa do arguido em benefício da sua posição jurídica e que, habitualmente, incluem a possibilidade de tomar declaração aos sujeitos que já tenham declarado perante o Ministério Público sem a presença do *indagato*. Pois bem, nesse contexto, o art. 391.º, 1, e), CPP atribui ao Ministério Público a faculdade de proibir às pessoas a quem ele próprio tomou declaração que comuniquem – à defesa do arguido – os factos ou circunstâncias objecto da investigação dos quais tenha conhecimento. Noutros termos, proíbe-se que estes sujeitos contem a alguém o que

34. Conso/Grevi/Scaparone, p. 518.

35. Cfr. Tonini, p. 395; Giarda/Spengher, art. 329, V.1; Molinari, pp. 198-201.

sabem – e não só os termos em que declaram ao Ministério Público. Esta proibição está condicionada à existência de exigências específicas para o desenvolvimento da investigação e não pode ter uma duração superior a dois meses. Além disso, os sujeitos a quem se dirige esta proibição ficam submetidos a responsabilidade penal em caso de indevida revelação da informação.

5.2. Sujeitos obrigados pelo segredo da investigação

Neste ponto, tem de se ter em conta os termos em que está redigido o art. 329.º, 1, CPP: define-se que actos estão abrangidos pelo segredo. Consequentemente, a doutrina deduz que a obrigação de respeitar o carácter secreto dos actos vincula todas as pessoas que tenham participado ou assistido ao seu desenvolvimento³⁶, assim como a todos os sujeitos conhecedores do acto em questão, incluindo as pessoas informadas dos factos (potenciais testemunhas) e as partes privadas³⁷. Em suma, atribui-se a máxima eficácia subjectiva ao dever de guardar segredo³⁸; e esta máxima eficácia subjectiva, como se verá, encontra o correlativo adequado na norma penal que estabelece as sanções em caso de infracção (art. 379.º *a*) *codice penale*).

5.3. A proibição de publicar os actos secretos: a vinculação do segredo da investigação sobre os meios de comunicação

De forma diferenciada à regulação do segredo da investigação – mas em clara conexão lógica com ela –, os arts. 114.º e 115.º CPP ocupam-se dos casos em que é ou não possível proceder à publicação de actos do processo, tomando como critério básico de distinção a etapa do processo penal a que pertençam: as regras são distintas para os actos do julgamento oral e para aqueles que lhe são anteriores. Por esta via se determinará o modo como o segredo da investigação acaba por vincular os meios de comunicação.

36. Tonini, p. 393.

37. Conso/Grevi/Scaparone, p. 519.

38. Molinari, pp. 173-182.

Na parte que agora nos importa – os actos próprios da investigação preliminar –, deve ter-se em conta o seguinte:

–É proibida a publicação, total ou parcial, por meio da imprensa ou de qualquer outro meio de difusão, dos actos abrangidos pelo segredo (art. 114.º, 1, CPP): a proibição de publicação impede dar difusão ao acto, mas também ao seu conteúdo; e também está proibido publicar resumos ou sínteses daqueles (*pubblicazione per riassunto*); por outras palavras, está também proibida a publicação daquilo que o acto reflecte «de um ponto de vista conceptual»³⁹. Chama-se a atenção que, ao proibir a publicação dos actos secretos, o CPP assume que estes foram conhecidos pelos meios de comunicação, que podiam publicá-los, e que, por isso, algum dos sujeitos obrigados a manter o segredo violou o seu dever.

Pois bem, pelo que se viu antes, o que está abrangido pelo segredo, em geral, é o acto de investigação, mas não o facto em si: por isso, seria proibido publicar o texto da declaração de uma testemunha perante o Ministério Público, mas por outro lado seria possível publicar o que foi declarado directamente por essa mesma testemunha a um jornalista (neste sentido, *Cassazione penale*, Sez. I, sentença de 24 de Setembro de 1994).

Neste mesmo sentido, deve também recordar-se que são secretos os actos que o arguido não pode conhecer; por isso mesmo, é lícito publicar a detenção do arguido, já que se trata de um acto conhecido por ele (*Cassazione penale*, Sez. VI, de 20 de Julho de 1995). Com o mesmo argumento, não se pode condenar por revelação de segredo o agente da polícia judiciária que deu a conhecer à imprensa o mandado de arresto de bens de um arguido, pois uma vez executada já não se poderia entender abrangida pelo segredo (*Cassazione penale*, Sez. VI, de 19 de Março de 2008).

De modo particular, deve referir-se que se encontra pendente de tramitação parlamentar uma lei que, entre outros aspectos, pretende regular de forma expressa a publicação das gravações de conversas telefónicas (ou a sua transcrição), assim como das comunicações telemáticas ou electrónicas: a finalidade da norma programada é proibir em todo o caso a sua publicação enquanto não termine oficialmente a investigação, ainda que o seu conteúdo já tenha deixado de ser secreto para as partes.

39. Conso/Grevi/Voeno, p. 173; Giarda/Spengher, art. 114.º, III.2.

–Também é proibida a publicação, total ou parcial, daqueles actos que já não estão abrangidos pelo segredo (na medida em que já não são cognoscíveis pelo arguido), enquanto não terminem as *indagini preliminari* ou até a conclusão da *udienza preliminare* (que é a fase do processo na qual se decide sobre o início ou não do julgamento oral) (art.114.º, 2 CPP). Neste caso, a proibição não é tão intensa, pois afecta só o acto em si: mas não está proibida nem a publicação do conteúdo do acto (art. 114.º, 7 CPP), nem a *pubblicazione per riassunto*.

A justificação desta proibição não se encontra apenas em garantir um bom desenvolvimento da investigação e em evitar a contaminação das fontes de prova: foca-se, sobretudo, em preservar, na medida do possível, a imparcialidade do julgador. No processo penal italiano, o tribunal de julgamento não tem em seu poder todo o expediente que se gerou durante a investigação, precisamente como forma de evitar que se possam formar juízos prévios que desvirtuem o valor das provas e do julgamento oral: permitir a publicação dos documentos que conformam esse expediente acabaria por subverter pela via dos factos esse objectivo⁴⁰. Fica assim explicada a regra estabelecida no art. 114.º, 3, CPP para a fase do julgamento oral, que proíbe a publicação dos documentos que conformam o *fascicolo per il dibattimento* até que se dite sentença em primeira instância e que também proíbe a publicação das actuações reflectidas no *fascicolo del pubblico ministero* até que se dite sentença em apelação.

Juntamente com as regras gerais anteriores, há duas regras especiais adicionais, que dispersam os seus efeitos em qualquer etapa do processo:

–Por um lado, proíbe-se a publicação do nome, da imagem ou de qualquer dado que permita a identificação dos menores que sejam testemunhas ou ofendidos pelo crime, enquanto não atinjam a maioria (art. 114.º, 6, CPP): persegue-se, como é óbvio, a protecção dos menores;
–Por outro, proíbe-se a publicação da imagem das pessoas que estejam privadas de liberdade quando apareçam com algemas ou sujeitas a outro meio de coacção física, salvo se se tiver obtido o seu consentimento (art. 114.º, 6, b), CPP): neste ponto, além de se preservar a

40. Tonini, p. 397; Conso/Grevi/Voeno, p. 175; D. Siracusano/A. Galati/G. Tranchina/E. Zappalà, *Diritto processuale penale*, 9.ª ed., Milão, 2004, p. 245.

dignidade do arguido e a sua presunção de inocência, procura-se impedir uma certa concepção «como espectáculo» das operações policiais⁴¹.

Em qualquer caso, o que proíbe o CPP é a publicação de actos da investigação, isto é, de actos levados a cabo pelas autoridades de prossecução penal no contexto de um processo. Assim, o que não está proibido é que os próprios meios de comunicação desenvolvam investigações paralelas às oficiais e que publiquem os seus resultados. Estes «julgamentos paralelos» beneficiam de uma lacuna legal, que é criticada pela doutrina⁴².

Por outro lado, deve ter-se em conta o disposto no Decreto Legislativo n.º 106, de 20 de Fevereiro de 2006, que contém diversas normas relacionadas com a organização interna do Ministério Público e cujo art. 5.º se dedica às relações destas com os órgãos de informação acerca da actividade realizada. Em concreto, será o responsável de cada Ministério Público (el *procuratore della Repubblica*) quem centralizará as relações do Ministério Público com os meios de comunicação, por si ou através de um magistrado do seu gabinete designado *ad hoc*. Consequentemente, os demais magistrados do Ministério Público estarão proibidos de fazer declarações ou fornecer informação acerca da actividade judicial do Ministério Público, e serão sancionados disciplinarmente no caso de infringirem essa proibição.

5.4. Consequências da violação do segredo da investigação

Em linhas gerais, para os casos de violação do segredo da investigação, o ordenamento italiano apenas contempla consequências que se projectam no infractor sob a forma de sanção.

5.4.1. Violação do dever de segredo

Nos casos de violação do dever de segredo estabelecido no art. 329.º ou no 391.º, e), CPP, as consequências previstas são penais e bastante sérias.

Em geral, o art. 379.º, a) CP, com a epígrafe «Rivelazione di segreti inerenti a un procedimento penale», introduzido no *códice penale* pela Lei n.º 397

41. Siracusano/Galati/Tranchina/Zappalà, p. 247.

42. Tonini, p. 398.

de 2000, pune com pena de prisão de até um ano quem revele indevidamente informações secretas relativas a um processo penal, que as tenha conhecido por ter participado ou assistido a um acto do mesmo processo. Na mesma pena incorre a pessoa a quem, depois de declarar perante o Ministério Público, é imposta a proibição de declarar estabelecida no art. 391.º e) CPP e a incumpre.

De forma adicional, se o infractor não assistiu ou participou no acto, mas veio a conhecê-lo por motivo do seu cargo ou profissão, poderá ser punido com base no art. 326.º CP («Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio») com pena de prisão de entre seis meses e três anos. Na prática, parece que esta foi a via mais utilizada para perseguir as condutas contrárias ao segredo da investigação. A sentença da *Cassazione penale*, Sez. VI, de 30 de Agosto de 2004, considera que incorre no crime, ainda que os factos ou os actos secretos fossem já conhecidos por um grupo limitado de pessoas, quando a conduta do autor tenha tido como efeito a divulgação a sectores mais amplos do público. E a sentença da *Cassazione penale*, Sez. V, de 5 de Outubro de 2004, assinala que para a aplicação do preceito não é necessária a prova da existência de um prejuízo efectivo para as investigações.

5.4.2. Violação das proibições de publicação

Tratando-se da infracção das proibições de publicação estabelecidas no art. 114.º, as consequências são ora penais ora disciplinares.

No campo do penal, o art. 684.º CP prevê como *contravvenzione* (não como crime) a *pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale*. A conduta punida consiste em publicar, de forma total ou parcial, também de forma resumida ou como informação, actos ou documentos de um processo penal cuja publicação esteja proibida por lei; e a pena prevista é prisão até trinta dias ou uma multa entre 51 e 258 euros. A doutrina coincide em assinalar o escasso efeito dissuasório do preceito⁴³.

Além da sanção penal, o art. 115.º, 1 CPP estabelece que a violação do dever de publicação constitui uma infracção disciplinar na qual podem incorrer os funcionários públicos ou qualquer pessoa que exerça uma profissão para a qual se requiera alguma habilitação especial por parte do Estado: desta forma, ficam sujeitos a responsabilidade disciplinar não apenas os magistrados,

43. Tonini, p. 399; Conso/Grevi/Voena, p. 177; Molinari, pp. 225-226; Bonetti, p. 195, apontando que não afecta quem tire proveito da difusão da informação proibida.

Ministério Público, funcionários judiciais e polícias, mas também os advogados, os jornalistas profissionais e até os peritos⁴⁴.

O art. 115.º, 2, CPP trata de reforçar a ameaça de sanção disciplinar acrescentando o dever do Ministério Público de informar da infracção ao órgão que seja titular do poder disciplinar (o que, visto de fora, acaba por tornar impunes as infracções cometidas pelo próprio Ministério Público).

