

Universidade Autónoma de Lisboa



Departamento de Direito

O Assistente e o segredo de justiça em Processo Penal

Dissertação apresentada no âmbito da realização de Mestrado em Direito, na variante “ Ciências Jurídico – Processuais”, na área específica de Direito Processual Penal, como requisito parcial, para obtenção do grau académico de Mestre

Orientador: Professor Doutor André Ventura

Candidato: Lic. Rodrigo Santos Alves Taxa

Lisboa,

Março de 2016

Resumo

Sendo o Direito uma área do saber tão apaixonante, tal sentimento advém em larga medida, do leque de vários intervenientes jurídicos existentes, bem como da intervenção destes, que variando a situação e disciplina jurídica, leva à também variação da sua capacidade e legitimidade em agir e interagir juridicamente com o ordenamento vigente na nossa “praxis”. Nesta dissertação dá-se enfoque a uma das figuras jurídicas mais dinâmicas do nosso ordenamento jurídico em sede de Direito Processual Penal, no caso o “assistente”.

Resumidamente, o que se pretendeu, através de uma apresentação jurisprudencial em quatro capítulos, foi desde logo, tal como aconteceu no primeiro, compreender que a figura da assistência, não é estática, e que por isso foi alvo de alterações, conforme se alterou também o entendimento processual penal do legislador Português, balizando-se este estudo na segunda metade do século XIX até aos dias de hoje, destacando-se duas realidades de especial relevo, sendo estas as grandes reformas de 1987 e 2006/2007.

Por se procurar neste momento apenas fazer um breve resumo à matéria tratada, entende-se não ser este o momento para excessivos alargamentos jurisprudenciais, pelo que no que diz respeito aos segundo e terceiro capítulos, dever-se-á quanto baste dizer que o “assistente” é um colaborador do Ministério Público, característica, que lhe confere especial importância, mas sendo ainda revestido de direitos e deveres próprios, o que por outro lado impede que o próprio caia na tentação de actuar erradamente, como muito bem lhe aprouver.

Nos dois últimos capítulos da dissertação, estudou-se a ligação entre o “assistente” e o segredo de justiça, e toda a problemática que a esta ligação está adstrita, pelo excesso de mediatismo sustentado pelos meios de comunicação social, dado que se podem constituir assistentes, contribuindo para fugas ao segredo de justiça não só de Portugal, como em todos os ordenamentos jurídicos nesta dissertação apresentados.

Abstract

Being the Law an area of knowledge so passionate, that feeling comes largely from the range of several existing legal actors, and the intervention of these, that varying the situation and legal discipline leads to also change its capacity and legitimacy to act and legally interact with the current order in our "praxis". This dissertation gives focus to one of the most dynamic legal concepts of our legal system in place of Criminal Procedure, if the "assistant".

Briefly, what is intended, through a jurisprudential presentation into four chapters, was immediately, as happened in the first, understand that the figure of the assistance, is not static, and so it was change of target, as also amended criminal procedural understanding of the Portuguese legislator, this study is baptizing in the second half of the nineteenth century to the present day, highlighting two special relief realities, which are the major reforms of 1987 and 2006/2007.

Because it look right now just make a brief summary of the subject concerned, it is understood this is not the time for excessive jurisprudential enlargements, so with regard to the second and third chapters, will be due as suffice to say that " assistant "is an employee of the Public Ministry, feature, which gives special importance to you, but being still clothed in their rights and duties, which on the other hand prevents himself be tempted to act erratically, how much it thinks fit.

In the last two chapters of the dissertation, the connection is studied between the "assistant" and the secret of justice, and all the problems that this link is bound, by excessive media coverage supported by the media, since it can be workers, contributing to leak the secret of justice not only in Portugal, as in all legal systems in this dissertation presented

Índice

Resumo	2
Abstract.....	3
Introdução.....	7

Capítulo I

Perspectiva histórica do Direito Processual Penal

O entendimento vigente anteriormente à grande reforma de 2006.....	8
Necessidade de mudança	
O Processo Casa Pia e sua influência na reforma Processual Penal.....	14
Alterações e novidades inerentes à grande reforma de 2006/2007.....	19

Capítulo II

O assistente

A figura jurídica do assistente.....	39
Constituição de assistente; Quem.....	41
Quando.....	50
Posição Processual.....	57
O assistente e o inquérito.....	58
O assistente e a instrução.....	60
O assistente e a acusação.....	64
O assistente e o recurso.....	68
O assistente e as notificações.....	70

O assistente e as declarações processuais.....	71
O assistente na consulta dos autos processuais.....	72

Capítulo III

O assistente em ordenamentos jurídicos estrangeiros

Realidade Espanhola e Realidade Brasileira

O assistente no Direito Processual Penal Espanhol.....	74
O assistente no Direito Processual Penal Brasileiro.....	87

Capítulo IV

O Assistente e o Segredo de Justiça

O que é o segredo de justiça.....	94
Segredo de Justiça na instrução e julgamento.....	110
Barreira inultrapassável entre o Segredo de Justiça e o Assistente.....	113

Sub Capítulo

Os contornos do segredo de justiça nos ordenamentos jurídicos, Espanhol; Francês; Alemão; Inglês e Norte-americano

Segredo de Justiça à luz do ordenamento jurídico Espanhol	128
Segredo de Justiça à luz do ordenamento jurídico Francês	133
Segredo de Justiça à luz do ordenamento jurídico Alemão	136
Segredo de Justiça à luz do ordenamento jurídico Inglês	140
Segredo de Justiça à luz do ordenamento jurídico Norte Americano	143

Conclusões.....	147
Esquematização de algumas matérias dadas.....	160
Esquema nº1.....	161
Esquema nº2.....	162
Esquema nº3.....	163
Esquema nº4.....	164
Tabelas.....	165
Tabela nº1.....	166
Tabela nº 2.....	167
Lista de abreviaturas.....	170
Bibliografia.....	171

Introdução

Esta dissertação procura como primordial objectivo contribuir para que o Mestrando e o leitor em geral, possam do seu estudo sair melhor esclarecidos e compreendedores da matéria inerente à figura jurídica da “assistência”. Nessa medida, procurou privilegiar-se uma abordagem doutrinária expositiva e também, em específicas situações, por acção de alguma esquematização.

Também por uma questão de sequência lógica procurou-se, a par das posições e conclusões jurídicas que nesta matéria se consideraram legítimas realizar, indicar sempre que possível e útil, menção a citações de autor, e à própria lei através do consagrado em codificação legal.

Na busca de uma terminologia que sendo matricialmente jurídica, não fosse contudo indecifrável ao leitor que não técnico do Direito, procurou-se também com a simplicidade e clareza possíveis encontrar respostas para a matéria, em si mesma, e dúvidas que a mesma possa eventualmente colocar.

Não obstante a realidade supra mencionada, crê-se dessa forma ter-se conseguido manter, o interesse de quem já tendo contacto com o Direito, procure ler esta dissertação, assim como quem actue em realidade distinta desta, procurando abranger-se a maioria das questões jurídicas levantadas por esta matéria, sendo por isso a abordagem, crê-se, compreensiva e abrangente, abarcando a matéria na sua totalidade de acordo com os princípios e paradigma Processual Penal vigente em Portugal, apresentando igualmente, sempre que pertinente, as realidades distintas, que sendo próprias de ordenamentos jurídicos estrangeiros são diferentes do Português.

1º Capítulo

Perspectiva histórica do Direito Processual Penal

-O entendimento processual vigente anteriormente à grande reforma de 2006-

Ainda que esta dissertação de mestrado tenha como principal objectivo analisar a figura processual do “*assistente*”, (nela incluindo o seu papel, situações em que pode haver ou não a sua constituição, análise dos seus “prós e contras” e comparação com outros sistemas processuais penais de países estrangeiros), pode afirmar-se, certamente com correcção, que não se poderia partir para essa mesma discussão jurídica, sem que previamente houvesse uma abordagem, ainda que resumida, do entendimento processual penal que hoje o garante como possível.

Resultante deste entendimento, neste capítulo realizar-se-á uma primeira abordagem histórica capaz de explanar qual a realidade processual penal anterior à hoje existente, pelo que se observará sobretudo as realidades condizentes com o pré (a partir de 1987 até 2006) e pós reforma de 2006, que representa até aos dias de hoje a maior e mais consistente “revolução jurídica” a nível processual penal, até porque como se pretende explicar, nomeadamente face à mesma, há um entendimento pacífico entre todas as correntes doutrinárias e jurisprudenciais que entende que esta reforma foi, inclusive, acompanhada de uma mudança do próprio paradigma Processual Penal Português.

Assim, como já anteriormente se mencionou, abordemos então a partir deste momento o “pré reforma” de 2006, tendo em atenção sobretudo o entendimento processual penal português que surgiu através da codificação de 1987, por acção de **Decreto-lei 78/87 de 17/02**.

A primeira grande referência a efectuar diz respeito à concreta delimitação que esta reforma veio trazer face às funções que se encontravam adstritas ao Juiz de instrução, ao Juiz de julgamento e ao próprio Ministério Público.

Por outro lado, passou a ser por esta altura, um objectivo concreto do Processo Penal Português ser capaz de articular a realização da justiça com os direitos, liberdades e garantias dos sujeitos processuais, a descoberta da verdade, e naturalmente, utilizando um chavão doutrinário, “a paz jurídica”, que tal como menciona o **Professor Germano Marques da Silva**, na obra, “Curso de Processo Penal I”, na página 24, deverá ser uma vicissitude jurídica capaz de incidir tanto no plano individual do arguido e da vítima, como no plano mais amplo da comunidade jurídica.

Nesta medida, por esta altura, a instrução tinha o carácter de representar uma fase preliminar ao próprio processo, sendo que detinha em si uma natureza acusatória que era oriunda da vinculatividade processual ao princípio da investigação judicial. Naturalmente pese embora existisse esta característica, havia lugar a uma audiência que tinha como objectivo primordial comprovar a decisão do Ministério Público em acusar ou não acusar.

Por conseguinte perante todos os elementos que estivessem disponíveis, seguindo a posição do **Professor Germano Marques da Silva**, no seu livro, “**Do processo penal preliminar**”, página 242, a instrução o que pretendia era ser capaz de responder se haveria ou não motivo para conduzir determinado arguido a julgamento, em detrimento de haver a capacidade de responder se o sujeito “x” teria efectivamente sido o agente delituoso que cometera o crime “y”.

Quanto ao “organigrama” do processo penal propriamente dito, o mesmo assentava na realização das fases de inquérito, instrução e julgamento, de maneira a se ser capaz de garantir a imparcialidade do juiz que julgasse da causa, (o chamado juiz julgador), o que seria fundamental na procura de uma decisão que se apresentasse justa. Esta individualização de fases, surgia também da natureza acusatória do processo penal, que aliás se encontra consagrada no **artigo 32º, nº5 da Constituição da República Portuguesa**. Nesta matéria e no ano de 1998, considerava já o **Professor Germano Marques da Silva** no seu discurso na conferência sobre o processo penal em revisão, promovida pela Universidade Autónoma de Lisboa, depois publicado na obra “**O Processo Penal em Revisão**”, Comunicações, UAL Editora, na página 31 que e cita-

se (...) *O Código de Processo Penal Português vigente procurou conciliar o inconciliável: a estrutura acusatória do processo e o princípio da investigação judicial, o que, agravado pela estrutura muito deficiente da defesa oficiosa, faz com que nem o procedimento seja verdadeiramente acusatório e contraditório, nem o juiz verdadeiramente isento (...)*”

Trazendo à colação nesta matéria o entendimento do **Professor Figueiredo Dias**, o mesmo entende pelo descrito no seu livro **“Sobre os sujeitos processuais”, nas páginas 16 e 17**, que o estatuto do juiz ou do tribunal em processo penal é caracterizado consoante se esteja a falar do juiz como figura que necessariamente domina uma fase processual (seja a instrução ou o julgamento) ou, por outro lado, como entidade exclusivamente competente para praticar, ordenar e autorizar actos, os quais se venham a traduzir em ataques a direitos, liberdade e garantias constitucionalmente protegidos. Nessa medida, explica ainda que tal se deve à sua posição processual reflectir independência nos dois casos, sendo que o princípio do monopólio da função jurisdicional e do juiz natural só se vêm a reflectir quando o juiz assuma a posição de dominus de uma fase. Uma vez sendo feita menção ao princípio do juiz natural, importa nesta medida citar o **Professor Figueiredo Dias, na sua obra “Direito Processual Penal”, I, nas páginas 321 e seguintes** em que considera e cita-se (...) *“ Este princípio tem por finalidade evitar a designação arbitrária de um juiz ou tribunal para resolver um caso determinado. As normas, tanto orgânicas como processuais, têm de conter regras que permitem determinar o tribunal que há-de intervir em cada caso em atenção a critérios objectivos; não é, pois, admissível, que a norma autorize a determinação discricionária do tribunal ou tribunais que hão-de intervir no processo ” (...)*. Ainda neste mesmo domínio, e se aludirmos ao Direito Processual Penal Italiano, que muito tem debatido esta questão, actuando esta indicação apenas como demonstrativa do quão importante é este princípio a nível do Direito Processual Penal como disciplina jurídica em si mesma, vai ainda mais longe **F. Cordero, na obra, Procedura Penale, 9ª edição, do ano de 1987 nas páginas 256 e seguintes; e Delfino Siracusano, em Manuale di Diritto Processuale Penale, no seu tomo I, páginas 100 e seguintes** ao considerarem que e cita-se, traduzindo, (...) *“ A competência do juiz deverá ser fixada na base de critérios gerais fixados previamente e não depois da prática do crime e em vista ao seu julgamento de modo a assegurar a sua efectiva imparcialidade. ” (...)*

Especificamente o inquérito constituía depois o ponto alto da consagração da estrutura e paradigma acusatório que caracterizava então o Processo Penal Português, sendo nele que o Ministério Público representava o elemento responsável por uma

decisão “stricto sensu”, em vez de ser dada à instrução a faculdade de levar a uma decisão judicial.

Seguidamente haveria um momento posterior a que se chamou “*instrução*”, momento esse que sendo facultativo pretenderia controlar judicialmente a decisão final que tivesse sido proveniente do apurado em sede de inquérito, o que levaria ou não, consoante a posição que se adoptasse ao julgamento. Este nas palavras do **Professor Germano Marques da Silva** no seu discurso na conferência sobre o processo penal em revisão, promovida pela Universidade Autónoma de Lisboa, depois publicado na obra “**O Processo Penal em Revisão**”, **Comunicações, UAL Editora, na página 29** representava e cita-se (...) “*a fase nobre do processo criminal, o Código de Processo Penal vigente ajustou-a aos ideais democráticos da plena oralidade e publicidade, da contraditoriedade, da concentração e da participação dos sujeitos processuais, mormente do arguido, proibindo o julgamento sem a sua presença (...)*”

Mas voltando um pouco atrás e retomando a observação ao momento a que se chamou depois de “instrução”, o carácter **facultativo** desta fase intermédia representa no entendimento do **Professor Germano Marques da Silva** no seu livro “**Do processo penal preliminar**”, **página 247**, a possibilidade de haver lugar a instrução quando a mesma fosse requerida pelo arguido ou pelo assistente, verificados os pressupostos legais e apenas na forma de processo comum.

Predominaria por esta via o interesse da celeridade, mas, em todo o caso, o arguido não ficaria desprotegido, porque poderia sempre requerer a instrução, e no caso das formas de processos especiais, poderia recusar o processo sumaríssimo, e ainda, se necessário à sua defesa, poderia requerer a alteração do processo de natureza sumária para processo comum.

No fundo a instrução pautar-se-ia por um carácter variável sendo apenas existente quando requerida pelo arguido ou assistente.

Quanto à derradeira fase do Processo Penal, que é o julgamento, o mesmo representava o momento em que se decidia da possibilidade ou não de haver lugar a responsabilidade criminal de determinado arguido.

Aqui chegados, e pese a importância que o **Código de Processo Penal de 1987** teve, dever-se-á indicar que o mesmo foi no entanto alvo de várias alterações e

aperfeiçoamentos ao longo dos tempos, de maneira a conseguir responder a algumas exigências jurídicas que evoluíam na proporcional medida da evolução dos tempos e mentalidades, inclusivamente a jurídica, sendo disso demonstrativas as citações anteriormente realizadas no âmbito da realização de uma das suas várias reformas.

Das várias revisões que existiram, destacam-se necessariamente as de **1998** através da **lei n.º 59/98, de 25 de Agosto**, que alterou cerca de 223 artigos, tendo acrescentado outros 8, a de **2000, pelo Decreto-Lei n.º 320-C/2000, de 15 de Dezembro**, sendo que aqui as alterações de 2000 procuravam ser capazes de combater a morosidade da justiça, alterando algumas disposições sob a “bandeira processual” de que *“é direito do arguido ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”*, e de 2006, que sendo a mais contundente e tendo o maior e mais vasto leque de alterações de todas, será a que seguidamente, em sede própria será alvo de exposição doutrinária.

Ainda dentro das revisões apresentadas (exceptuando como já indicado aqui, a de 2006), em 98 há a destacar uma especial contundência reformista nomeadamente em sede de instrução, propondo-se a já apresentada lei ser capaz de alterar a disciplina processual dessa mesma fase, passando a dar mais importância à comprovação judicial em torno da decisão de acusar ou não realizar qualquer acusação.

Para que tal fosse possível consagrou-se a irrecorribilidade de todas as diligências probatórias que fossem requeridas ao Juiz de instrução criminal, limitando-se ainda o número de testemunhas, e clarificando-se também a posição de consagrar que os actos de instrução não estariam sujeitos a contraditório. (ver neste sentido **NUNO BRANDÃO**, “A nova face da Instrução”, in **RPCC, Ano 18, n.º 2 e 3, Coimbra: Coimbra Editora, (Abril/Setembro 2008), página 233.**

Naturalmente é de relativa acessibilidade perceber que a instrução saiu nesta altura reforçada com esta revisão legal, sendo que se mantinha uma realidade nefasta que era representada pelos muitos recursos de constitucionalidade existentes, quer por acção do ofendido, quer pelo direito de defesa do arguido.

Importa nesta temática lembrar o entendimento do **Professor Germano Marques da Silva**, que à data representando o papel de Presidente da Comissão de Revisão de 98, dizia (...) *“a eficácia desta fase do processo, na perspectiva de controlo judicial do*

exercício da acção penal e de meio de defesa do arguido, vai continuar a depender muito do modo como os juízes de instrução criminal entenderem a função que pela Constituição lhes é atribuída e especialmente da cultura democrática sobre a importância da defesa dos direitos dos cidadãos, ou seja, do culto da liberdade, que é um dos pilares fundamentais da vida democrática” (...).

Posteriormente a este momento de revisão de 1998, e ainda de 2000, a verdade é que o início da primeira década do novo milénio foi um período conturbado juridicamente.

Para isso muito contribuíram alguns casos mediáticos de natureza processual penal, que levantavam agora novos problemas a nível de tramitação processual, e que alertavam novamente para a possibilidade de vir a haver uma nova reforma desta matéria, dado que o Processo Penal por esta altura vivia quase num espectro de se ter tornado ” Direito de ressalto”, dado que perante a complexidade destes mesmos casos mediáticos, não tinha ferramentas jurídicas capazes de actuar na prevenção e resolução das matérias que agora iam surgindo, e que traziam consigo novas condutas criminosas, algumas delas ainda nem sequer individualizadamente previstas e codificadas e que eram alvo em consequência disso de ausência de previsões de penas concretas perante a sua ocorrência.

Uma vez tendo sido mencionada a existência de novas condutas criminosas, há que indicar concretamente que as mesmas diziam por esta altura respeito a crimes de natureza económica, mas sobretudo pela grande explosão jurídica e social que surgiu por via do conhecimento público de crimes de natureza sexual, no seu expoente máximo através do tão “famoso” processo “Casa Pia”.