Na prática, apesar de tudo, as disposições legais parecem ser letra morta e a infracção das normas sobre o segredo da instrução é comum em Itália. De facto, os processos penais por violação do segredo da instrução são praticamente inexistentes e a jurisprudência interpretou os tipos penais de forma muito restritiva⁴⁵: pode ver-se como exemplo a recente sentença da *Corte di cassazione*, I Sezione penale, n.º 346/2011, de 9 de Março, anteriormente mencionada, em relação com a publicação na Internet de uma lista de potenciais responsáveis de evasão fiscal remetida pela administração tributária para o Ministério Público de Roma. No âmbito disciplinar, o *Consiglio Superiore della Magistratura* – que é o órgão de governo tanto de juizes como do Ministério Público – não impõe sanções disciplinares por violação do segredo da investigação. Pelo contrário, entende que o art. 21.º da Constituição italiana, que estabelece a liberdade de expressão e o direito de acesso à informação, também se aplica a juizes e Ministério Público; ao mesmo tempo, confia no autocontrolo e no sentido de disciplina de juizes e Ministério Público⁴⁶.

5.4.3. Consequências no processo?

Noutros ordenamentos existe a possibilidade de a violação das regras sobre o segredo da investigação poder ter alguma repercussão no próprio processo, à margem das sanções que se possam impor aos responsáveis da infracção. A legislação italiana não se ocupou desta questão e nem a doutrina o parece ter feito. No âmbito da jurisprudência, suscitou-se numa ocasião a possibilidade de trasladar o processo de sede – isto é, de alterar de forma posterior a competência territorial –, como consequência da sobreexposição mediática do tema; a *Corte di cassazione*, contudo, considerou que não constituía motivo suficiente (cfr. *Cassazione penale*, sez. VII, sentença de 24 de Abril de 2008, n.º 17109).

44. Conso/Grevi/Voena, pp. 177-178; Siracusano/Galato/Tranchina/Zappalà, p. 247.

45. Lemonde, em Delmas-Marty/Spencer, p. 706.

46. Lemonde, em Delmas-Marty/Spencer, p. 706.

Capítulo 6

O segredo da investigação no processo penal alemão

A situação relacionada com o segredo da investigação penal na Alemanha é radicalmente distinta da descrita nos ordenamentos de recorte «latino» examinados até agora. Se em Portugal, Espanha, França ou Itália existe uma regulação tão extensa e pormenorizada como incumprida, na Alemanha produz-se o fenómeno inverso: a regulação normativa é praticamente nula, mas como contrapartida a realidade demonstra um respeito algo mais generalizado para com o segredo da investigação penal, que se manifesta no modo em como os meios de comunicação informam em respeito a isso. De facto, o habitual é um elevado grau de autocontrolo por parte da imprensa, coerente com o modo de ser da sociedade alemã: um claro exemplo disso mesmo é que, como regra, os meios de comunicação omitem os nomes dos arguidos ao informar sobre actuações penais, a não ser que estes sejam pessoas que já tiveram previamente relevância pública⁴⁷. Nos últimos tempos, contudo, parece que o caso está a variar e um bom exemplo dessa mudança é o «Caso Kachelmann», no qual se imputou um conhecido apresentador de televisão de um crime de agressão sexual: o caso deu-se a conhecer no Verão de 2010 e enquanto durou a instrução as violações do segredo da investigação por parte de todos os protagonistas do processo foram constantes; recentemente (Junho de 2011), o assunto concluiu-se com uma sentença absolutória. Parece que, por ocasião deste caso, se voltou a suscitar um certo interesse na opinião pública sobre o tema, ainda que não com a envergadura com que se tem equacionado noutros lugares⁴⁸.

47. Lemonde, em Delmas-Marty/Spencer, p. 697.

48. Em geral, para uma revisão sobre os casos em que se põe em evidência esta nova tendência a ultrapassar os limites tradicionais da discricção, cfr. G. Lehr, «Grenzen für die Öffentlichkeitsarbeit der Ermittlungsbehörden», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2009-8, pp. 409 e ss.

6.1 O carácter secreto da investigação

A regra geral da qual se deve partir no momento de analisar o sistema alemão é que a fase da investigação do processo penal, que se desenvolve sob a direcção do Ministério Público, é secreta, no sentido em que o arguido não participa de ordinário na prática das diligências de investigação⁴⁹. Este é o único sentido em que a doutrina e a jurisprudência alemãs parecem entender a noção de «segredo» na investigação penal: entende-se segredo, pois, como segredo «interno», segundo o esquema dos ordenamentos de recorte latino. Certo, além disso, é que esta noção do segredo da investigação não o estabelece nenhum preceito de forma directa: nenhuma norma da *Strafprozessordnung* (StPO, a partir de agora) nem de nenhum outro corpo legal estabelece de maneira expressa o segredo da investigação, da mesma forma que o fazem no art. 86.º CPP português, o art. 11.º CPP francês, o art. 320.º CPP italiano ou o art. 301.º LECrim espanhol. O que se regula de forma explícita no StPO são os casos nos quais o arguido tem direito a estar presente em determinadas actuações da investigação e daí se deduz *a sensu contrario* que carece desse direito em relação às demais. Por norma, neste ponto, o arguido apenas tem direito a estar presente nas declarações das testemunhas e peritos realizadas durante a fase de investigação quando estas se prestam perante um juiz (§§ 168c e 168d StPO): a razão estriba em que as referidas declarações podem ter eficácia probatória posterior⁵⁰; pelo contrário, quando se trata de diligências praticadas em exclusivo por e perante o Ministério Público – e isto é o habitual –, a presença do arguido está excluída, razão pela qual também não se reconhece potencial eficácia probatória ao resultado dessas actuações.

Em quanto segredo interno da investigação, a sua duração não pode ser indefinida, na medida em que repercute sobre o direito de defesa: é evidente que o arguido deve poder conhecer em algum momento os fundamentos da sua imputação. A jurisprudência constitucional tem considerado que, em todos os casos, deve receber essa informação antes do seu interrogatório, ao

49. B. Huber, «Germany», em R. Vogler/B. Huber (Eds.), *Criminal Procedure in Europe*, Berlim, 2008, p. 304; C. Roxin/B. Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26.ª ed., Munique, 2009, p. 292; G. Pfeiffer, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5.ª ed., Munique, 2003, Einleitung, n.m. 35; H. H. Kühne, *Strafprozessrecht*, 7.ª ed., Heidelberg, 2007, p. 209.

50. Huber, p. 304; Roxin/Schünemann, p. 292.

que deve proceder-se em todo o caso antes do termo formal da investigação (§ 163 I StPO)⁵¹.

Em relação com o anterior, o que regula o StPO no seu § 147 é o possível acesso por parte do advogado do arguido aos documentos e provas que conformam o expediente. É importante realçar que é o advogado do arguido, e não o arguido por si mesmo, quem acede a esta informação: o advogado poderá, posteriormente, transmitir-lhe a informação ou facilitar-lhe cópias dos documentos⁵². Pois bem, enquanto os actos se encontrem em fase de investigação, o Ministério Público pode negar ao advogado do arguido o acesso ao expediente, no caso de esse acesso poder comprometer o objectivo da investigação⁵³. Este reforço do segredo das actuações pode manter-se até que o Ministério Público dê por formalmente concluída a investigação; o StPO, em todo o caso, contempla-o como uma faculdade excepcional, da qual se pode recorrer perante um órgão judicial e que na prática não parece utilizar-se muito⁵⁴. De forma singular, inclusivamente este segredo interno reforçado vê-se excepcionado quando o arguido se encontra em situação de prisão preventiva ou de detenção: nesse caso, o advogado defensor tem direito a que lhe seja entregue a informação necessária para poder formular pretensões em relação com a procedência da privação de liberdade do seu constituínte.

Se a legislação processual penal é omissa acerca da extensão do dever de sigilo, a legislação penal substantiva parece oferecer alguma orientação adicional. De facto, o § 353b del *Strafgesetzbuch* (adiante, StGB), sob a epígrafe de «violação do segredo oficial ou de um dever especial de silêncio» (*Verletzung des Dienstgeheimnisses und einer besonderen Geheimhaltungspflicht*) pune com pena de até cinco anos de prisão para o funcionário ou agente público que revele informações protegidas pelo segredo. E, de forma mais específica, o § 353d StGB, que se centra nas «informações proibidas acerca de actuações judiciais» (*Verbotene Mitteilungen über Gerichtsverhandlungen*) prevê uma pena de até um ano de prisão ou multa para quem:

- Contra uma proibição legal, faculte informação pública acerca de uma actuação judicial para a qual se tenha excluído a publicidade ou acerca

51. Pfeiffer, *Einleitung*, n. m. 35; Kühne, p. 163.

52. L. Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung*, 47.^a ed., Munich, 2004, § 147, n.m. 20-21.

53. Laufhütte, *KK-StPO* (ed. Pfeiffer), § 147, n.m. 12-13; Meyer-Goßner, § 147, n.m. 24-25.

54. Huber, p. 304.

- do conteúdo de um documento oficial relativo à mencionada questão;
- Contra um dever de segredo imposto por um tribunal com apoio de uma norma legal, publique factos que tenham chegado ao seu conhecimento através de um acto judicial reservado ou através de um documento oficial relativo à mencionada questão;
 - Torne público, na totalidade ou em parte, o teor literal do auto de acusação (*Anklageschrift*) ou de qualquer outro documento oficial de um processo penal antes de se terem debatido em audiência pública ou antes de, em cada caso concreto, se ter concluído o processo penal.

Tem de ficar claro que o sujeito activo do crime, nestes casos, não há-de ser necessariamente um agente ou funcionário público, mas sim qualquer sujeito, o que inclui as partes, os seus advogados ou as testemunhas e os peritos.

O âmbito da tutela penal oferecida ao segredo das investigações – em especial, no último dos incisos expostos – permite também determinar com algo mais de precisão o alcance do dever de segredo que recai sobre a investigação penal: em princípio, são secretos todos os actos da fase da investigação, na medida em que não versem sobre questões que devam tratar-se em audiência pública durante a própria instrução (em cujo caso, deixam de ser secretas a partir desse momento). Assim, tem de ficar claro que fica impune a publicação que se refira à existência ou, inclusivamente, ao conteúdo desses mesmos actos, na medida em que não seja uma publicação «literal» das mesmas. Parece, então, que no que respeita a estes elementos não existe dever de segredo: o âmbito da proibição, portanto, é aparentemente mais reduzido que em outros ordenamentos jurídicos; a extensão de um eventual «segredo externo» é, pois, muito limitada⁵⁵. Contudo, como já se mencionou, o nível prático de respeito pelo segredo das investigações é muito elevado: isso talvez se deva ao modo como se organizam e desenvolvem na prática as relações entre os meios de comunicação e as autoridades de prossecução penal.

6.2. Os meios de comunicação e o segredo da investigação

Na Alemanha, parece haver relações bastante razoáveis entre os meios de comunicação e as autoridades de prossecução penal, que se traduzem nesse

55. Lemonde, em Delmas-Marty/Spencer, p. 698.

generalizado respeito – pelo menos, habitualmente – que mostram aqueles em relação às investigações penais.

Dois parecem ser, pelo menos, os pontos-chave que explicam esta realidade.

a) Por um lado, existe uma série de normas, estabelecidas nas *Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren* (doravante, RiStBV): trata-se de directrizes de categoria regulamentar estabelecidas para a aplicação prática do processo penal, cuja versão inicial é de 1 de Janeiro de 1977, por ocasião da entrada em vigor da grande reforma processual penal alemã, e que são objecto de revisão periódica.

Em relação à matéria que agora nos ocupa, é básica a directriz 23, que tem como título «Cooperação com a imprensa e com a rádio» e da qual se depreende o seguinte:

- As autoridades que participam na prossecução penal devem colaborar com os meios de comunicação tendo em conta as consequências da informação distribuída sobre a opinião pública;
- A informação que se faculte não deve em nenhum caso pôr em perigo os fins da investigação nem o correcto desenlace do julgamento oral;
- Não devem distribuir-se informações que comprometam o direito do arguido a um julgamento justo;
- É necessário ponderar em cada caso o interesse público na obtenção de informação completa e os direitos de personalidade do sujeito passivo do processo e de outros participantes, especialmente a vítima;
- Deve evitar-se toda a exposição desnecessária destas pessoas; em concreto, temos de entender que o interesse público na informação se satisfaz sem necessidade de oferecer os nomes dos sujeitos envolvidos [Em relação a isto, deve-se ter também em conta a directriz 4.^a RiStBV, em virtude da qual se impõe ao Ministério Público evitar qualquer exposição do arguido que não sirva aos propósitos da investigação, especialmente quando o Ministério Público comunique com outras autoridades ou pessoas. Nos casos em que não se possa evitar a referência a um concreto arguido ou ao crime que se lhe atribui, deve-se precisar com clareza que perante esse sujeito apenas existe uma suspeita de crime];
- Como regra, só se deve dar publicidade à interposição do auto de acusação e às particularidades do mencionado auto uma vez que o mesmo tenha sido notificado ao arguido.

Juntamente com estas directrizes, de âmbito federal, existem em cada *Land* federado directrizes mais concretas sobre a cooperação com os meios de comunicação (*Richtlinien für Zusammenarbeit mit den Medien*), que se fundam nas competências concorrentes destes entes em matéria de justiça e de imprensa⁵⁶.

De entre todas estas directrizes, é evidente que a maior incidência sobre o assunto que nos ocupa é a de que a informação que se fornece não ponha em perigo os fins da investigação. E, de facto, as directrizes partem neste ponto da premissa de que as autoridades de prossecução penal são quem fornecem informação aos meios de comunicação.

b) O segundo ponto-chave sobre o qual assentam as relações entre os meios de comunicação e a investigação penal é a existência de uma estrutura orgânica de gabinetes de imprensa ligada ao Ministério Público e aos tribunais, nas quais desempenham o seu trabalho juízes ou magistrados designados *ad hoc*, os *Justizpressesprecher* (se se desejar, porta-vozes da imprensa da justiça)⁵⁷. Em geral, esta função recai no chefe do Ministério Público ou no presidente do órgão jurisdicional, excepto quando a deleguem noutra pessoa. No caso concreto do Ministério Público – que são, em princípio, chamadas a difundir informação em relação às investigações penais –, a sua organização hierárquica, e o temor a sanções disciplinares, impedem que os concretos magistrados do Ministério Público se ponham em contacto directo com os meios de comunicação⁵⁸

O fundamento normativo para a existência destes gabinetes de imprensa é a competência que têm os *Länder* federados em matéria de Justiça e de imprensa. Com respeito aos critérios fixados nas directrizes federais e de cada *Land*, estes funcionários são os encarregados de fornecer aos meios de comunicação a informação acerca das actuações processuais penais. E devem salientar-se duas qualidades importantes: por um lado, o profissionalismo com que se desempenha esta função, guiada sempre – como tantas coisas na Alemanha – pelo princípio da proporcionalidade; por outro, o facto de estes

56. S. Pruggmayer/S. Möller, «*Befugnisse und Verpflichtungen von Justizpressesprechern*», *Kommunikation und Recht*, 2011-4, pp. 235-236.

57. Lemonde, p. 698; Pruggmayer/Möller, *passim*.

58. Lemonde, p. 699.

gabinetes de imprensa poderem considerar-se fontes privilegiadas, no sentido de que a informação que fornecem não necessita de ulteriores verificações⁵⁹.

Ambos os factores podem explicar o elevado grau de autocontrolo da imprensa no momento de informar sobre os processos e as investigações penais, assim como o alto grau de respeito pelo segredo da instrução.

6.3. Consequências no caso de violação dos limites à publicidade das actuações processuais

Quando se excedem os limites do proporcionado e do razoável aquando da difusão da informação em relação a uma investigação penal, posta de parte a prossecução penal graças à delimitação do § 353d StPO, a doutrina reconhece que a alternativa mais plausível é a tutela civil por intromissão nos direitos de personalidade do prejudicado⁶⁰.

Neste ponto, tornou-se famosa a polémica suscitada no «Caso Mannesmann», no qual o sujeito arguido num processo penal por crimes societários reclamou e obteve uma indemnização pelo prejuízo derivado da sobreexposição mediática da fase de investigação do processo: de facto, considerou-se que a origem do dano se encontrava no excesso de informação facultada pelo Ministério Público aos meios de comunicação. (Cfr. A sentença do *Oberlandesgericht Düsseldorf* de 27 de Abril de 2005⁶¹.)

Pois bem, juntamente com o antes exposto, algum sector da doutrina também parece ter apontado para a possibilidade de que, pelo menos nos casos mais extremos, se equacione o arquivamento do processo pelo prejuízo mediático (*medialer Vorverurteilung*). Esta teoria foi lançada por Hillenkamp em 1989, para quem em alguns casos o julgamento paralelo que se desenvolve durante a fase de investigação pode gerar um óbice processual, derivado directamente da Constituição e do direito a um processo com todas as garantias, que impediria a abertura do julgamento oral⁶²; e parece ter tido algum eco até à actualidade⁶³.

59. Pruggmayer/Möller, p. 237

60. Kühne, p. 395; Lehr, pp. 413-414.

61. A respeito, cfr. R.A. Lorz, «Neue Vorgaben für die Öffentlichkeitsarbeit der Justiz?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005-37, pp. 2657 e ss.

62. T. Hillenkamp, «Verfahrenshindernisse von Verfassungs wegen», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1989-45, pp. 2841 e ss.

63. Cfr. G. Trüg, «Medienarbeit der Strafjustiz – Möglichkeiten und Grenzen», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2011-15, pp. 1040 e ss., p. 1045.

De um ângulo radicalmente diferente, foi sugerido igualmente, como estratégia de defesa nos casos de sobreexposição mediática, que os próprios advogados do arguido se sirvam dos meios de comunicação para defender o seu cliente perante a opinião pública: consagrar-se-ia, com isso, o julgamento paralelo ou, se se prefere, o direito à defesa num julgamento paralelo⁶⁴.

64. O. Hohmann, «Verdachtsberichterstattung und Strafverteidigung – Anwaltsstrategien im Umgang mit den Medien», em *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009-13, pp. 881 e ss.

Capítulo 7

O segredo da investigação no processo penal inglês

Quando se abandona a análise dos sistemas continentais e se passa à análise dos sistemas de corte anglo-americano o enfoque da questão da qual nos ocupamos passa a ser radicalmente diferente: já não se trata de proteger o segredo da investigação enquanto tal, mas sim de evitar que a actividade dos meios de comunicação possa comprometer, prejudicar ou interferir na correcta administração da justiça e, especialmente, no direito do arguido a um julgamento justo. O segredo da investigação, portanto, não tem autonomia como questão jurídica, já que a análise nos sistemas de *common law* centra-se, muito mais directamente, na relação entre o processo penal – incluída, quando proceda, a investigação – e os meios de comunicação. Assim, como se comprovará em seguida, os resultados da análise são radicalmente distintos em ambos os lados do Atlântico: muito mais favoráveis à tutela do processo em Inglaterra, e pelo contrário claramente inclinados para a liberdade de imprensa nos Estados Unidos.

7.1. O respeito pelo processo penal e a figura do *contempt of court*

Começando pelo sistema jurídico inglês, deve assinalar-se como na prática os meios de comunicação ingleses mostram um forte respeito pelos processos judiciais e a informação que oferecem em relação aos mesmos se encontra muito bem medida – e isso apesar de a imprensa inglesa costumar ser apodada de sensacionalista.

O ponto de partida, quando se analisa o sistema inglês, é a verificação de que a fase da investigação não é necessariamente secreta, isto é, não existe algo similar ao segredo da instrução a que se referem os códigos processuais português, espanhol, italiano ou francês: nenhuma norma legal, e nem de *common law*, estabelecem semelhante segredo. Mais, diferentemente do que sucede nos ordenamentos de recorte continental, nem sequer se pode

afirmar que a investigação preliminar forma parte *stricto sensu* do processo penal⁶⁵: é uma tarefa atribuída à Polícia e, entende-se, que só que dá lugar a um verdadeiro processo quando se procede à detenção do suspeito (*arrest*) ou quando se obtém do juiz a autorização (*warrant*) para desenvolver alguma medida de investigação restritiva de direitos fundamentais (busca, interceptação telefónica)⁶⁶. E a regra geral, neste âmbito, é que as actuações próprias da fase preliminar de investigação nas quais deve intervir o juiz são públicas: é o que sucede, *v.g.*, com as audiências para decidir sobre a situação pessoal do arguido ou detido (não obstante, como se verá mais à frente, começa-se a reconhecer uma certa dose de confidencialidade às actuações próprias da investigação penal).

Em qualquer caso, as relações entre os meios de comunicação ingleses e as investigações penais (e, de facto, mais geralmente com os processos penais) são muito distintas ao que se observa no continente, porque a regulação na matéria é fortemente punitiva e gera uma alta dose de autolimitação⁶⁷. Neste ponto, o ordenamento inglês baseia-se na aceitação de que o correcto funcionamento da justiça deve prevalecer sobre a liberdade de imprensa.

A forma através da qual se opera o anterior é a figura do *contempt of court*⁶⁸: trata-se de uma expressão de difícil tradução para outros idiomas e que serve para agrupar um conjunto de condutas que revelam uma falta de respeito pelos tribunais e, sobretudo, pela função jurisprudencial que desempenham; e quem incorrer em *contempt of court* vê-se exposto a sanções que podem ser muito severas.

De forma muito genérica, pode-se dizer que existem três grandes modalidades de *contempt of court*:

– *Contempt in the face of the court*, através de condutas que impedem ou obstaculizam o normal desenvolvimento do processo (*v.g.*, ameaçando ou atacando o juiz, os membros do júri ou as testemunhas);

65. Cfr. R. Vogler, *A World View of Criminal Justice*, Aldershot, 2005; Darbyshire, «England and Wales», em R. Vogler/B. Huber, *Criminal Procedure in Europe*, Berlim, 2008, pp. 126 e ss.

66. A. Ashworth/M. Redmayne, *The criminal process*, Oxford, 2005, pp. 2 e ss., 173 e ss.; Inns of Court School of Law, *Criminal Litigation and Sentencing*, Oxford, 2005-2006, pp. 8 e ss.

67. Lemonde, em Delmas-Marty/Spencer, pp. 692-697.

68. De forma muito exaustiva, cfr. C. J. Miller, *Contempt of court*, 3.ª ed., Oxford, 2000. Também – ainda que na língua alemã, de grande utilidade – J. Bornkamm, *Pressefreiheit und Fairneß des Strafverfahrens*, Baden-Baden, 1980, pp. 21 e ss.; A. Eser/J. Meyer (eds.), *Öffentliche Vorverurteilung und faires Strafverfahren*, Friburgo, 1986, pp. 1-89.

– *Contempt by scandalizing the courts* através de críticas abusivas e injustificadas contra a autoridade judicial (ainda que, na prática, parecer ter perdido relevância, pois o limiar de tolerância perante as críticas aumentou);

– *Indirect contempt* ou *contempt by interfering with pending or imminent court proceedings*, através de condutas que, de forma voluntária ou não, acabam por afectar negativamente o desenvolvimento do processo em sentido amplo.

Dentro desta terceira categoria incluem-se as condutas consistentes na publicação de informação relativa a um processo penal – trate-se já de um processo em fase de investigação ou em fase de julgamento oral –, na medida em que essa informação pode implicar uma limitação do direito do arguido a um julgamento justo, ou um prejuízo aos seus direitos pessoais (honra, própria imagem), ou uma restrição no seu direito a um tribunal imparcial, que não esteja «contaminado» pelas informações ou afirmações feitas pela imprensa (especialmente em matéria penal, onde a presença dos jurados é habitual). Fala-se, nestes casos, de *contempt of court by publication*: e é importante insistir em que a sua finalidade não é tanto a tutela da presunção de inocência do arguido, mas sim proteger o arguido do risco de ser julgado por um tribunal que já não tem uma *open mind* em relação com o caso por causa do que os meios de comunicação tenham difundido a seu respeito⁶⁹.