Para o bem e para o mal, foi este o processo que trouxe para as luzes da ribalta a incapacidade que o Processo Penal Português tinha neste momento, para resolver situações de tamanha complexidade jurídica, e nessa medida quer se queira quer não, é certamente correcto afirmar que este foi o processo que veio consequentemente a influenciar fortemente a reforma do Processo Penal de 2006/2007.

Exemplo disso mesmo, é uma declaração do então Ministro da justiça, Dr. Alberto Costa, quando ao ser questionado por um meio de comunicação social sobre se o processo de pedofilia da “Casa Pia” tinha servido de inspiração à revisão dos Códigos Penal e de Processo Penal, o próprio ministro da Justiça, Dr. Alberto Costa, admitiu peremptoriamente: *"Sim. Quem não aprendeu com este processo?"*

Necessidade de Mudança

O processo “ Casa Pia”, e a sua influência na futura reforma processual penal

No ressaltado da matéria exposta anteriormente, considera-se que o marco jurídico, que configurou o “grito de mudança”, mais por necessidade processual do que por qualquer aventureirismo legislativo foi o mediático processo “Casa Pia”.

Este processo caracterizou-se por um conjunto de vicissitudes que acabaram por despertar, quer na “praça jurídica”, quer na sociedade, um sentimento de alerta e até por vezes de alguma impunidade que de maneira indelével levaram a uma viragem profunda da “praxis” que até então nos tribunais Portugueses se realizava.

Atentemos agora em algumas circunstâncias ocorrenciais do processo “Casa Pia” que levantaram graves problemas processuais.

Em primeiro lugar, em causa está, a própria natureza dos crimes.

Até à “explosão” deste processo, o entendimento penal e processual penal Português, há que dizer não se encontrava ainda muito desperto para os crimes de natureza sexual, ainda para mais quando em causa estavam hipoteticamente abusos desta natureza a crianças e jovens menores, e para mais estando os mesmos ao cuidado de determinada instituição que pretendia actuar como sendo o veículo da sua educação, através do seu pessoal docente e não docente.

Seguidamente a estes seguir-lhe-iam acusações em sede de crimes de lenocínio, outra realidade que não se pode dizer, à época, ser das mais recorrentes nos tribunais portugueses.

Pelo aqui apresentado, pode com convicção afirmar-se, que este processo trouxe consigo um despertar também da necessidade da protecção de vítimas indefesas, quer pela sua idade e/ou condição social, sendo estas no âmbito de distintas realidades inerentes por sua vez a relações familiares ou laborais, bem como como o reforço da defesa das crianças e adolescentes no desenvolvimento da sua liberdade sexual.

Nestas áreas, considerou-se ser fundamental e preciso, contrariar a tradição e o conformismo, que até aqui marcavam a sociedade, conduzindo a mesma a uma negação dramática da autonomia pessoal, estendendo assim em muitos casos ou aprofundando noutros a tutela penal.

Nos casos que tivessem esta natureza, entendeu-se que a intervenção penal não poderia continuar a ter apenas um efeito meramente simbólico, devendo-se ser capaz de assumir uma função preventiva e promocional dos direitos liberdades e garantias ao seu expoente máximo.

Ainda quanto aos crimes que constituíram o elenco penal deste processo, tinham uma característica, que não sendo invulgar, não era de igual maneira recorrente, e que representava o aspecto da repetição e continuação do crime.

Nesta matéria, o entendimento processual penal de então considerava que *“constituía um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico”*, porém, este entendimento, dada a vastidão de crimes continuados existentes nos autos ficava curta perante a realidade penal do processo de que se alude.

Ora esta questão do “crime continuado” é de extrema importância dado ter o processo penal de optar entre duas realidades.

Por um lado, considerando admissível entender que um crime continuado abarcaria um alargamento no tempo de determinada conduta delituosa, mantendo-se a vítima a mesma, poderia estar o processo penal a actuar deficitariamente.

Por outro, se não se considerasse a tal conduta mantida ao longo do tempo e à mesma vítima como sendo um crime continuado, e se do mesmo se entendesse que a continuação do crime seria sempre inerente a uma vítima específica, e havendo outra haveria uma nova conduta delituosa que seria também ela continuada ou não conforme se verificasse nesse caso específico, certamente estaria o processo penal, e face à realidade do processo em pausa, perante um novelo jurídico de quase impossível desenlace.

Ora uma vez sendo aplicado o primeiro critério apresentado no parágrafo anterior, daqui resultaria que aplicando o entendimento do crime continuado tendo o

tribunal decidido que o arguido “x” teria eventualmente abusado sexualmente do jovem “y”, tal só contaria como um crime independentemente do número de vezes que tivesse abusado do menor.

No entanto essa não foi a realidade verificada, na medida a que a título de exemplo, um dos arguidos deste mesmo processo acabaria por ser pronunciado por 639 crimes, incluindo abuso sexual de menores e lenocínio, tendo o Ministério Público considerado que ficaram provados, desses, 167.

Portanto daqui pode-se extrair a primeira grande lacuna processual a que se não conseguia responder com clareza, representando esta a massificação do número de crimes presentes e a ser alvo de julgamento e eventual punição.

Outra realidade que surgiu com este processo foi que à data, não havendo a obrigatoriedade legal de qualquer arguido ter de ser informado dos factos que concretamente se lhe imputavam e das possíveis provas existentes contra a sua pessoa antes de ser interrogado, os mesmos se remetiam ao silêncio no sentido de não se comprometerem com qualquer intervenção que tivessem.

Ora perante esta realidade não tinha o processo penal a capacidade de obter do arguido as declarações que entendesse necessárias para a descoberta da verdade e estava criado um impasse de tramitação processual.

Ainda neste domínio admitia-se a aplicação da medida de prisão preventiva sem previamente dar a conhecer a determinado arguido o motivo da mesma, o que posteriormente em sede de actuação da defesa do arguido representava um motivo para apresentar recursos e medidas dilatórias como por exemplo aconteceu com o arguido e conhecido apresentador Carlos Cruz.

Uma vez tendo existido o facto de ter estado em prisão preventiva sem ter conhecido os factos de que era acusado e quem o acusava, tornou-se posteriormente esta uma das razões invocadas pelo apresentador, e também arguido no processo, para criticar a forma como decorreu a investigação, argumentando que viu diminuídos os seus direitos de preparação da defesa, o que a sermos sinceros, em certa medida, não se pode considerar errado.

Por outro lado sentiu-se que a medida de aplicação de prisão preventiva acabava com este processo por estar demasiado banalizada, isto desde logo porque a mesma não estava legalmente destinada a situações penais concretas como posteriormente passou a acontecer, restringindo-se esta medida de coação como sendo a mais gravosa e a aplicar quando em causa estivessem crimes com pena superior a cinco anos. (desta realidade se considerará mais adiante neste capítulo).

Também o modelo de recolha de prova se apresentava de extenuante realização, desde logo porque à data do processo em causa, em sede de interrogatórios, não havia limites, sendo nessa medida posteriormente impostos limites que na altura das detenções efectuadas no âmbito do processo “ Casa Pia” não existiam, como por exemplo os adstritos aos interrogatórios a serem feitos pela noite dentro.

Uma terceira dimensão, que se quisermos, detêm, contornos de legitimidade processual suscitada por este processo, foi ainda o das escutas e obtenção de comunicações.

A dada altura o processo aqui mencionado, parecia estender-se a vários quadrantes da sociedade, em vários dos seus domínios, e assim, um processo que inicialmente começou por averiguar de um conjunto de condutas que eventualmente haviam existido dentro de uma instituição, dos seus alunos e funcionários, alargou-se rapidamente a outros quadrantes da sociedade como por exemplo à política, à medicina e à própria televisão.

Estava, digamos, que montada uma “teia criminológica” a que o processo penal mais que não ser capaz de responder, também não conseguia demarcadamente entender até que ponto se poderiam considerar lícitas as diligências probatórias.

Exemplo desta mesma realidade, é em matéria de escutas telefónicas, o facto de algumas altas patentes políticas terem sido arrastadas para a ribalta deste processo, sem que posteriormente se tenha vindo a entender provado essa mesma necessidade e mais que isso a sua culpabilidade ou intervenção nas condutas criminosas inerentes a este processo.

Relembre-se nesta medida o caso do Dr. Paulo Pedroso, ou até mesmo do, à época, líder do Partido Socialista Dr. Ferro Rodrigues que mesmo tendo sido alvo de absolvição o primeiro, e abandono processual o segundo, passaram ambos a carregar

consigo para o resto da sua vida, tendo inclusive a sua carreira política sido posta em causa (a do primeiro terminado e a do segundo ficado suspensa por sua decisão), por isso, o fardo da dúvida social.

Mais que isso, a eles correspondeu, e imposto pela sociedade civil, um juízo de dúvida e condenação em praça pública mesmo que processualmente a realidade inerente às suas pessoas tenha sido outra completamente distinta.

Finalmente, e consequência de tudo o até este ponto apresentado, importa ainda referir que com este processo mediático, também se sentiu a necessidade, partilhando deste sentimento, pelo que se lhe seguiu, o próprio legislador, de mudar uma das características mais contundentes do Processo Penal Português representado pela sua profunda solenidade em matéria de segredo de justiça. Em verdade já em 1998 considerava o **Professor Germano Marques da Silva** no seu discurso na conferência sobre o processo penal em revisão, promovida pela Universidade Autónoma de Lisboa, depois publicado na obra **“O Processo Penal em Revisão”, Comunicações, UAL Editora, na página 38** que, e cita-se (...) *“ Uma questão de moda na sociedade Portuguesa, mas não só, respeita à problemática do segredo de justiça (...) e não se vislumbra que tenha solução satisfatória a breve prazo, porque nela convergem interesses acentuadamente divergentes e , nomeadamente, de conflito entre valores igualmente importantes numa sociedade livre e democrática: os da Justiça, da honra das pessoas e da liberdade de informação (...)”*

A este título pode ilustrar-se a realidade processual penal Portuguesa, como uma das que mais se encontrava “virada para si mesma”, não sendo à época acessível à esmagadora maioria dos cidadãos ter acesso aos autos processuais, dificuldade essa que se mantinha muitas vezes existente até para com as partes dos processos.