Por isso, uma vez concluído o processo, não entra em jogo o *contempt of court* no caso de que um meio de comunicação impute a certas pessoas a comissão de um crime do qual foram absolvidos: serão então as normas sobre difamação as que, no caso concreto, permitirão obter uma rectificação na informação ou uma indemnização pelo prejuízo.

É a ameaça do *contempt of court by publication* a que, na prática, trava os meios de comunicação no momento de fornecer informação sobre actuações penais em curso: em especial, evita-se qualquer notícia da qual se deduza a imputação do crime a uma pessoa concreta, ou a comissão de crimes no passado, ou as provas incriminatórias que possam existir contra si.

69. Lemonde, p. 696.

7.2. O *contempt of court by publication* como instrumento para a preservação de um certo carácter secreto na investigação penal

A regulação do *contempt of court by publication* é complexa, pois juntamente com as regras tradicionais da *common law* – de origem consuetudinária e jurisprudencial – existe também um texto legal, o *Contempt of Court Act* de 1981 (CCA, em diante). O CCA foi aprovado em consequência da sentença ditada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos em 1979, no caso *Sunday Times*: o jornal publicou uma crítica à proposta de acordo judicial a que estava a tentar chegar num caso de malformações infantis derivadas da talidomida e o *Attorney General* exerceu contra o jornal uma acção por *contempt of court by interfering with court proceedings*. Os tribunais ingleses condenaram o jornal ao pagamento de uma multa, mas este recorreu perante o TEDH: na sua sentença, o tribunal europeu atribuiu razão ao jornal, por considerar desproporcionada a restrição da liberdade de expressão. Desta forma, pôs-se em evidência a necessidade de estabelecer com maior clareza os limites dentro dos quais se poderia desenvolver a actividade de informação em relação às actuações judiciais, objectivo esse perseguido pelo CCA⁷⁰.

Em concreto, o CCA define a modalidade singular de *contempt of court by publication*, o chamado *strict liability contempt*⁷¹, que convive, não obstante, com o *common law contempt*.

O *strict liability contempt* é uma modalidade singular de *contempt of court*, consistente na realização de uma publicação que possa interferir na correcta aplicação da justiça num concreto processo judicial, com independência de que a publicação tenha ou não essa intenção [Secção 1 CCA]. Caracterizam esta modalidade de *contempt of court* os seguintes elementos:

- Só se aplica no caso de publicações, ainda que estas sejam entendidas em sentido muito amplo (oral ou escrita, e por qualquer tipo de meio ou suporte) [cfr. Secção 2 (1) CCA];

70. Cfr. N. L. Nathanson, «The Sunday Times Case: Freedom of the Press and Contempt of Court under English Law and the European Human Rights Convention», 68 *Kentucky Law Journal* 971 (1979-1980).

71. Cfr. A informação e as referências bibliográficas que se incorporaram nesta secção do relatório foram extraídas de Miller, pp. 210 e ss., bem como os dados fornecidos em D. Doherty, «*Contempt of court and court reporting*» (2003), disponível em http://www.lawdit.co.uk/reading_room/room/view_article.asp?name=..Articles/Contempt of Court.htm na *Legal Guidance* acerca do *contempt of court* que oferece na sua página web o *Crown Prosecution Service* (http://www.cps.gov.uk/legal/a_to_c/contempt_of_court/index.html); assim como na página web <http://www.yourrights.org.uk/yourrights/right-of-free-expression/contempt-of-court/about-contempt-of-court.html>.

- É necessário que a publicação gere um risco substancial de que o desenvolvimento do processo possa ver-se seriamente impedido ou prejudicado (*publications which creates a substantial risk that the course of justice in the proceedings in question will be seriously impeded or prejudiced*) [Secção 2 (2) CCA]. Esta cláusula, na prática, é interpretada de forma bastante extensiva, no sentido de que se parte da premissa de que uma informação excessiva ou demasiado pormenorizada pode como regra comportar um perigo sério para o processo;
- Para valorar a existência de *contempt*, não é necessário atender à intenção de quem realiza a publicação, mas unicamente ao dado do risco gerado pela publicação: a responsabilidade, portanto, é objectiva;
- É necessário que o processo judicial esteja aberto: pelo que agora nos interessa, considera-se que um processo penal está aberto desde que se produz a detenção de um sujeito, ou se emite por um tribunal a ordem para o deter, ou desde que é citado para comparecer perante um tribunal [Secção 2 (3) e Schedule 1 (4) CCA]. Ou seja, o *strict liability contempt*, em teoria, não abrange os momentos mais iniciais de uma investigação criminal, aqueles que se desenvolvem enquanto não se tenha concretizado ainda a imputação de uma pessoa determinada – o que ocorre, como se verá em seguida, é que a informação acerca desta fase do processo pode estar protegida pelas regras ordinárias do *contempt of court* (*common law contempt*).

Em 1997, o jornal *News of the World* levou a cabo uma investigação jornalística que pôs a descoberto uma trama delituosa. O jornal disponibilizou a informação à polícia, que acabou por deter os responsáveis. No dia seguinte à detenção, o jornal publicou que a sua própria investigação tinha motivado o processo e acabou por ser condenado por *contempt of court*.

Como contrapartida, o próprio CCA delimita também que condutas estão permitidas aos meios de comunicação, na medida em que não constituam *strict liability contempt*; dessa forma, o texto normativo procura outorgar a margem de segurança jurídica cuja ausência havia sido reprovada pelo TEDH no caso *Sunday Times*:

- i) Em primeiro lugar, os meios de comunicação têm permitido informar de boa-fé e de forma neutra, e no momento em que tenham lugar, acerca das actuações judiciais que se desenvolvem de forma pública

(*fair and accurate report of legal proceedings held in public, published contemporaneously and in good faith*) [Secção 4 (1) CCA], ainda que os tribunais também possam decretar a proibição temporária de dar publicidade à totalidade ou a parte das actuações quando seja necessário para evitar um risco substancial de prejuízo para a administração da justiça (*blanket order*) [secção 4 (2) CCA];

ii) Além disso, também é permitida a chamada *discussion of public affairs*, ou seja, o tratamento informativo e a publicação de debates ou opiniões de boa-fé que versem sobre assuntos de interesse geral – que se podem suscitar por ocasião de processos judiciais –, sempre que o risco de impedir ou prejudicar o desenvolvimento de um processo seja meramente incidental no debate ou na informação [Secção 5 CCA].

Juntamente com o *strict liability contempt*, a Secção 6 CCA reconhece que subsiste o *common law contempt*, isto é, que não fica excluída neste âmbito da publicação de informações sobre processos judiciais a aplicação das regras gerais sobre *contempt of court*. As diferenças básicas entre ambas as modalidades de *contempt* são duas:

i) Em primeiro lugar, para a existência de *common law contempt* é necessário provar a intenção de interferir no processo judicial – enquanto o elemento intencional é irrelevante no *strict liability contempt*; em teoria, pois, é mais fácil a persecução do *strict liability contempt* que a do *common law contempt*;

ii) Pelo contrário, o âmbito protegido pelo *common law contempt* é mais amplo, pois abarca não só os processos já abertos, mas também aqueles que se consideram iminentes: conseqüentemente, como já se apontou antes, esta modalidade ordinária de *contempt of court* oferece cobertura completa a toda a investigação preliminar, pois entende-se que se há *notitia criminis* e a polícia está a investigar, o início formal do processo penal é iminente (produzir-se-á assim que se identifique e/ou se detenha o arguido);

iii) Além do anterior, pela via do *common law contempt* também se pune a divulgação de um documento declarado confidencial por parte de um tribunal que proferiu uma ordem (*injunction*) proibindo a sua difusão (foi o que aconteceu no caso *Spycatcher*).

Definitivamente, seja pela via do *strict liability contempt* ou pela do *common law contempt*, o certo é que os meios de comunicação ingleses se vêem obrigados a abster-se de publicar informações sobre uma investigação penal em curso, na medida em que essa publicação possa interferir de forma negativa na correcta prossecução penal – assim se deve entender nesta fase do processo a expressão *course of justice* utilizada pelo CCA. Com frequência, os meios limitam-se a informar sobre quem são as partes, quem são os seus advogados e se se concedeu liberdade provisória ou não, mas pouco mais enquanto não se tenha concluído o julgamento.

Em relação às detenções, não é proibido publicar que foram realizadas, quem foi detido ou dados gerais sobre o crime; mas o que sim é proibido é divulgar factos que relacionem o detido com o crime (e a BBC foi condenada como responsável de *contempt* por este motivo, apesar de se ter limitado a transmitir a informação oferecida pela polícia numa conferência de imprensa).

Os meios de comunicação também não podem publicar fotografias ou descrever a aparência do suspeito, quando a sua identidade está a ser questionada: em 1994, o jornal *The Sun* publicou a fotografia de um homem a quem se imputava um homicídio pouco antes de se realizar a prova de reconhecimento de pessoa: foi condenado por *contempt* a uma multa de 100 000 libras.

De facto, não só a informação *stricto sensu*, mas também os comentários irreverentes sobre os arguidos foram considerados constitutivos de *contempt*: em 1996, condenaram-se por este motivo uns cómicos que, seis meses antes do julgamento, fizeram umas piadas num programa de televisão dando como provado que os arguidos (numa suposta fraude de pensões) eram culpados de condutas fraudulentas.

No caso de que uma pessoa física ou um meio de comunicação incorra em alguma destas modalidades de *contempt by publication*, cabe-lhes esperar consequências muito severas, tanto pelo seu conteúdo como pela forma de impô-las.

Quanto ao primeiro, as pessoas físicas responsáveis de *contempt of court* – basicamente, os jornalistas – podem ser punidas com pena de prisão, que pode alcançar até os dois anos, em função do tribunal afectado pela infracção, assim como com multas; no caso das pessoas colectivas – titulares dos meios de comunicação – a sanção é uma multa. Ainda que possa variar em função do tipo de tribunal afectado pelo *contempt* – e aqui as regras são muito complexas e a sua exposição pormenorizada carece de relevância para os efeitos

que nos interessam –, o suposto valor ou quantia da multa não está submetido a uma limitação legal prévia, o que permite que aquela seja muito elevada.

Quanto ao procedimento para punir o *contempt of court*, em alguns casos leves, é o próprio tribunal que conhece do processo que se viu afectado pela conduta de obstrução aquele que pode impor a sanção. Não obstante, nos casos mais relevantes – e, em geral, o *strict liability contempt* e o *common law contempt by publication* incluem-se aqui –, a persecução da violação corresponde ao gabinete do *Attorney General*, que pode actuar de ofício ou a pedido de qualquer sujeito: com isto, quer-se assegurar que se tenha em consideração o interesse geral de proceder com a persecução. Na prática, o zelo do *Attorney General* no momento de promover a persecução do *contempt of court* é bastante atacado. Nestes casos, a competência para impor a pena corresponde à *Administrative (Divisional) Court* da *Queen's Bench Division* da *High Court of Justice*, que é um tribunal civil. De facto, ainda que se encontre previsto para a imposição de sanções, trata-se de um processo civil, no qual não intervém o júri; acresce que o processo para impor a sanção é um julgamento sumário, e a sumariedade deve entender-se como rapidez, mas também como «carácter expeditivo» do processo – afastado, portanto, de um processo penal com todas as garantias.

À margem das consequências que possam incidir sobre os responsáveis, a publicação de informações sobre o conteúdo de uma investigação, ou de um processo penal em curso, em algumas ocasiões uma excessiva pressão mediática acaba por ter repercussões sobre o próprio processo.

Assim, em 2001 o *Sunday Mirror* publicou um artigo durante o julgamento contra dois futebolistas do Leeds como autores de uma agressão, no qual se sugeria que o ataque tinha tido uma motivação racial (e isso apesar de a acusação não o haver incluído no seu auto de qualificação): o tribunal considerou que o artigo poderia influir negativamente nos membros do júri e ordenou a repetição do julgamento; em 2002, o *Sunday Mirror* foi condenado por *strict liability contempt*.

Mais graves para o processo foram as consequências no caso de Geoff Knights, arguido por agressão: vários jornais revelaram o seu passado violento de tal modo que se chegou à conclusão de que não poderia receber um julgamento justo e se desistiu da causa⁷².

72. Lemonde, p. 695; Doherty, *loc. supra cit.*

No caso *R. v. McCann, Cullen and Shanahan*⁷³, os arguidos – a quem se imputavam crimes de terrorismo – refugiaram-se no seu direito ao silêncio, precisamente num momento em que se estava a preparar uma reforma legal para restringir o alcance do mencionado direito. Um ministro do Governo afirmou então que «só os culpados utilizam o direito ao silêncio» e também Lord Denning (já aposentado como *Master of the Rolls*) fez afirmações semelhantes. Os arguidos foram condenados, mas a sentença foi revogada em consequência da indevida pressão mediática exercida.

A forma de abordar o problema no ordenamento inglês, portanto, é muito mais pragmática que nos ordenamentos continentais: no momento presente, na parte em que a fase preliminar de investigação é predominantemente contraditória, o segredo da investigação não tem por objecto impedir que o arguido conheça o conteúdo da instrução – excepto em situações excepcionais –, mas evitar que este seja objecto de difusão pública, na medida em que pode comprometer a eficácia da prossecução penal. Assim sendo, para o ordenamento inglês não tem interesse estabelecer nem preservar um eventual carácter secreto da investigação – que, muito provavelmente, seria visto como contrário ao direito de defesa –, antes conseguir que os meios de comunicação se abstenham de publicar informações sobre a investigação que possam comprometer os valores e interesses que subjazem. E, desde logo, o *contempt of court* é na prática um instrumento muito útil, graças à concorrência de dois factores: por um lado, a seriedade e a segurança da pena, isto é, a gravidade das consequências e a alta probabilidade de que esta será pedida pelo *Attorney General*; por outro, a cultura jurídica da sociedade inglesa, que mostra um elevado grau de respeito pelos órgãos judiciais e pela função jurisdicional e que coadjuva a que socialmente se aceite e se comparta a dureza das regras sobre *contempt of court by publication*.

Deve-se também advertir, não obstante, que desde a década dos 1990 parece descobrir-se na jurisprudência inglesa uma certa tendência a reconhecer que convêm à investigação preliminar certas doses de confidencialidade, que mereceria protecção por instrumentos distintos ao do *contempt of court by publication* – mas não excludentes, em todo o caso⁷⁴.

73. (1991) 92 CrAppR 239.

74. Lemonde, p. 696.

No caso *Bunn v. BBC*⁷⁵ sustentou-se que as declarações prestadas pelos suspeitos à polícia eram confidenciais, de modo que estes podem pedir ao tribunal que emita ordens dirigidas a impedir que a polícia as faculte aos meios de comunicação.

No caso *Taylor v. Serious Fraud Office*⁷⁶, a *House of the Lords* estabeleceu que os documentos elaborados para serem carreados para um processo penal, conhecidos pela defesa graças às regras sobre *disclosure*, não podem ser usados para um fim diferente da preparação da defesa e, em todo o caso, não podem servir de fundamentação a uma acção por difamação contra os seus autores.

E no caso *R. v. Marylebone Magistrates' Court, ex p. Amdrell*⁷⁷ a *Divisional Court* recriminou a polícia por ter comunicado sub-repticiamente à imprensa que estavam prestes a executar um mandado de busca, devido ao qual a busca no domicílio do arguido recebeu uma publicidade ampla e prejudicial para ele.

75. (1993) All ER 553.

76. (1999) 2 AC 177.

77. (1998) *New Law Journal*, 1230.

Capítulo 8

O segredo da investigação no processo penal norte-americano

O sistema jurídico norte-americano em matéria de processo penal mantém ainda certos traços do sistema jurídico inglês, derivados da sua origem e da sua pertença comum à família da *Common Law*, que se traduzem, *v.g.*, na existência também nos Estados Unidos da figura do *contempt of court*. No obstante, a evolução dos sistemas processuais penais num e noutro país foi bem distinta e conduziu a resultados também díspares. De facto, acaba-se de ver como, para a mentalidade jurídica inglesa, o processo penal desenvolver-se livre das interferências da imprensa é um valor que prevalece sobre outras considerações e esta ideia de base é a que justifica a existência do *contempt by publication*. Nos Estados Unidos, em contrapartida, a liberdade de imprensa, consagrada na Primeira Emenda da Constituição, possui uma força enorme que, na prática, lhe permite prevalecer sobre considerações fundadas no direito a um processo justo recolhido na Sexta Emenda do texto constitucional.

8.1. Perspectiva da questão no sistema de justiça penal norte-americano: a influência dos meios de comunicação sobre o direito a um processo justo

À semelhança do que sucede na Inglaterra, o ponto de partida para a análise em relação com a matéria que nos ocupa é que no ordenamento processual penal dos Estados Unidos não existe como tal a figura do segredo da investigação, nem no plano do processo penal federal, nem no plano da legislação penal dos Estados. Pelo contrário, a única regra geral neste ponto é a publicidade das actuações judiciais e o reconhecimento de que existe um interesse legítimo dos meios de comunicação em informar acerca dos crimes que se cometem e sobre a resposta que lhes dão as autoridades de prossecução penal (a polícia, o Ministério Público e os tribunais). Além disso, como é habitual nos sistemas de *common law*, é mais discutível a pertença *stricto sensu* ao processo penal da

fase preliminar de investigação: a investigação criminal é basicamente policial e encontra-se sob o controlo jurídico do Ministério Público; os juízes apenas intervêm, como regra, uma vez que se tenha procedido à detenção do suspeito ou, antes, quando lhes é pedida autorização para desenvolver diligências de investigação restritivas de direitos fundamentais⁷⁸. Em muitos Estados, além do mais, a chefia da polícia, do Ministério Público e a posição de juiz ganha-se através de eleição e isso faz com que os seus titulares cuidem especialmente das suas relações com os meios de comunicação – por razões óbvias – e que os utilizem para transmitir uma imagem de eficácia na gestão.

Por isso, quando se consultam os manuais e as obras gerais sobre o processo penal norte-americano, não se encontra uma epígrafe dedicada ao segredo da fase de investigação, ao contrário do que sucede nos sistemas da Europa continental – especialmente nos de recorte latino: o tema que se aborda sob a epígrafe das relações do processo penal com a imprensa⁷⁹. Neste ponto, a análise é sempre semelhante: em primeiro lugar, chama-se à atenção sobre as indiscutíveis vantagens que a publicidade e a atenção dos meios de comunicação podem comportar para o sistema de justiça penal – *v.g.*, às vezes a imprensa de investigação permite descobrir crimes ou provas; também se incita as autoridades para que os investiguem e transmite-se à sociedade a reacção das autoridades de prossecução penal. Mas, sobretudo, adverte-se para os perigos que os meios de comunicação podem representar para o processo penal e, em concreto, a interferência que uma excessiva pressão mediática pode representar para o processo e, mais em concreto, para o direito a julgamento justo que tem o arguido, de três ângulos distintos⁸⁰:

- a)** Projecta pressão sobre a polícia, Ministério Público e juízes, cuja imparcialidade pode ver-se afectada negativamente;
- b)** Pode impedir a selecção de um júri imparcial: os juízes leigos seleccionam-se de entre pessoas do território onde teve lugar a comissão do crime e, por isso, um excesso de informação obtida por estes à margem do acto do julgamento pode comprometer a sua imparcialidade, que é

78. Cfr. J. Israel/Y. Kamisar/W. LaFave/N. King, *Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court cases and Introductory Text*, St. Paul, 2006, pp. 4 e ss.

79. Cfr., por todos, W. LaFave/J. Israel/N. King/O. Kerr, *Criminal Procedure*, 3.ª ed., Thomson-West, 2007, Vol. 6, Capítulo 23; J. Acker/D. Brody, *Criminal Procedure. A contemporary perspective*, 2.ª ed., Sudbury, 2004, pp. 526 e ss.

80. LaFave/Israel/King/Kerr, pp. 192-194.

uma das garantias básicas do direito a um julgamento justo. Isso pode forçar os arguidos a negociarem as penas e a renunciar ao direito a um julgamento com júri: ainda que é certo que na prática os julgamentos com jurado são escassíssimos, o direito a um julgamento com júri tem valor constitucional e é, além disso, o ponto-chave que explica o modo como está construído o sistema de justiça penal norte-americano e, mais singularmente, o direito probatório;

c) Pode comprometer a aparência de justiça (*fairness*) do processo e do sistema judicial em si mesmo considerados.

A fase da investigação do processo é, sem dúvida, um dos momentos críticos em que se pode produzir uma sobreexposição mediática e um excesso de informação, muitas vezes acompanhada de sensacionalismos e de exageros, rumores, dados não comprovados ou referências a provas que posteriormente não se utilizam em julgamento; muitas vezes, de facto, são as próprias autoridades de prossecução penal – em especial a polícia e os ministérios públicos – quem fomenta a atenção mediática através de conferências de imprensa ou fugas mais ou menos abertas para os meios de comunicação. E, com isso, pode-se prejudicar de forma irremediável o direito do arguido a obter um julgamento justo.

8.2. Os instrumentos para preservar o direito do arguido a um julgamento justo face à actividade dos meios de comunicação: aspectos gerais

Por muito elevado que seja o valor que se atribui à Primeira Emenda e à liberdade de imprensa no sistema jurídico norte-americano, é necessário evitar ou mitigar as consequências negativas para o direito a um julgamento justo que podem derivar da actividade dos meios de comunicação em relação a um processo concreto. Em seguida serão expostos quais os instrumentos destinados a evitar ou a corrigir essa situação, tendo em conta que alguns deles estão dirigidos a cumprir uma função semelhante à que desempenha o segredo da investigação nos ordenamentos europeus de inspiração latina.

8.2.1. A rejeição ao *contempt of court by publication*

O que se deve avançar neste ponto é que a jurisprudência norte-americana renuncia à utilização da figura do *contempt of court by publication* como fórmula

para articular a relação entre a investigação penal e os meios de comunicação. O *contempt of court* existe e é usado com frequência pelos tribunais norte-americanos, mas a singular modalidade consistente no *contempt of court by publication* acabou por ir sendo afastada pela jurisprudência há várias décadas, por a considerar desproporcionadamente restritiva da liberdade de imprensa⁸¹.

Perante certos abusos detectados pelos juízes, aprovou-se a Lei Federal de 2 de Março de 1831, em virtude da qual se estabelecia que só poderiam sancionar-se por meio do *contempt of court* as condutas que tiveram lugar perante o tribunal ou nas suas imediações: excluía-se assim a via do *contempt* para punir a publicação de informações que pudessem interferir com o curso do processo. Durante algum tempo produziram-se certos avanços e retrocessos: o mais significativo observou-se no caso *Toledo Newspaper Co. v. United States*⁸², um caso de 1918 no qual o Supremo Tribunal confirmou uma sanção imposta por *contempt of court by publication* e que abriu as portas a um período em que os juízes, apesar de tudo, se serviram da sua autoridade mais para condenar por *contempt* os jornais que os criticavam, que por interferir realmente na correcta administração da justiça. Por esse motivo, o Supremo Tribunal, a partir da década de 1940, voltou a fechar a porta a este tipo de penas, e desta vez parece que de forma definitiva: começou em 1941 no caso *Nye v. United States*⁸³ e no caso *Bridges v. California*⁸⁴; prosseguiu em 1946 com o caso *Pennekamp v. Florida*⁸⁵ ou, em 1950 no caso *Maryland v. Baltimore Radio Show*⁸⁶; e culminou em 1962 com o caso *Wood v. Georgia*⁸⁷. A jurisprudência do Supremo Tribunal foi acolhida pacificamente também pelos tribunais estatais.