Por isto mesmo, levantaram-se as primeiras vozes jurídicas que defendiam que o processo penal, a bem da transparência processual deveria estar aberto à sociedade civil, podendo esta sempre que entendesse ter acesso aos autos e elementos processuais nas formas previstas que se viessem a consagrar por lei.

Entende-se ter sido a partir daqui que o paradigma processual penal português passou a ter laivos de mudança, o que concretamente ao que interessa nesta dissertação desembocou na criação e alargamento da figura jurídica do assistente e suas competências, e que em sede própria será devidamente trazido à colação.

Utilizando um adágio popular “ como não há bela sem senão”, tornou-se no entanto inevitável, que ao se entender dever alargar o acesso dos autos processuais a um mais vasto número de elementos, tal preço não saiu barato ao basilar princípio do processo penal que é representado pelo segredo de justiça, e neste âmbito uma vez mais considerava o **Professor Germano Marques da Silva** no seu discurso na conferência sobre o processo penal em revisão, promovida pela Universidade Autónoma de Lisboa, depois publicado na obra **“O Processo Penal em Revisão”, Comunicações, UAL Editora, na página 39** que e cita-se (...) “ *Entretanto, e sobretudo relativamente àquele tipo de criminalidade que hoje faz as delícias da comunicação social – a criminalidade económica e política -, os jornais, televisões e rádios, invocando frequentemente como fontes as próprias autoridades policiais e judiciárias, lá vão dando notícias sobre o processo que continua a gatinhar, enquanto, com a sua dinâmica própria, os media não só dão a notícia do crime, como o investigam ao jeito que lhes é próprio, condenam o eventual agente e executam a pena na praça pública, sem que o arguido nada mais possa fazer senão desesperar e recorrer mais uma vez aos tribunais, cuja ineficácia neste domínio ultrapassa todos os limites da razoabilidade, por razões que têm que ver com a lentidão do sistema, mas também pelo conflito de valores que a questão congrega. (...)*”

Daqui, advieram assim também, alterações na reforma penal que em 2006/2007 aconteceu, mas que dessas se explicitará seguidamente com vasto detalhe.

Alterações e novidades inerentes à reforma de 2006/2007

A primeira abordagem a esta matéria tem de ser inequivocamente a consideração de que o Processo Penal representa Direito Constitucional aplicado, e nessa medida parece correcto considerar que todas as alterações que se realizaram, nomeadamente as que aqui observaremos, pretenderam ser capazes de conciliar numa escala condizente com a sua importância, a defesa da vítima, e a eficácia processual com as garantias de defesa. Ainda no âmbito desta delimitação conceptual considerava já também o **Professor Manuel Cavaleiro de Ferreira, na obra “ Curso de Processo Penal”, I, Lisboa, no ano de 1986, na página 9**, que o Direito Processual Penal deveria ser o conjunto de normas jurídicas que disciplinam a aplicação do direito penal aos casos

concretos, ou, noutra fórmula não menos expressiva, o conjunto das normas jurídicas capazes de orientar e disciplinar o processo penal.

Com a capacidade de garantir estes três domínios entendeu-se que estariam criadas as condições para que se cumprisse o artigo 32º da **Constituição da República Portuguesa** (doravante mencionada por CRP), no seu artigo 2º, conseguindo associar-se a presunção de inocência, presunção basilar do nosso Processo Penal, com a celeridade do julgamento, que como compreendemos sustenta ou retrai, conforme varie o seu tramitar, a anterior mencionada presunção. Apenas para um enquadramento doutrinário considera-se útil indicar as palavras do **Professor Germano Marques da Silva** obra “**Curso de Processo Penal**”, I, na página 81 em que quanto ao princípio da presunção de inocência, considera que este assenta e cita-se (...) “ *no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que aliados à soberania do povo e ao culto da liberdade constituem os elementos essenciais da democracia (...)*. Não se ficando apenas por esta consideração, continua ainda o Professor as suas considerações indicando que, e já na página 82, novamente se citando (...) “ *Nas suas origens, o princípio teve sobretudo o valor de reacção contra os abusos do passado e o significado jurídico negativo de não presunção de culpa. No presente, a afirmação do princípio, quer nos textos constitucionais, quer nos documentos internacionais, ainda que possa também significar reacção aos abusos do passado mais ou menos próximo, representa sobretudo um acto de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda a sociedade livre (...)*”.

Como consequências do que antes se indicou, considera o Professor que e cita-se (...) “ *Esta atitude político-jurídica tem consequências para toda a esfera do processo penal que, assim, há-de assentar na ideia força de que o processo deve assegurar todas as necessárias garantias práticas de defesa do inocente e não há razão para não considerar inocente quem não ainda foi solene e publicamente julgado culpado por sentença transitória (...)*”.

Regressando ao raciocínio matricial, importa reter que a revisão do Código de Processo Penal que levou à reforma de 2006/2007, foi na realidade extensa e diversificada, pelo que abrangeu necessariamente um variado leque de institutos processuais, como sendo os actos processuais, os sujeitos processuais, a prova, quer nos seus meios de obtenção quer na sua admissibilidade, nas medidas de coação e de garantia patrimonial, e naturalmente como não podia deixar de ser nas suas três fases processuais propriamente ditas.

Uma das grandes novidades que revela o novo paradigma de entendimento processual penal que surgiu com esta reforma, incide em larga medida sobre o **princípio da publicidade**, princípio este que no entendimento de **Manuel Santos Simas**, no seu livro “**Noções de Direito Penal**”, página 55, nos é apresentado como sendo de extrema importância, pelo que nessa medida se cita (...) “ *O princípio da publicidade tem na sua base a ideia de que, salvo os casos em que a lei o impeça, o debate instrutório e os actos processuais, na fase de julgamento – todos os actos, antes da alteração introduzida pela lei nº 26/2010, de 30 de Agosto – estão submetidas à regra da publicidade, isto é, decorrem ou devem decorrer na presença ou sob o controlo de pessoas estranhas à sua directa condução, isto é, não só dos interessados, mas em certas circunstâncias, do público em geral (...)*”. Indo ainda nesta matéria mais longe continua Manuel Simas Santos a sua exposição, considerando ainda na mesma página que, e de novo citando o próprio (...) “ *A sua meta é, pois, garantir aos diversos intervenientes processuais - arguidos, ofendidos, assistentes, parte civis – a possibilidade de sindicar e vigiar a forma como o tribunal se incumbe da condução do caso concreto; de facultar à comunidade avaliar o modo como as suas instituições administram a justiça; e ao tribunal ganhar apoio para poder convencer os cidadãos da bondade das suas decisões (...)*”

Já o **Professor Germano Marque da Silva**, na obra “**Curso de Processo Penal I**”, páginas 86 e seguintes considera quanto ao princípio da publicidade que este tem também uma “veia” política, presente pela seguinte forma, e cita-se (...) “ *O princípio da publicidade tem uma justificação eminentemente política, manifestando-se, na sua formulação actual, como uma conquista do pensamento político liberal. A publicidade do processo foi reivindicada pelo pensamento liberal como instrumento de garantia contra as manipulações da justiça de gabinete, característica da época do absolutismo, como meio de controlo da Justiça pelo povo, primeiro, e como instrumento de fortalecimento da confiança do povo nos tribunais, depois. (...)*”

Uma vez tendo sido realizadas estas citações, e estando em causa a observação deste princípio processual, será certamente legítimo considerar que quanto à sua importância, é a doutrina e a jurisprudência pacífica, senão vejamos disso mais um exemplo, agora pelas palavras do **Professor Figueiredo Dias**, que na sua obra, “**Direito Processual Penal, I Volume.**”, nas páginas 222 e 223, considera que, e cita-se (...) *o processo penal desempenha uma função comunitária, que é assunto da comunidade jurídica, bem se compreende a sua publicidade como forma óptima de dissipar quaisquer desconfiças que se possam suscitar sobre a independência e imparcialidade com que é exercida a justiça penal e são tomadas as decisões (...)*”.

Ainda assim, e quase num espectro messiânico, considerou o **Professor Germano Marque da Silva**, na obra “**Curso de Processo Penal I**”, páginas 87 e 88,

que o princípio da publicidade pode ser contudo causador de alguns problemas de segurança dos dados processuais, na medida em que considerou e efectuou mesmo uma divisão de conceitos, ilustrada pela existência de publicidade mediata e imediata, citando-se então das palavras do próprio, que (...) “ *a publicidade mediata, ou seja, aquela que se obtém mediante a interposição de um qualquer meio de comunicação social entre os actos processuais e o público. A publicidade mediata é uma questão muito delicada, complexa e grande actualidade. Por uma parte, a narração objectiva dos actos processuais pelos meios de comunicação social realiza também a função política própria da publicidade do processo, mas a narração parcial, acompanhada de juízos de opinião, muitas vezes disfarçados de simples narração de factos, pode ser extremamente negativa, não só para a confiança na Justiça, mas sobretudo como criminosa violação dos direitos do arguido e mesmo dos demais intervenientes processuais. (...)*”

Nessa medida urge agora observar desde já, e ainda que de maneira sucinta, qual a importância e incidência que esta mesma mudança de paradigma, realizou na prática, em cada uma das fases processuais propriamente ditas.