8.2.2. Instrumentos para combater a pressão mediática não vinculada à publicidade das actuações

Posta de lado a sanção aos meios de comunicação por interferir no desenvolvimento do processo, a jurisprudência norte-americana equacionou a

81. Cfr. para esta evolução, Bornkamm, *Pressefreiheit und Farineß des Strafverfahrens*, pp. 101-127.

82. 247 U.S. 419 (1918).

83. 313 U.S. 33 (1941).

84. 314 U.S. 252 (1941).

85. 328 U.S. 331 (1946).

86. 338 U.S. 912 (1950).

87. 370 U.S. 375 (1962).

possibilidade de utilizar uma série de medidas que parecem aptas para evitar este resultado. E o que se verifica é que, se bem que tendencialmente prevalece a liberdade de imprensa, os tribunais norte-americanos também não se resignam a admitir que se produza ou que fique sem efeito uma interferência excessiva dos meios sobre o processo. Entre os instrumentos que se propugnam para o conseguir, encontram-se os seguintes⁸⁸:

- Que o julgamento se celebre num lugar distinto daquele em que se divulgou a informação relativa ao caso (*change of venue*);
- Que o julgamento se celebre no mesmo lugar, mas formando o júri com pessoas procedentes de lugares distintos daquele em que se divulgou a informação (*change of venire*);
- Que se adie a celebração do julgamento até um momento em que a influência da informação publicada seja menor (*continuance*);
- Que a causa se divida em diversos processos (*severance*), no caso de a publicidade ter incidido em apenas um ou em parte dos arguidos;
- Que no processo de selecção dos membros do júri se controle a influência que a publicação da informação possa ter tido em cada candidato (*voir dire*);
- Que os membros do júri fiquem isolados durante a realização do julgamento (*sequestration of the jury*).

Nos casos mais graves, contudo, as medidas anteriores não são suficientes, de modo que a jurisprudência viu-se forçada a chegar a dois extremos:

- Por um lado, a renunciar *a priori* ao exercício da acção penal, quando se comprova que o excesso de informação e de pressão mediática impedirão que o arguido tenha um julgamento justo;
- Mais frequentemente, já se anulou a sentença condenatória depois de se chegar à conclusão de que o julgamento não foi justo em consequência da interferência excessiva por parte dos meios de comunicação. O Supremo Tribunal abriu pela primeira vez a porta a esta possibilidade em 1961, no caso *Irvin v. Dowd*⁸⁹; e confirmou-o pouco depois, em 1963, no caso *Rideau v. Louisiana*⁹⁰. Mas, sem dúvida, o *leading case* neste

88. LaFave/Israel/King/Kerr, pp. 262-292.

89. 366 U.S. 717 (1961).

90. 373 U.S. 723 (1963).

ponto foi – e continua a ser – *Sheppard v. Maxwell*⁹¹. Nesta resolução, o Supremo Tribunal considerou que a única solução possível perante as graves interferências da imprensa na investigação e posterior julgamento era a anulação da sentença condenatória: o relevante da sentença, além do anterior, é que o Supremo Tribunal sugere que possíveis medidas preventivas poderia ter adoptado o tribunal de instância para evitar esse resultado e, entre elas, confere o maior peso à proibição de difundir o conteúdo das actuações judiciais, sob forma de ordens do tribunal dirigidas aos sujeitos que intervêm no processo e, inclusivamente, aos meios de comunicação.

8.3. Os instrumentos para evitar ou combater a pressão mediática que afectam a publicidade do processo: as proibições de difundir (*gag orders*)

Depois da sentença proferidas em *Sheppard v. Maxwell*, os tribunais norte-americanos ficaram esclarecidos que, apesar da enorme relevância da liberdade de imprensa, podem adoptar medidas que afectem a publicidade das actuações do processo: em concreto, através de ordens, com potenciais destinatários diversos, que restrinjam a publicidade das actuações do processo – seja na fase da investigação, seja na do julgamento – e que, com isso, impeçam de forma mais ou menos indirecta que os meios de comunicação interfiram no seu desenvolvimento e restrinjam o direito do arguido a um julgamento justo. Estas ordens judiciais, através das quais se proíbe a difusão do conteúdo de todas ou de parte das actuações de uma investigação ou de um processo penal, recebem muitas vezes a denominação de *gag orders*⁹². É importante assinalar que o Supremo Tribunal, em *Sheppard v. Maxwell*, não tratou de as analisar em pormenor, mas limitou-se a mencioná-las como uma das opções que teriam evitado a interferência no processo e teriam evitado a anulação da sentença condenatória. O que se passa é que os tribunais inferiores fizeram uso desta afirmação genérica para proferir *gag orders* à margem de uma regulação legal expressa, com a excepção – indirecta – dos códigos de conduta profissional de advogados e Ministério Público.

91. 384 U.S. 333 (1966).

92. LaFave/Israel/King/Kerr, p. 196.

8.3.1. A proibição de informar dirigida aos participantes do processo

Os tribunais podem dirigir aos sujeitos que participam no processo uma ordem proibindo-os de informar terceiros do conteúdo das actuações ou de fazerem declarações públicas (*restricting public statements*). O poder de um tribunal para proferir este tipo de ordens funda-se nas faculdades de direcção do processo que têm os membros do Poder Judicial segundo o esquema norte-americano da divisão de poderes: não é necessária uma habilitação legal, pois os tribunais estão habilitados para adoptar as medidas adequadas para o correcto desempenho da sua função, e proferir este tipo de ordens faz parte dos seus poderes.

Os potenciais destinatários de uma ordem deste tipo são muitos: obviamente, o arguido e o seu advogado; também os membros do Ministério Público; e, igualmente, as testemunhas e peritos que actuem. Foi apresentada a dúvida, em alguma ocasião, de se também se se podem dirigir estas ordens à polícia, pois segundo a estrutura do processo penal norte-americano não se pode dizer que, *stricto sensu*, seja um *participant* no processo. A realidade, apesar de tudo, parece demonstrar que os tribunais os incluem entre os destinatários destas ordens e que nunca são impugnadas⁹³. Trata-se de algo de grande importância se se querem evitar interferências da imprensa na fase preliminar de investigação.

Uma *gag order* deste tipo gera um resultado semelhante ao segredo externo da instrução dos sistemas latinos: os participantes do processo não podem informar ninguém daquilo que conheceram por terem intervindo nesse processo; e, por isso, fica excluída de forma especial a possibilidade de que a informação chegue à imprensa. A eficácia da ordem sustenta-se na ameaça de sanção por *contempt of court* em que incorre quem difunda a informação: a pena pode variar dependendo dos Estados (privação de liberdade, multas, inabilitações profissionais temporais) e é imposto, de forma sumária, pelo mesmo tribunal que emitiu a ordem infringida. Contudo, não é *contempt by publication*, mas sim incumprimento de um mandado judicial directo.

A sanção, é certo, pode ser eludida se o jornalista que obteve e publicou a informação se nega a revelar as suas fontes ao tribunal: então, quando esta situação ocorra, será o jornalista quem será punido por *contempt of court*, como foi reconhecido pelos tribunais em algumas ocasiões⁹⁴.

93. LaFave/Israel/King/Kerr, p. 224.

94. Na Califórnia, cfr. *Farr v. Superior Court* [99 Cal. Rptr. 342 (1971)].

Quanto à forma de emitir este tipo de mandados, existem duas possibilidades: que se trate de ordens singulares ou que façam parte das regras gerais de funcionamento perante um tribunal (*court rules*).

a) Ordens singulares

Uma primeira modalidade de *gag order* é a que se produz quando um juiz, num caso concreto, define sobre que aspectos de um processo não se pode dar informação a terceiros e quem são os concretos sujeitos que não o podem fazer. A jurisprudência insiste no carácter excepcional desta medida e na necessidade de que se encontre justificada perante a apreciação de riscos graves de que se produza um prejuízo para o direito a um julgamento justo.

O problema destes mandados singulares, no que diz respeito à fase de investigação, é que nos casos penais só chegam às mãos do juiz quando se detém o sujeito e se realiza a sua primeira comparência, ou antes, em determinados casos, quando se pede algum tipo de *warrant*: pode acontecer, por isso, que não fiquem abrangidas as investigações prévias, que a polícia ou o Ministério Público poderiam ter revelado sem infringir nenhuma proibição. O único limite, portanto, estará na própria vontade de polícias e Ministério Público de não prejudicarem o bom desenvolvimento da investigação oferecendo informações que deveriam manter-se reservadas.

b) Ordens gerais: códigos de conduta e *court rules*

Nos Estados Unidos, é habitual que os próprios tribunais determinem por si mesmos, através de regulamentos e regulamentações internas (*court rules*) o modo como se desenvolverão certas actuações processuais entre eles: como já se mencionou anteriormente, a concepção norte-americana da divisão de poderes confere ao princípio de legalidade processual um alcance distinto e mais limitado que os sistemas judiciais da Europa continental. As *court rules* são uma manifestação dos poderes de regulação dos tribunais norte-americanos; e, como é óbvio, os seus destinatários são todos os sujeitos que participam no processo. Não é raro que os tribunais incorporem como *court rules* algumas normas que limitam de forma geral a relação dos participantes processuais com os meios de comunicação, impedindo os *public statements* ou a difusão de informação a terceiros.

De facto, quando se trata dos advogados e dos agentes do Ministério Público, estas eventuais *court rules* costumam disfarçar-se no seu conteúdo com as próprias normas de deontologia profissional vigentes nos Estados. O fenómeno de produção normativa é bastante singular neste ponto: a American Bar Association (ABA), que agrupa não só os advogados, mas também os membros dos ministérios públicos, elaborou e vai actualizando de forma periódica e paulatina o *American Bar Association's Model Code of Professional Responsibility*. As legislações dos Estados, por sua vez, costumam adaptar a sua legislação às diversas versões do *Model Code* da ABA. E os tribunais, por seu turno, costumam usar umas e outras para elaborar as suas *court rules*.

Tanto o *Model Code* da ABA como as normas estatais e as *court rules* incluem a proibição para todos os advogados ou Ministério Público envolvidos no processo de fazerem declarações susceptíveis de serem difundidas nos meios de comunicação e que poderiam prejudicar de forma provável o processo. Muitas vezes, também se lhes proíbe que aconselhem a fazer esse tipo de declarações aos seus clientes ou às pessoas que trabalham para eles na condução do caso.

Em algumas situações, as normas limitam-se a formular declarações gerais. Assim acontece, a título de exemplo, nas *Florida Rules of Professional Conduct*⁹⁵:

Rule 4-3.6 Trial Publicity

(a) Prejudicial Extrajudicial Statements Prohibited.

A lawyer shall not make an extrajudicial statement that a reasonable person would expect to be disseminated by means of public communication if the lawyer knows or reasonably should know that it will have a substantial likelihood of materially prejudicing an adjudicative proceeding due to its creation of an imminent and substantial detrimental effect on that proceeding.

(b) Statements of Third Parties.

A lawyer shall not counsel or assist another person to make such a statement. Counsel shall exercise reasonable care to prevent investigators, employees, or other persons assisting in or associated with a case from making extrajudicial statements that are prohibited under this rule.

95. Às que se podem aceder através de http://www.law.cornell.edu/ethics/fl/code/FL_CODE.HTM#Rule_4-3.6.

Noutros casos, as normas são mais pormenorizadas e, juntamente com as proibições gerais, incluem também listas de informações que se podem considerar permitidas ou que podem presumir-se prejudiciais. Um exemplo é o *New York Lawyer's Code of Professional Responsibility*⁹⁶:

DR 7-107 [1200.38] Trial Publicity.

A. A lawyer participating in or associated with a criminal or civil matter, or associated in a law firm or government agency with a lawyer participating in or associated with a criminal or civil matter, shall not make an extrajudicial statement that a reasonable person would expect to be disseminated by means of public communication if the lawyer knows or reasonably should know that it will have a substantial likelihood of materially prejudicing an adjudicative proceeding in that matter. Notwithstanding the foregoing, a lawyer may make a statement that a reasonable lawyer would believe is required to protect a client from the substantial prejudicial effect of recent publicity not initiated by the lawyer or the lawyer's client. A statement so made shall be limited to such information as is necessary to mitigate the recent adverse publicity.

B. A statement ordinarily is likely to prejudice materially an adjudicative proceeding when it refers to a civil matter triable to a jury, a criminal matter, or any other proceeding that could result in incarceration, and the statement relates to:

- 1. The character, credibility, reputation or criminal record of a party, suspect in a criminal investigation or witness, or the identity of a witness, or the expected testimony of a party or witness.*
- 2. In a criminal case or proceeding that could result in incarceration, the possibility of a plea of guilty to the offense or the existence or contents of any confession, admission, or statement given by a defendant or suspect or that person's refusal or failure to make a statement.*
- 3. The performance or results of any examination or test or the refusal or failure of a person to submit to an examination or test, or the identity or nature of physical evidence expected to be presented.*
- 4. Any opinion as to the guilt or innocence of a defendant or suspect in a criminal case or proceeding that could result in incarceration.*

96. Acessível em <http://www.law.cornell.edu/ethics/ny/code/>. Em sentido semelhante, podem-se ver também as *California Rules of Professional Conduct* (em especial, a Rule 5-120. Trial Publicity), acessíveis através de <http://www.law.cornell.edu/ethics/ca/code/>.

5. Information the lawyer knows or reasonably should know is likely to be inadmissible as evidence in a trial and would if disclosed create a substantial risk of prejudicing an impartial trial.

6. The fact that a defendant has been charged with a crime, unless there is included therein a statement explaining that the charge is merely an accusation and that the defendant is presumed innocent until and unless proven guilty.

C. Provided that the statement complies with DR 7-107 [1200.38] (A), a lawyer involved with the investigation or litigation of a matter may state the following without elaboration:

1. The general nature of the claim or defense.

2. The information contained in a public record.

3. That an investigation of the matter is in progress.

4. The scheduling or result of any step in litigation.

5. A request for assistance in obtaining evidence and information necessary thereto.

6. A warning of danger concerning the behavior of a person involved, when there is reason to believe that there exists the likelihood of substantial harm to an individual or to the public interest.

7. In a criminal case:

a. The identity, age, residence, occupation and family status of the accused.

b. If the accused has not been apprehended, information necessary to aid in apprehension of that person.

c. The fact, time and place of arrest, resistance, pursuit, use of weapons, and a description of physical evidence seized, other than as contained only in a confession, admission, or statement.

d. The identity of investigating and arresting officers or agencies and the length of the investigation.

A infracção por parte de qualquer um dos sujeitos que participam num processo penal do conteúdo de uma *court rule* que proíbe a difusão de informação e da realização de *public statements* será sancionada por via do *contempt of court*.

Além disso, no caso em que o infractor seja um advogado ou agente do Ministério Público, poder-se-á impor-lhe a sanção disciplinar correspondente por parte da ordem profissional.

Têm sido as reacções das pessoas sancionadas por *contempt of court* ou disciplinarmente as que têm gerado um abundante corpo de jurisprudência acerca da compatibilidade com a liberdade de imprensa dos códigos de

conduta profissional e as *court rules* em relação com a proibição de fazer *public statements*. O *leading case*, neste ponto, forjou-se em 1991 com o caso *Gentile v. State Bar of Nevada*⁹⁷: de forma muito sintética⁹⁸ pode dizer-se que tanto as regras de conduta profissional como as *court rules* neste âmbito devem evitar a ambiguidade e a imprecisão, pois a não ser assim serão consideradas contrárias à Primeira Emenda.

8.3.2. A proibição de informar dirigida aos meios de comunicação

Ao contrário do que acontece quando o destinatário é um sujeito que participa no processo, acentua-se muito mais a polémica na doutrina e na jurisprudência norte-americana sobre se os tribunais podem emitir ordens a proibir os meios de comunicação a divulgação de informação relacionada com uma investigação ou um processo penal em curso. A infracção destes mandados, quando se verifica, daria lugar a uma pena por *contempt of court*, que também não seria aqui um genuíno *contempt by publication*, mas sim desobediência a uma ordem judicial (ainda que, claro está, a conduta infractora consista precisamente na publicação).

O tema foi abordado pelo Supremo Tribunal em 1976, no caso *Nebraska Press Association v. Stuart*⁹⁹: a proibição adoptada por um tribunal neste caso foi considerada inconstitucional, na medida em que implicava um *prior restraint* à actividade de imprensa. Alguns tribunais inferiores e/ou estatais, não obstante, consideraram que a proibição não era absoluta e que estava sujeita a um juízo de proporcionalidade, ainda que fora muito estrito¹⁰⁰. O certo, apesar de tudo, é que quando estas *press gag orders* são impugnadas, acabam por ser revogadas e declaradas inconstitucionais.

Pois bem, como paliativo indirecto, parecem ter certa virtualidade prática as *temporary restraining orders* (TRO): a defesa solicita ao tribunal que emita uma *press gag order* – ainda que sabendo que muito provavelmente será recusada – e, enquanto o tribunal decide sobre se é ou não proporcional, pode obter a proibição temporária da publicação por meio de uma TRO, cuja infracção implica incorrer em *contempt of court*.

97. 501 U.S. 1030 (1991).

98. Para mais pormenores, cfr. LaFave/Israel/King/Kerr, pp 195-224.

99. 427 U.S. 539 (1976).

100. Cfr. LaFave/Israel/King/Kerr, pp. 226 e ss.

8.3.3. A exclusão da publicidade na fase preliminar do processo penal

Como alternativa ou como complemento às medidas anteriores, também foi equacionada, em algumas situações, a possibilidade de excluir a publicidade da fase preliminar do processo penal. Isso implicaria, segundo o modo em que se ordenara em cada caso concreto:

- que não fossem públicas as audiências perante o tribunal que são próprias da fase preliminar (*v.g.*, a primeira comparência do detido ou os exames da situação pessoal do arguido). Neste ponto, deve recordar-se que os únicos actos que, por definição, são secretos num processo penal norte-americano são os que se celebram perante um júri de acusação (*grand jury*), naqueles Estados cuja legislação o contempla como órgão que filtra as petições de abertura e julgamento formuladas pelo Ministério Público.
- que os meios de comunicação não tivessem acesso a certos documentos ou actos próprios do expediente (*v.g.*, os *warrants* a permitirem uma busca domiciliária, ou as transcrições das gravações de conversas telefónicas interceptadas).

Pois bem, de forma semelhante ao que acontece com as proibições de publicar dirigidas à imprensa, também neste ponto a práxis jurisprudencial norte-americana se tem mostrado vacilante. O Supremo Tribunal declarou em 1979, no caso *Gannett Co. v. De Pasquale*¹⁰¹ que a referência que faz a Sexta Emenda a um julgamento público (*public Trial*) não abarca necessariamente a actividade que se desenvolve antes que comece o julgamento em si, de modo que a exclusão da publicidade não seria contrária a essa garantia. Não obstante, no ano seguinte, em *Richmond Newspapers v. Virginia*¹⁰², o próprio Tribunal reconheceu que poderia afectar a liberdade de imprensa consagrada na Primeira Emenda. Desde então, as controvérsias giram em torno da determinação de, em cada caso concreto, ser ou não desproporcionada a restrição à liberdade de imprensa em contraste com o objectivo de protecção do direito a um julgamento justo¹⁰³.

101. 443 U.S. 368 (1979).

102. 448 US 555 (1980).

103. Cfr. com pormenor, LaFave/Israel/King/Kerr, pp. 232-251.

Capítulo 9

Algumas conclusões

9.1. Problemas comuns

Apesar de as culturas jurídicas dos ordenamentos analisados serem diferentes, e apesar das diferenças que continuam a ter em alguns pontos as suas culturas mediáticas, o segredo da investigação penal apresenta os mesmos traços problemáticos em ambos os lados do Atlântico.

Os problemas mais sérios, como se pode intuir, não consistem em que se produzam avisos ou chamadas telefónicas por parte de polícias ou funcionários judiciais «corruptos», que advirtam os delinquentes da iminência da sua detenção ou de uma busca no seu domicílio: estes casos patológicos são, felizmente, raros e a forma de preveni-los e corrigi-los não é, hoje em dia, através do reforço do segredo da investigação.

Pelo contrário, como se pôde comprovar nas páginas anteriores, o verdadeiro problema que o segredo da investigação penal enfrenta é o da sua violação pelos meios de comunicação, com a conseqüente sobreexposição mediática de assuntos que se encontram ainda na sua fase mais embrionária: a tónica geral, na maioria dos países analisados, é que os meios de comunicação oferecem informação muito pormenorizada sobre a existência e conteúdo das investigações penais em curso, infringindo com isso o segredo da investigação e os valores de primeira ordem que o referido segredo deveria salvaguardar.

Por esse motivo, intencionalmente ou não, quando regulam o segredo da investigação, todos os ordenamentos se defrontam com a necessidade de estabelecer limites à actividade dos meios de comunicação, tratando de encontrar o ponto adequado de equilíbrio entre os diversos valores envolvidos.

Os modelos continentais apresentam traços comuns: contam com normas legais bastante completas no papel, que tratam de definir o âmbito do segredo

nas investigações penais, mas que acabam por ser deficientes na sua aplicação prática, pois é muito excepcional a sanção perante a infração do segredo da investigação. A práxis jurisprudencial francesa, contudo, demonstra um nível algo superior de seriedade, pois, ainda que esporadicamente, produzem-se condenações, inclusivamente de jornalistas. A situação em Espanha, pelo contrário, demonstra uma clara rendição dos órgãos de governo do Poder Judicial ao poder dos meios de comunicação e uma intolerável passividade perante as fugas de informação para os meios de comunicação.

Os modelos anglo-americanos, segundo se analisou, enfocam a solução ao problema de uma perspectiva diferente: não se trata de regular de forma abstracta o que é o segredo – e não publicável –, mas sim de atribuir aos juízes os instrumentos mais idóneos para preservar o carácter justo do processo perante os riscos de interferências mediáticas. A situação, apesar de tudo, é diferente na Inglaterra e nos Estados Unidos: nos Estados Unidos, pelo valor primordial que se reconhece à liberdade de imprensa; na Inglaterra, porque o costume e o legislador têm insistido em dotar os tribunais de *contempt of cours by publication* como elemento dissuasório perante potenciais excessos dos meios de comunicação.

9.2. Algumas propostas

O peso dos meios de comunicação nas democracias modernas e o carácter noticiável dos processos penais não permite ser muito optimista quanto ao futuro.

As técnicas de *soft-law*, auto-regulação ou códigos de conduta só são efectivas e operativas em países, como a Alemanha, cuja estrutura social se funde num alto grau de respeito pelo ordenamento jurídico. Mas quando não é assim, é importante a actuação do legislador. É necessário que as legislações estejam dotadas de normas suficientemente pormenorizadas e precisas na determinação do que é ou se pode declarar secreto numa investigação penal: uma excessiva margem para a interpretação (como se viu, por exemplo, em Itália ou Espanha) acaba por conduzir sempre à tolerância de violações ao segredo da investigação. Assim, não é suficiente, como se deduz do divórcio existente entre legislação e realidade em Portugal.

9.2.1. Consequências para o processo penal

Em primeiro lugar, é necessário que estejam previstas as consequências que a violação do segredo da investigação pode ter no próprio processo, pelo menos nos casos mais graves: em alguns casos, o legislador poderia estabelecer a nulidade das diligências da investigação (como se mencionou em algum caso da jurisprudência francesa) ou, inclusivamente, permitir o arquivamento da causa ou a anulação da sentença condenatória se se comprova que a sobre-exposição mediática de uma investigação privou o arguido do direito a um julgamento justo (como ocorre nos Estados Unidos). Dessa forma, reduzir-se-iam muito os altos níveis de tolerância que a polícia, Ministério Público e juízes demonstram no momento de difundir informação que deveria ser – pelo menos durante algum tempo – reservada.