Mesmo ainda antes de as mencionar, e por uma questão sequencial lógica na exposição da matéria, importa porém, trazer à colação o entendimento que se passou a considerar ser o correcto e a aplicar, nomeadamente a nível de impulso processual, pelo que assim é importante referir que se manteve a capacidade de serem os órgãos de polícia criminal, o elo processual que emite a notícia de crime ao Ministério Público, mantendo-se também o critério de que tal faculdade deve ser cumprida no menor espaço de tempo possível. Uma vez falando do Ministério Público, importa desde já mencionar pelo entendimento do **Professor Germano Marque da Silva**, na obra “ **Curso de Processo Penal I**”, na página 241, que o mesmo representa o órgão do Estado ao qual compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a acção penal e defender a legalidade democrática. De igual modo, dando destaque à importância do Ministério Público, entendia-o **Cunha Rodrigues**, na obra “ **Em nome do Povo**”, **Coimbra do ano de 1999**, como sendo, e cita-se (...) “ *um órgão de administração da justiça autónomo, organizado hierarquicamente para representar o Estado, exercer a acção penal, participar na execução da política criminal, defender a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar (...)*”

Mas retomando a observância inicial que se estava a seguir entre o espaço de tempo que envolve a notícia do crime e o Ministério Público, a maior novidade neste

domínio foi o balizar do conceito de “menor espaço de tempo possível” num prazo que nunca pode exceder 10 dias.

Nas situações em que o impulso processual dependesse de denúncia anónima, determinou-se que a mesma só tem legitimidade para desencadear a realização de inquérito quando de si própria se conseguirem retirar indícios da realização de determinado crime, ou quando a mesma represente ela própria um crime. (por exemplo em crimes contra o bom nome).

Seguidamente, nesta possibilidade, a autoridade judiciária tem o dever processual de informar o titular do direito de queixa ou da participação que existe uma denúncia. Em matéria de identificação de quem é considerado titular do direito de queixa, considera o **Professor Germano Marque da Silva**, na obra “ **Curso de Processo Penal I**”, **página 263**, que e cita-se (...) “ *o titular do Direito de queixa é, em primeiro lugar, a pessoa ofendida, considerando-se como tal o titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação (...)*”. Nessa medida e em contraposição ao anteriormente indicado, pode-se trazer à colação o entendimento do **Professor Cavaleiro de Ferreira**, na obra “ **Curso de Processo Penal**”, **tomo I, do ano de 1981 na página 130**, onde considerava, à época, e cita-se (...) *Não é ofendido qualquer pessoa prejudicada pelo crime: ofendido é somente o titular do interesse que constitui objecto da tutela imediata pela incriminação do comportamento que o afecta. O interesse jurídico mediato é sempre o interesse público, o imediato é que pode ter por titular um particular (...)*.” Ainda em sede de denúncia e procurando o combate às que sendo manifestamente infundadas, acabavam por massificar o processo penal, sem razão que devesse levar a tal acontecimento, consagrou-se que toda a denúncia que seja realizada em anonimato que venha a não levar a abertura de inquérito, é imediatamente destruída. (**ver artigo 246 do Código Processo Penal, no seu número 7**)

Esclarecidas estas posições preliminares, vejamos então agora, as já mencionadas alterações ocorridas relativamente a cada uma das fases processuais.

Em primeiro lugar, e em sede de *inquérito*, o Ministério Público passou a ter a possibilidade de poder determinar a chamada “publicidade externa” processual. Para que tal aconteça passou a dever ser o arguido chamado a concordar, tendo ainda de haver a certeza que com este modo de actuação, o terminar do segredo de justiça não

venha a ser condição pejorativa quer para a investigação, quer para os sujeitos e vítimas processuais.

Tendo sido mencionado o “*segredo de justiça*”, é importante ter a noção, que pese embora com este novo paradigma, se tenha passado a atribuir ao processo penal uma natureza pública, tal não é equivalente a entender o “segredo de justiça” como um elemento a desconsiderar durante toda a tramitação processual.

Tal vem garantido, como se pode observar pelo artigo **86 do Código de Processo Penal, no seu número 8**, através de uma redacção clara e inequívoca que versa que (...) “*O segredo de justiça vincula todos os sujeitos participantes processuais, bem como as pessoas que, por qualquer título, tiverem tomado contacto com o processo ou conhecimento de elementos a ele pertencentes (...)*”

Na *instrução* esta possibilidade não apresenta os mesmos contornos legais, pelo que se passou a entender que durante a mesma, unicamente o arguido tem a faculdade de se opor à aplicação da publicidade externo do processo, conforme também preceituado no artigo **86 do código de Processo Penal**, daqui em diante designado de “CPP”.

A nível do segredo interino do processo penal, o mesmo foi também alvo de algumas restrições.

Desde logo arguido, assistente e ofendido, e retirando todas as situações em que se entenda que delas possa resultar um qualquer prejuízo para os direitos inerentes aos envolvidos e para com a própria investigação, têm acesso aos autos em sede de inquérito. Terminado este, todos os sujeitos processuais anteriormente mencionados podem exercer consulta sobre qualquer elemento do processo, a menos que uma vez mais a bem do interesse superior da investigação, o juiz impeça essa possibilidade, atrasando-a por um prazo de três meses, prazo, esse, que não é prorrogável. (**ver artigo 89 CPP**)

Assim sendo, é altura de abordar outra das grandes bandeiras de natureza processual existente, bandeira essa, cujo brasão de armas é a **celeridade processual**, que uma vez mais na obra já mencionada de **Manuel Simas Santos**, agora na **página 48**, nos é apresentado de maneira muito clara, citando-se uma vez mais o autor ao considerar que (...) “*O princípio da celeridade processual impõe que o processo penal se desenvolva*

e conclua no mais curto espaço de tempo possível, de modo a poder dar realização efectiva ao direito penal de que é instrumento (...)”. Ainda quanto à delimitação de conceito que a este princípio processual diz respeito, continua **Manuel Simas Santos** a sua exposição, considerando ter este três objectivos primordiais, representados pelos objectivos de, e cita-se (...) “ *por um lado evitar um desnecessário sofrimento para o próprio arguido, porque a incerteza da decisão e a ameaça da pena que sobre ele paira pode significar e frequentemente significa o condicionamento da sua vida pessoal e profissional, e até mesmo a sua liberdade; por outro, furta o ofendido a consequências perniciosas, na medida em que quanto mais cedo houver decisão (e decisão justa) mais cedo ele retomará a paz, mais cedo ele retomará confiança na sociedade que lhe fez justiça; e finalmente porque tranquiliza a sociedade, e uma vez que a paz social assenta em grande parte na certeza de que os criminosos são condenados e os inocentes absolvidos, não deixando, pois, que germine a ideia da impunidade e o descrédito da justiça (...)*”

Já o **Professor Germano Marque da Silva**, na obra “ **Curso de Processo Penal I**”, **páginas 79 e seguintes**, considera quanto a este princípio processual que, e cita-se (...) “ *A celeridade processual é uma exigência de que decorre o artigo 32º, nº2, da CRP e também do artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A celeridade na conclusão do processo é do interesse do arguido e, por isso, foi erigida em garantia constitucional, mas é também do interesse do ofendido e da comunidade, é também condição importantíssima para a realização dos fins do direito e das sanções penais (...)*”. Como consequência do que se disse anteriormente, vai ainda mais longe o Professor ao considerar que, e cita-se novamente (...) “ *Um processo que se arrasta durante longo tempo, por tempo superior ao necessário para o esclarecimento da suspeita e para assegurar ao arguido a preparação da sua defesa, converte-se frequentemente num sofrimento para o próprio arguido (...)*”

Assim, desde logo, e pretendendo promover a aceleração das fases iniciais dos processos e evitar recursos de natureza interlocutória, consagrou-se ainda que unicamente a ausência de actos que tivessem carácter de obrigatoriedade se tornam capazes de gerar, para arguição de nulidades, a insuficiência da instrução e do inquérito, **(ver artigo 120 nº2, alínea D do CPP)** mantendo-se porém a condição anterior a esta reforma no que ao despacho de pronúncia diz respeito, mantendo-se a impossibilidade de interpor recurso do mesmo quando este se apresentar concordante com a acusação que haja já sido apresentada pelo Ministério Público.

Ainda tendo em atenção a **celeridade processual**, quando perante processos de natureza especial, consagrou-se que os mesmos estão dispensados da fase de instrução ao passo que nos crimes de natureza particular, se manteve a legitimidade de dar ao assistente o direito de deduzir acusação particular. **(ver artigo 285,Nº1 do CPP)**.

Tendo o Ministério Público tido o poder de direcção do inquérito, entende-se só o próprio ter a capacidade para avaliar a existência de indícios que sejam ou não, suficientes para conduzir o arguido a julgamento, e uma vez não se verificando esses mesmos indícios, não se entende que o arguido tenha a legitimidade em pedir por seu interesse a abertura da instrução, sendo o assistente a fazê-lo, reafirmando o cunho da acusação de natureza particular.

Finalmente, também nesta matéria da **celeridade processual**, o âmbito de aplicação do processo na sua vertente sumária foi alvo de alargamento, tornando-o agora obrigatório para todos os casos de detenção em flagrante delito, estando em causa crimes puníveis com pena de prisão não superior a cinco anos, e passou ainda a admitir-se o recurso a detenção em flagrante delito quando esta seja imediatamente precedida da entrega do detido a autoridade judiciária ou à entidade policial competente, conforme resulta da redacção do artigo **381, nº1 alíneas a e b do CPP**.

Já os processos de natureza abreviada mantiveram-se para crimes alvo de penas de prisão que não superiores a 5 anos, sendo que se delimitou de maneira concreta, conceitos como os de “prova simples” e “prova evidente”, passando as mesmas a ter estes contornos sempre que se tenha detido o agente delituoso em flagrante delito, e o consequente julgamento não possa tramitar sumariamente, ou sempre que se esteja perante provas que assentem em testemunhas presenciais ou documentos.

Quanto aos processos sumaríssimos há a destacar a consagração do artigo **397 do CPP**, que entrega ao juiz, sempre que entender que a pena que se propõe não seja capaz de garantir o real intuito da punição, a capacidade de ordenar uma outra, ainda que para isso tenha de haver a concordância do arguido e do Ministério Público.

Atentemos agora nas alterações ou novidades que esta nova reforma trouxe consigo nomeadamente para com as partes processuais.

Comecemos pelo **arguido**:

Ser arguido é antes de mais corresponder a uma condição “sine qua non” de direitos processuais, condição essa que até pode ser requerida por iniciativa do próprio suspeito, sendo que, como anteriormente já se mencionou, esta é uma possibilidade que se mantém vedada sempre que à notícia de crime estejam ligadas imputações manifestamente infundadas. Numa expressão assertiva, e ainda que tenha sido publicada

numa obra de direito processual penal à imagem do ordenamento jurídico processual penal de Macau, concretamente na obra “ **A Figura do Arguido no contexto do Código e Processo Penal de Macau**”, de **Leal Henriques**, crê-se poder enquadrar o entendimento que aí se apresenta como ilustrativo do que representa ser arguido, também para o ordenamento processual penal Português, considerando-se que este representa “ *todo aquele em relação ao qual há indícios suficientemente seguros de que cometeu um ilícito criminal*”.

Outra consideração, também a nível conceptual é a do **Professor Germano Marque da Silva**, na obra “ **Curso de Processo Penal I**”, páginas 285 e seguintes, considerando que e cita-se (...) “ *O Código de Processo Penal não nos dá directamente o conceito de arguido, ao contrário do que sucedia no CPP/29. Há de ser por via indirecta, tomando como base os elementos fornecidos pelos artigos 57º a 59º e a definição de suspeito (...)*”, pelo que adiante termina considerando (...)” *Parece-nos ,assim, não poder definir-se o arguido como aquele sobre quem recaia “ fundada suspeita de cometimento de um crime”, mas antes como sendo a pessoa que é formalmente constituída como sujeito processual e relativamente a quem corre processo como eventual responsável pelo crime que constitui objecto do processo(...)*”

Ultrapassada a delimitação conceptual existente, urge indicar que o arguido tem ainda o direito a ser obrigatoriamente informado daquilo que se lhe imputa, isto mesmo antes de lhe ser exigido que preste toda e qualquer declaração, conforme resulta do artigo 61, nº1, alínea c do CPP, artigo este que segundo o entendimento do **Professor Paulo Pinto de Albuquerque**, na obra “ **Comentário do Código e Processo Penal: à luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**”, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica na página 177, na nota número 1, concretiza Direito Constitucional Português e direito internacional dos direitos humanos, vinculativo para o Estado Português, enumerando em seguida, ainda que aqui não caiba realizar essa mesma enumeração, todos os direitos que ao arguido estão adstritos. De uma forma sucinta, e pelo entendimento do **Professor Germano Marque da Silva**, na obra “ **Curso de Processo Penal I**”, 298 e seguintes, importar mencionar do já indicado artigo 61, que dele se podem extrair os direitos do arguido no que toca a direito de presença; a uma audiência; o direito à informação como também já se mencionou; o direito ao silêncio se dele decidir usar; a ter um defensor; a intervir no inquérito e na instrução e ainda o direito ao recurso.

Estando o arguido já em sede de primeiro interrogatório judicial de arguido detido, consagra-se o dever do juiz ter de informar o arguido de todos os seus direitos, dos factos que lhe são imputados, dos motivos que por isso desencadearam a sua detenção, e naturalmente das provas e dos meios de prova que estão adstritos à sua situação jurídica e processual. Esta informação das provas e dos meios de prova, é de salientar, podem ser restringidos, se mais uma vez, com a sua comunicação, se colocar em causa a descoberta da verdade, os meandros da investigação ou quaisquer direitos inerentes às partes envolvidas enquanto sujeitos processuais.

Uma vez falando de interrogatórios, legislou-se também sobre os fusos horários em que os mesmos se pudessem realizar, e nessa medida, consagrou-se que o arguido apenas pode ser alvo de interrogatório em sequência à sua detenção, desde que seja o próprio a solicitá-lo por entender que dessa maneira estão salvaguardados os seus direitos processuais, ou naturalmente se em causa estiverem crimes graves, entre as 0 e as 7 horas.

Consagrou-se ainda que todos os interrogatórios não podem exceder 4 horas de execução, sendo que ao terminarem as mesmas, só poderão os interrogatórios ser retomados por idêntico período e tempo, e após um intervalo de uma hora se do mesmo dia se tratar. (**ver artigo 103, nº3 e nº4 do CPP**) Todas estas considerações são de extrema relevância, assim como de extrema relevância será a sua violação, pois tal implicará necessariamente a **nullidade** de todas as declarações que venham a ser prestadas, não podendo as mesmas servir como prova. (**ver artigo 103, nº5 do CPP**).

Aproveitando que se está a trazer à colação o "universo" inerente ao arguido, deve-se também efectuar uma ligação entre este e as circunstâncias que passaram a envolver questões como as buscas domiciliárias. Nas palavras de **Henriques Eiras, na obra, Processo Penal Elementar, 4ª edição, nas páginas 78 e seguintes** considera-se haver lugar a buscas quando e cita-se (...) "*os objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova, ou o arguido ou outra pessoa que deva ser detida se encontrem em lugar reservado, ou não livremente acessível ao público (...)*". Em sentido coincidente considera também o **Professor Germano Marque da Silva, na obra "Curso de Processo Penal II, na página 193**, e indo até mais além, dado que na página 194 considera concretamente que, e cita-se (...) "*As buscas domiciliárias só podem ser ordenadas e autorizadas pelo juiz e efectuadas entre as 7 e as 21 horas (...)* o artigo 34º nº2, da CRP determina que a entrada no

domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstas na lei. (...)”.

As mesmas passaram a ser admitidas em período noturno, desde que entre as 21 e as 7 horas quando estando perante crimes de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada e nas demais previsões do **artigo 177 do CPP**, tendo naturalmente de haver uma autorização a ser emanada do juiz, mas essa mesma iniciativa pode ser assumida pelos órgãos de polícia criminal ou pelo Ministério Público (tendo de haver no entanto sempre uma validação judicial) nos casos de flagrante delito, o que também está previsto por **Henriques Eiras, na obra, Processo Penal Elementar, 4ª edição, na página 79**. Toda esta temática está devidamente consagrada na **Lei Constitucional nº1/2001**, devendo a mesma articular-se com o **artigo 34, nº3 da CRP**.

Quando se estiver perante uma situação que desagúe na suspensão provisória do processo, é importante referir que a mesma passa a poder ser requerida pelo arguido e também pelo assistente, pelo que dessa maneira acaba por se circunscrever a ausência de antecedentes criminais, de maneira a que se exija sim, a ausência de uma condenação ou outra suspensão provisória processual análoga e que seja anterior a esta.

Nos casos de violência doméstica e de natureza sexual, que de resto configuram tipos de crimes, que tal como o processo penal em geral, passaram do espectro do privado para o público, uma vez os mesmos não tendo sido agravados pelo resultado que desencadearam, permite-se a possibilidade de haver um arquivamento determinado pelo Ministério Público.

Num parágrafo de carácter apenas de apontamento (porque extensamente se abordará esta matéria noutro capítulo desta dissertação), importa dizer que das principais e mais visíveis alterações que se fizeram sentir para com a figura processual do assistente estão em primeiro lugar o prazo, tendo o mesmo passado para 10 dias, quando anteriormente se encontrava legislado o prazo de 8 dias, isto, procurando responder à sua escassez. (Deve nesta matéria atender-se ao **artigo 68 do CPP, nos seus demais números e alíneas**)

Ainda assim, importa desde já deixar a nota introdutória, e que naturalmente como já se indicou no capítulo próprio, será devidamente alvo de estudo, houve um claro reforço do papel do assistente a nível processual, havendo não só um alargamento a todos aqueles que podem requerer esta condição, como ainda no sentido de este se

poder fazer acompanhar inclusive por advogado mandatado em todas as diligências processuais em que intervier. (**Ver artigo 70, nº 1 e nº3 do CPP**) Nesta medida deve-se salientar uma vez mais o entendimento do **Professor Paulo Pinto de Albuquerque**, na obra “ **Comentário do Código e Processo Penal: à luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**”, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica na página 214, na nota número 1, onde expressa claramente nas suas palavras esta realidade, sustentando inclusive a própria com a norma prevista no Estatuto da Ordem dos Advogados Portugueses que igualmente a prevê.

Testemunhas

Tendo já sido observadas as principais novidades legais inerentes ao arguido e ao assistente debrucemo-nos agora sobre as testemunhas, conceito que como expressa o **Professor Germano Marques da Silva**, na obra “**Curso de Processo Penal**”, **II**, na **página 141**, deriva e cita-se (...) “ *do latim testis e tem a sua origem nas palavras “antesto, antisto”, indicando a pessoa que se coloca directamente em face do objecto e conserva a sua imagem, como mero espectador. A testemunha é chamada a depor sobre as suas percepções de factos e circunstâncias passadas, não relevando as suas opiniões sobre o alcance dos factos ou juízos de valor sobre ele (...)*”

Posta esta consideração inicial, em primeiro lugar e quanto ao direito em recusar depor como testemunha, o mesmo passou a abarcar todas as condições e convivência que apresentem traços análogos à dos cônjuges, quando estejam em causa pessoas do mesmo sexo.

Será correcto afirmar que tal mudança se deve em grande parte às alterações que também recentemente nesta matéria se fizeram sentir em sede de Direito Civil, sendo que aqui não se abordará esmiuçadamente essa mesma questão. Ainda assim, para esta matéria deve ser alvo de observação o **artigo 134 do CPP, no seu nº 1, alínea b)**

Relativamente a matérias de invocação de excepção da capacidade de depor como testemunha, importa ainda uma alusão ao segredo profissional, e neste domínio passou a exigir-se para a exigência da sua quebra, o conceito preponderante, devendo referir-se a absoluta imprescindibilidade de determinado depoimento, a gravidade do crime em causa ou a necessidade de proteger bens jurídicos para se poder exigir o mesmo. (**ver artigo 135, nº3 do CPP**). Ilustrativo da quão debatida é esta questão nos meandros jurídicos, socorramo-nos da posição expressa pelo **Professor Germano**

Marques da Silva, na obra “Curso de Processo Penal”, II, na página 149, onde expressa que, e cita-se (...) “ Esta questão tem sido muito controvertida. Estão em causa dois interesses públicos conflitantes: o interesse na descoberta da verdade para a realização da Justiça, por uma parte, e o interesse também público do dever de segredo relativamente a certos estados ou profissões, segredo que se destina a garantir o pleno exercício da função ou profissão, por outra. A questão essencial reside em determinar no caso em concreto qual dos interesses deve prevalecer (...)”