9.2.2. Consequências para os infractores

Além disso, devem regular-se de forma mais eficaz as consequências que a violação do segredo da investigação terá para as pessoas responsáveis pela conduta violadora do segredo. Para lá das indemnizações por danos e prejuízos que operem pela via civil, parece importante que a atenção do legislador se centre em dois aspectos:

- a) É preciso que se definam consequências sancionatórias que sejam proporcionais à gravidade da conduta e dos prejuízos que derivam dela. Neste ponto, paradoxalmente, a proporcionalidade não pode observar-se do ângulo da proibição de excesso, mas precisamente do ângulo contrário, o da proibição de infraprotecção ou protecção deficiente: as sanções previstas na legislação espanhola ou italiana, segundo o que se analisou, parecem mais uma piada ou uma incitação à infracção que um genuíno instrumento dissuasório;
- b) É importante que as consequências sancionatórias se possam aplicar de forma rápida: a chave do «êxito» – sempre relativo – do modelo inglês neste ponto encontra-se no zelo do gabinete do *Attorney General* quando persegue o *contempt by publication*; e se nos Estados Unidos se respeitam as *gag orders* é, sobretudo, porque o próprio tribunal que a emitiu pode punir a sua infracção graças à figura do *contempt of court*.

Nos sistemas continentais não é possível a imposição de uma pena sem um processo penal que requer tempo e um cuidado que são incompatíveis com a configuração do *contempt of court* anglo-americano: por outras palavras, esta figura não pode transplantar-se para o solo continental. Mas a tipificação de crimes e a previsão de penas por infracção do segredo de investigação, nos sistemas continentais, acaba por conduzir a uma impunidade de facto que priva a regulação de qualquer indício de *deterrent effect*: a sanção penal dilui-se com o passar do tempo e, como se viu, com interpretações jurisprudenciais muito benevolentes.

Possivelmente seriam mais eficazes sanções que fossem disciplinares, não penais, consistentes em multas ou ordens de não fazer, que pudesse impor o juiz responsável de dirigir ou de supervisionar a investigação penal: boa parte das legislações processuais já atribuem aos juízes certo poder correctivo ou disciplinar; é necessário, por isso, desenvolver uma reflexão sobre os poderes disciplinares que se devem reconhecer aos órgãos judiciais nos sistemas continentais, como instrumentos para lhes permitir conseguir um certo nível razoável de respeito pelo processo e às suas decisões. E, no fim dessa análise, talvez se chegue à conclusão de que é possível prevenir e sancionar por esta via algumas das condutas infractoras do segredo da investigação penal.

O segredo da investigação em processo penal · Tabela de síntese

	Portugal	Espanha	França	Itália	Alemanha	Inglaterra	Estados Unidos
Está regulado legalmente?	Sim (regulação processual e penal)	Sim (regulação processual e penal)	Sim (regulação processual e penal)	Sim (regulação processual e penal)	Há apenas regulação penal, mas não processual	O <i>contempt of court by publication</i> está regulado de forma parcial: o <i>strict liability contempt</i> está, mas para o <i>common law contempt</i> tem de se recorrer à jurisprudência	Não, as <i>gag orders</i> são uma construção jurisprudencial e as <i>court rules</i> são elaboradas por cada tribunal. Só têm valor normativo directo os códigos de conduta
Só em processo penal?	Não, embora as regras sejam diferentes para o processo civil	Não, embora as regras sejam diferentes para o processo civil	Não, embora as regras sejam diferentes para o processo civil	Não, embora as regras sejam diferentes para o processo civil	Não, embora as regras sejam diferentes para o processo civil	Não, o <i>contempt of court by publication</i> também se pode utilizar em processo civil	Não, também se pode utilizar em processo civil
Em que fases do processo penal?	Só durante a fase de investigação (inquérito e instrução)	Só durante a fase de investigação. O juízo oral pode realizar-se à porta fechada em casos especiais	Durante a fase de investigação (<i>enquête préliminaire e instruction</i>). O juízo oral pode realizar-se à porta fechada em casos especiais	Durante a fase de investigação (<i>indagini preliminari</i>). O juízo oral pode realizar-se à porta fechada em casos especiais	Durante a fase de investigação	O <i>contempt of court by publication</i> , em alguma das suas duas modalidades (<i>strict liability contempt</i> e <i>common law contempt</i>) pode cobrir todo o processo penal	As <i>gag orders</i> , as <i>court rules</i> e os códigos de conduta podem projectar-se sobre qualquer etapa do processo penal

O segredo da investigação em processo penal · Tabela de síntese

	Portugal	Espanha	França	Itália	Alemanha	Inglaterra	Estados Unidos
Quem toma a decisão?	<p>O juiz de instrução</p> <p>O Ministério Público, mas com a necessária ratificação posterior do juiz</p>	<p>Em relação ao segredo externo (para terceiros alheios ao processo) não há decisão que tomar, deriva da lei.</p> <p>O segredo interno (para as partes) tem de o ordenar o juiz de instrução</p>	<p>Não existe segredo interno, mas o advogado precisa da autorização do juiz de instrução para entregar cópias dos documentos do expediente ao seu cliente.</p> <p>O segredo externo deriva da lei, de modo que não é necessária uma decisão</p>	<p>O segredo interno deriva em parte da lei, de modo que não tem de ser objecto de decisão.</p> <p>Para decretar o segredo de acções não cobertas em princípio pela lei pelo segredo, é necessária uma decisão do Ministério Público</p>	<p>O Ministério Público pode negar ao advogado do arguido o acesso ao expediente</p>	<p>O juiz toma a decisão de impor sanção por um <i>contempt of court by publication</i>, mas não é necessário ter decretado o segredo formalmente com carácter prévio</p>	<p>Os juizes</p>
Quem pode solicitar que se decrete o segredo da investigação?	<p>O arguido e o ofendido podem solicitá-lo ao juiz.</p> <p>O Ministério Público pode decretá-lo de <i>ex officio</i> (mas com posterior controlo judicial)</p>	<p>O segredo interno pode pedi-lo qualquer das partes ou o MP. Também o pode decretar o juiz <i>ex officio</i>.</p> <p>O segredo externo, ao derivar da lei, não tem de ser solicitado por ninguém</p>	<p>O segredo externo, ao derivar da lei, não tem de ser solicitado por ninguém.</p>	<p>A respeito das actuações secretas <i>ex lege</i> não é necessário nenhum pedido.</p> <p>Para declarar secretas actuações que não o são na origem, a iniciativa corresponde <i>ex officio</i> ao MP</p>	<p>O segredo externo não está expressamente regulado.</p> <p>O segredo interno aplica-o <i>ex officio</i> o MP ao negar o acesso do advogado do arguido ao expediente</p>	<p>O gabinete do <i>Attorney General</i> promove a perseguição do <i>contempt of court, ex officio</i> ou a pedido de qualquer sujeito.</p> <p>Também pode actuar o juiz <i>ex officio</i></p>	<p>Os juizes podem actuar <i>ex officio</i>, mas também a pedido do MP, do arguido ou de qualquer interessado</p>

O segredo da investigação em processo penal · Tabela de síntese

	Portugal	Espanha	França	Itália	Alemanha	Inglaterra	Estados Unidos
Existe uma duração máxima?	O que dure a fase de investigação do processo penal	Segundo a lei, o segredo interno só pode durar um mês. Na prática, prorroga-se e só existe o dever de levantá-lo 10 dias antes de dar formalmente por encerrada a investigação	O que dure a fase de investigação do processo penal	O segredo interno <i>ex lege</i> mantém-se até ao momento em que caiba ao arguido conhecer as actuações e, em todo o caso, não pode manter-se além do encerramento da investigação.	O segredo interno levantado antes de se proceder ao interrogatório oficial de arguido e, em todo o caso, antes do encerramento formal da investigação	Não, na medida em que o risco de prejudicar o bom curso do processo penal se mantém enquanto se tramita o processo	Não, será a que estabeleça o juiz numa <i>gag order</i> ; mas em princípio pode projectar-se sobre toda a duração do processo penal
Quem é afectado pelo segredo?	Máxima extensão: as partes e terceiros alheios ao processo	O segredo externo afecta qualquer sujeito alheio ao processo. O segredo interno afecta também as partes, mas não o Ministério Público	Os sujeitos que «concorrem» à investigação: juízes, procuradores, funcionários judiciais, polícias e peritos judiciais. Não vincula as partes nem as testemunhas. Há dúvidas sobre se vincula os advogados	Máxima extensão: as partes e os terceiros alheios ao processo	Embora não haja regulação processual, a regulação penal dá a entender que é afectado qualquer sujeito	Jornalistas e titulares de meios de comunicação que publiquem informação	As <i>gag orders</i> e as <i>court rules</i> afectam os intervenientes no processo: arguido, advogado, MP, polícia, testemunhas e peritos. É polémico se podem dirigir-se <i>gag orders</i> aos meios de comunicação

Fundação Francisco Manuel dos Santos

Coordenador do Programa Justiça: Nuno Garoupa

Outros estudos da Fundação

Desigualdade Económica em Portugal

Coordenador: Carlos Farinha Rodrigues

2012

Avaliações de Impacto Legislativo: Drogas e Propinas

Coordenador: Ricardo Gonçalves

2012

Publicado em duas versões: estudo completo e versão resumida

Justiça Económica em Portugal

Coordenadores: Nuno Garoupa; Pedro Magalhães
e Mariana França Gouveia

2013

Publicado em 9 volumes

Informação e Saúde

Autor: Rita Espanha

2013

O Cadastro e a Propriedade Rústica em Portugal

Coordenador: Rodrigo Sarmiento de Beires

2013

Escolas para o século XXI

Autor: Alexandre Homem Cristo

2013

Processos de Envelhecimento em Portugal: usos do tempo, redes sociais e condições de vida

Coordenador: Manuel Villaverde Cabral

2013

25 Anos de Portugal Europeu

Coordenador: Augusto Mateus

2013

Director de Publicações: António Araújo

Conheça todos os projectos da Fundação em www.ffms.pt

O segredo de justiça foi violado em tantos casos mediáticos nos últimos dez anos, que é quase uma rotina. Ao mesmo tempo, o legislador português ainda não encontrou uma resposta cabal para regular com eficácia o segredo da investigação no âmbito do processo penal. Desde 1987, já teve cinco versões e nenhuma resolveu os inconvenientes práticos colocados pela voragem mediática em que hoje vive a sociedade portuguesa. Vivemos num mundo globalizado. O segredo da investigação no processo penal merece atenção especial em todos os sistemas jurídicos. Os desafios da comunicação social contemporânea incidem nas realidades sociais de vários países. De que forma é que sociedades não muito diferentes da portuguesa enfrentam e regulam a questão do segredo de justiça? Neste livro, o autor propõe uma análise de direito comparado que permitirá uma melhor discussão desta problemática no contexto português. Faz-se uma análise jurídica do segredo de justiça em Portugal, Espanha, Itália, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos. Dá-se especial atenção às diferenças formais entre as opções de cada legislador. Ao mesmo tempo, é feita referência à capacidade prática de cada regime jurídico proteger, de forma efectiva, o segredo de justiça.

As reflexões finais apresentam algumas pistas para um segredo da investigação em processo penal mais adequado à realidade do mundo em que vivemos. São identificados problemas comuns, nomeadamente a violação do segredo de justiça pela comunicação social. Algumas propostas de reforma, quer em termos de consequências para o processo penal, quer em termos das consequências para os infractores, são apresentadas.

ISBN 978-989-8424-69-3



9 789898 424693

Um estudo da Fundação Francisco Manuel dos Santos
www.ffms.pt