Por outro lado, permitiu-se ainda, sobretudo na busca de protecção de testemunhas em circunstâncias muito específicas, que as mesmas, uma vez nessa realidade, passassem a poder indicar como local de permanência, não só a sua residência como qualquer outra residência à sua escolha, entendendo-se com esta medida conseguir responder a possíveis retaliações que as testemunhas pudessem ser alvo por via das suas moradas de habitação se tornarem públicas por acção das notificações judiciais.

Toda e qualquer testemunha, até porque tem sempre a hipótese de se poder a seu pedido ou não converter em arguido, passou inequivocamente a ter a possibilidade de se fazer acompanhar por advogado, que não só a deverá advertir e alertar de todos os seus direitos legais, mas que não pode intervir quando a testemunha esteja a ser inquirida. (ver nesta matéria o **artigo 132 nº 4 do CPP**).

Volvidas estas matérias, serão agora alvo de apreciação as alterações mais incisivas que a grande reforma de 2006/2007 aplicou, nomeadamente em sede de perícias, provas, interceptação e gravação de correspondência e aplicação de medidas de coacção e garantia patrimonial, com especial destaque no âmbito das primeiras, à prisão preventiva.

Fazendo jus ao adágio popular de que “por vezes os últimos são mesmo os primeiros”, é mesmo por aí que se vai iniciar este momento de exposição temática.

O regime da prisão preventiva foi alvo de introdução de alterações muito incisivas. Desde logo importa mencionar que a mesma se enquadra prevista no **artigo 193 do CPP**, e passou a ser matricial para a sua evocação, o princípio da necessidade articuladamente com os princípios da adequação e proporcionalidade. (**ver nºs 1 e 2 do já mencionado artigo 193 do CPP**)

Ilustrativo desta mesma realidade, é a exigência de princípio de só se poder aplicar a privação da liberdade (mesmo em casos de obrigação de permanência na residência), quando todas as outras medidas possíveis e que sejam menos gravosas não forem capazes de acautelar as necessidades processuais existentes.

Numa expressão que hoje em dia está jurídica e socialmente absolutamente gasta, a prisão preventiva passou a ser vista como uma medida de “ultima rácio” de entre o leque das várias medidas de coacção que se podem aplicar, ao passo que manteve a característica de ser também uma medida de protecção. É disto mesmo ilustrativo o entendimento de **Henriques Eiras na obra “Processo Penal Elementar”, 4ª edição na página 64** ao entender que a prisão preventiva é uma medida de e citando (...) “*ultima rácio, aplicável quando houver fortes indícios da prática de crime doloso (...)*”. De igual modo nesta matéria considera também o professor **Germano Marques da Silva, na sua obra, “Curso de Processo Penal II”, nas páginas 277 e seguintes** que, e cita-se (...) “*A prisão preventiva (...) é a mais grave das medidas de coacção, só sendo aplicável quando forem inadequadas ou insuficientes as demais medidas de coacção (...)*”, indicando mesmo que (...) *a excepcionalidade e subsidiariedade da prisão preventiva resulta da própria constituição. A liberdade é a regra, a prisão preventiva a excepção (...)*”.

Os prazos da mesma passaram regra geral a ser reduzidos, de maneira a afirmar o carácter de excepcionalidade que se pretende adstrito a esta medida, sem no entanto por em causa os fins cautelares que também a caracterizam, como aliás, já se mencionaram anteriormente.

No entanto admite-se que realidade oposta se venha a observar, quando num espectro de reincidência penal, o arguido em causa já tenha sido anteriormente condenado em duas instâncias sucessivas, sendo que aí o prazo da prisão preventiva vai aumentar para cerca de metade da pena que tiver sido fixada. Chegados aqui poder-se-ia colocar a questão.

“Bem, então mas com esta possibilidade não se viola o princípio da presunção de inocência? “

A resposta a esta mesma questão considera-se um taxativo “não”.

Tal entendimento resulta de que por via da já mencionada reincidência penal, e quando assim aconteça pela gravidade dos indícios que se tenham contra o arguido, tal

somatório de circunstâncias jurídicas seja sustentáculo para uma hipotética elevação do prazo previsto.

No entanto, e utilizando outro adágio popular, de forma a evitar “ Que a emenda seja pior de que o soneto”, numa preocupação de não tornar a prisão preventiva uma medida “ad eternum”, estipulou-se ainda que os prazos da mesma não possam ser ultrapassados sempre que existir mais que um processo a tramitar ao mesmo tempo, condição aliás explicitada pelo **artigo 215 do CPP no seu nº 7**.

A prisão preventiva passou ainda a ser restringida por aplicação a crimes de natureza dolosa, e cuja pena seja de prisão superior a 5 anos, sendo que no entanto se alargou esta possibilidade a crimes que embora sendo bastante graves, tenham um máximo de pena de prisão, que não os 5 anos, por exemplo terrorismo ou criminalidade violenta.

Quanto ao reexame da necessidade desta medida de coação, o mesmo acontece não apenas de 3 em 3 meses como acontecia, mas nessa medida e também quando nos processos forem proferidos despachos de acusação ou de pronúncia, ou de despacho de natureza contrária. (**ver artigo 213,nº1,alínea a) e b) do CPP**)

Uma vez verificada a aplicação de prisão preventiva não respeitante de todos estes pressupostos, passou a atribuir-se o **direito de indemnização** a quem possa ter sido alvo desta mesma situação, quando não vier a ser condenado por não ter sido a pessoa que realizou o crime em causa ou se o fez, tal aconteceu com justificação penal.

Esta grande reforma trouxe consigo também nesta matéria o entendimento de que tendo havido danos causados a arguidos inocentes, ainda que a medida de privação de liberdade tenha sido correctamente aplicada, deve o Estado assumir responsabilidade pelos mesmos. Em situação completamente díspar da que agora se observa, sempre que não seja este o caso, e houver a libertação de alguém, que consigo possa trazer perigo ou qualquer outro receio, deve o tribunal imediatamente informar o ofendido dessa mesma situação, o mesmo acontecendo quando se esteja perante cenários de fuga.

Fugindo agora concretamente do âmbito apenas da prisão preventiva e incidindo sobre as várias medidas de coacção e sua possível aplicação, passou a considerar-se que o juiz de instrução criminal em sede de inquérito, está impedido de aplicar medida de coacção ou de garantia patrimonial superior à que o Ministério Público tinha entendido

ser a correcta, e mais que isso, passou a exigir-se que no despacho de aplicação sejam parte integrante os fundamentos que levaram ao decretar desta medida, assim como tudo aquilo que se imputa ao arguido.

Provas e perícias

Resumidamente, a nível de prova, sendo que esta é, a exemplo, pelo entendimento do **Professor Germano Marques da Silva, na obra “Curso de Processo Penal”, II, na página 100, e cita-se (...) “ a convicção formada pela entidade decidente de que os factos existiram ou não existiram, isto é, que ocorreram ou não (...)”**, passaram a ter preponderante importância todas quantas não fossem obtidas respeitando os casos que a lei já previa. Assim, tiveram grande incidência as obtidas sem consentimento do titular, todas as que resultassem da tão badalada intromissão na vida privada, domicílio, telecomunicações ou até correspondência, consagrando-se por isso que toda a prova que tivesse estas características não seria admissível no processo propriamente dito.

Passou ainda a considerar-se que para valer como meio de prova, toda e qualquer fotografia, filme ou gravação só seria também válida processualmente se logo após a sua visualização se passar a um reconhecimento presencial.

Também resumidamente, nas **perícias** surgiram algumas novidades.

Desde logo surgiu a possibilidade de uma vez em sede de perícias médico-legais, o Instituto Nacional de Medicina Legal ter a capacidade de indicar um serviço de saúde em que entendesse dever ser levada a cabo determinada perícia, sempre que se verifique o caso de não estarem disponíveis médicos especializados ou as condições necessárias.

Ora uma vez mais, esta é uma demonstração da bandeira da **celeridade processual**, pois com esta possibilidade evita-se a estagnação processual sempre que não existissem as condições mais adequadas para realizar das diligências necessárias e se tivesse assim que aguardar, por tempo, às vezes indefinido, que as mesmas fossem realizadas.

Quando se tiverem que levar a cabo perícias de natureza psíquica ou física, sem que a pessoa alvo o consinta, passou a exigir-se ao juiz um despacho para que a sua realização possa avançar, dado que ele é o único elemento processual que tem

legitimidade para decidir sobre direitos fundamentais, como é o caso, possibilidade que vem desde logo expressa na CRP, por acção do seu **artigo 32º nº 4**.

Se em domínio distinto, por acção das perícias, em causa estiverem coisas de valor, que sejam deterioráveis, ou até perecíveis, poderá ser ordenada a venda, a adequação dessas mesmas coisas para utilidade pública, a sua conservação ou até mesmo a sua destruição. É a autoridade Judiciária quem tem legitimidade para tomar tal decisão como vem consagrado pela redacção do **artigo 185, nº 1 do CPP**.

Uma vez a sentença tendo transitado em julgado, haverá lugar a notificação a quem deva reclamar a restituição das coisas que foram alvo de apreensão, revertendo por acção do **artigo 186 do CPP**, as mesmas para o Estado se volvido um ano, e não tendo sido as próprias alvo de reclamação de propriedade.

Outra temática alvo de reforma e de grande interesse e actualidade sobretudo pelos contornos que hoje existem nos processos penais da nossa praça, nomeadamente os de maior mediatismo, é o regime de interceptação e gravação de conversações ou comunicações, que como já quase se pode imaginar sofreu profundas alterações.

Em primeiro lugar, passou apenas a poder recorrer-se a este meio de prova quando processualmente se esteja na fase de *inquérito*, exigindo-se para que tal aconteça a presença de um requerimento do Ministério Público e outro devidamente fundamentado proveniente do juiz. Quanto a quem pode ser alvo deste meio de obtenção de prova, este universo restringiu-se apenas aos suspeitos, arguidos, vítimas e necessariamente intermediários entre qualquer um dos anteriores.

Uma vez mencionadas as vítimas, importa não esquecer, que neste caso específico, tal possibilidade carece sempre do consentimento das mesmas.

Posta em marcha esta modalidade de recolha de prova, todos os conhecimentos ocasionais apenas passaram a poder valer como prova quando resultarem de uma interceptação na direcção de pessoa certa e determinada, respeitante a crime também ele certo e determinado e correspondente ao elenco legal que é alvo de busca. Por sua vez, a autorização que permite o recurso a esta modalidade de obtenção de prova, tem um prazo também de 3 meses, podendo ou não o mesmo ser renovável.

Aqui chegados, e realizada que esteja a recolha de hipotéticos materiais probatórios ou não, devem os mesmos ser entregues ao Ministério Público, de 15 em 15 dias, pelo órgão de polícia criminal, devendo ser apresentados à pessoa do juiz num prazo de 48 horas. Consoante o que constar do material probatório recolhido, tudo o que configurar matérias de segredo profissional, segredo de Estado, informações de conversas entre pessoas que não sejam partes integrantes do processo, elementos estranhos ao processo, ou qualquer outra informação que possa inequivocamente colocar em causa direitos, liberdades ou garantias, é imediatamente destruído por ordem taxativa do juiz.

Todo o material que antagónicamente ao anterior representar prova para o pretendido é imediatamente também, por ordem do juiz, transcrito e junto aos autos de maneira a poder fundamentar a aplicação de medidas de coacção ou de garantia patrimonial, sendo também necessário para que tal aconteça um requerimento do Ministério Público.

Terminado o inquérito, o arguido e o assistente podem sempre obter cópia das partes que pretendam para poderem transcrevê-las e junta-las ao processo, e se estivermos já em sede de julgamento, valerão sempre como prova, todas as conversações que o Ministério Público, o assistente ou o arguido juntarem, mas cabendo sempre ao tribunal ordenar audição das gravações que existam, de maneira a corrigir transcrições, ou ainda juntar aos autos novas transcrições que surjam no decorrer das primeiras.

Quanto a esta “rubrica” importa dizer que este regime é também aplicável a qualquer outra maneira de comunicação, como expressa o artigo **189, nº1 do CPP**.

Como bem explicita o mesmo, e com recurso à letra da lei, alargou-se o regime ao correio de natureza electrónica, e outras formas de comunicação por via telemática mesmo que as mesmas se possam encontrar protegidas em qualquer que seja o suporte de natureza digital. Se houver a necessidade de juntar aos autos qualquer indicação de localização celular, tem de haver previamente um despacho do juiz a autorizá-lo.

Uma vez exposto todo o “elenco” que esta reforma trouxe consigo, tendo esta exposição sido realizada de forma estruturada e cadenciada, não seria certamente

correcto terminar, sem que se realizassem algumas considerações à interposição de recursos.

Por isso mesmo, a primeira observação a efectuar, porque acaba por ser um corolário do processo penal agora vigente, é que o “recurso”, é, em si mesma, uma garantia de defesa, garantia essa que desde logo está consagrada por acção do artigo 32º da CRP, até porque disto mesmo são ilustrativos os entendimentos de vários autores jurídicos da nossa praça, sendo como por muitas mais vezes nesta dissertação mencionado como exemplo, o entendimento do **Professor Germano Marques da Silva, na obra “Curso de Processo Penal”, II, na página 303**, em que afirma o recurso como sendo um meio de, e cita-se (...) *“impugnação de decisões judiciais que tem por finalidade a eliminação dos defeitos da decisão ilegal ainda não transitada em julgado, submetendo-a a uma nova apreciação por outro órgão jurisdicional, ou a correcção de uma decisão já transitada em julgado (...)”*

Contudo há duas ligações que se têm de realizar ao corolário anterior. A primeira ligação é uma vez mais à necessidade de **celeridade processual**, que aqui se associa por sua vez sempre à presunção de inocência até caso julgado, e com a descoberta da verdade material, e a segunda ligação faz-se com outra ordenação de natureza constitucional, garantida pelo direito ao acesso aos tribunais como se pode observar no **nº 1, do artigo 20 da CRP**.

A nível de alterações práticas da interposição de recurso, existiram também algumas modificações, sendo que só aqui iremos abordar as três mais contundentes.

Nessa medida deve ter-se em atenção que quando em recurso, qualquer tribunal da Relação, não conhecer do objecto, não poderá haver recurso de decisão proferida para o Supremo Tribunal de Justiça, doravante designado STJ.

A fim de respeitar o princípio da igualdade processual, manteve-se no entanto viável a possibilidade de interpor recurso da parte da sentença que diga respeito a uma indemnização civil, mesmo que não se preveja a viabilidade de recorrer da parte penal do processo. De notar que este princípio da igualdade processual, é também ele particularidade importantíssima do nosso ordenamento jurídico na medida em que e citando as palavras do **Professor Germano Marques da Silva, na obra “Curso de Processo Penal”, II, na página 63**, (...) *“O processo deve estar estruturado em termos que permitam que a acusação e a defesa disponham de idênticas possibilidades de intervir no processo, para*

*demonstrarem perante o tribunal a validade das suas alegações. (...)” Já Cunha Rodrigues in “Sobre o Princípio de igualdade de Armas”, ano I, tomo I, 1991, nas páginas 77 e seguintes considera dever ligar-se esta matéria à expressão “igualdade de armas”, não as bélicas, mas processuais, entendendo-a nos seguintes moldes (...) “ *igualdade de armas significa a atribuição à acusação e à defesa de meios jurídicos igualmente eficazes para tornar efectivos os direitos de intervenção processual (...)”**

Em segundo lugar, há a destacar as alterações realizadas em cenários de pluralidade de recursos, nomeadamente quanto à matéria de direito, mas também de facto, determinando-se neste âmbito que para julgar é competente o tribunal que decide da matéria de facto e mantendo-se ainda a possibilidade de haver recurso “per saltum” para o STJ, quando em matéria de direito, proibindo-se no entanto, e de forma irrecorrível a interposição de recurso para qualquer tribunal de relação, que passaram porém a ter a capacidade de decidir quando perante qualquer acórdão que tenha sido proferido por tribunal de júri em matéria de facto.

A terceira alteração que foi alvo de observação diz respeito ao recurso, que se entende extraordinário, e que é o de fixação de jurisprudência, sendo este nas palavras do **Professor Germano Marques da Silva, na obra “Curso de Processo Penal”, III, na página 371**, aquele que tem como finalidade específica, e cita se (...) “ *evitar as contradições entre acórdãos dos tribunais superiores, assegurando assim a uniformização da jurisprudência. O objecto do recurso para uniformização de jurisprudência é uma decisão de última instância: ou seja, um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça ou um acórdão de um tribunal de Relação (...)”*.

Quanto a esta possibilidade, apenas terminar dizendo, que o mesmo é obrigatório quando estejam reunidos os seus pressupostos, estabelecendo-se o prazo de 30 dias para interposição do recurso, contando-se este prazo a partir do trânsito em julgado da decisão de que se recorre.

II Capítulo

O Assistente

Uma vez aqui chegados, entraremos agora no cerne desta dissertação propriamente dito.

Nessa medida abarcando a matéria referente à figura jurídica do assistente, propõe-se esta dissertação responder a três questões fundamentais, a saber:

Quem se pode constituir assistente?

A assim poder ser, **quando**?

E uma vez havendo essa possibilidade ser naturalmente capaz de individualizar

Qual o papel do assistente no desenrolar da tramitação processual penal propriamente dita?

Naturalmente acompanhar-se-á a exposição de resposta a estas três grandes questões matriciais, com matéria que não sendo directamente ligada às mesmas se apresente e considere de imprescindível referência, numa óptica de esquematização jurisprudencial.

Assim, antes de mais, importa ter a noção de que o assistente é aquele que representando ser um sujeito processual, actua ou deverá actuar essencialmente como colaborador do Ministério Público. Se nesta matéria, a exemplo, trouxermos desde já à colação o entendimento presente na obra “**Algumas reflexões sobre o Estatuto do Assistente e seu representante no Direito Processual Português, RPCC, 5, do ano de 1995, nas páginas 153 e seguintes**, pese embora já alguns anos tenham passado, podemos nesta matéria compreender que já à data se considerava e cito (...) “ *mesmo quando actua autonomamente, o assistente não deixa de ser um colaborador do Ministério Público*”(…)

(matéria consagrada nos artigos **68 a 70 do código de Processo Penal, doravante designado de C.P.P.)**

Também o professor **Germano Marques da Silva** na sua obra “**Curso de Processo Penal**”, I, na página 333, considera que e citando (...) *os assistentes têm a posição de colaboradores do Ministério Público, a cuja actividade subordinam a sua intervenção no processo (...)*”, sendo que contudo expressa o entendimento de que na sua óptica o código não dá qualquer definição de assistente propriamente dita, indicando apenas a sua posição processual e atribuições.

Já **Henriques Eiras**, na sua já diversamente mencionada obra “**Processo Penal Elementar**”, na página 22 por sua vez expõe que e citando (...) *O assistente é um colaborador do MP, com vista à investigação dos factos jurídicos com relevo criminal e à condenação dos seus autores. A actividade do assistente é diferente conforme se trate de crimes públicos e semi-públicos, por um lado, particulares por outro (...)*”

Nessa medida, considera-se dever o assistente subordinar a sua actuação processual ao Ministério Público, pretendendo contribuir para a investigação dos acontecimentos revestidos de natureza criminal, que existindo, levarão a uma condenação dos seus autores, considerando o **Professor Germano Marques da Silva** na sua obra **Curso de Processo Penal**”, I, na página 336, que, e cita-se (...) “*vem de longe a tradição portuguesa da intervenção dos particulares no processo penal. Na estrutura actual, encontra a sua fonte no Código Penal de 1852 que determinou que certos crimes só podiam ser perseguidos pelo Ministério Público, havendo a participação de determinadas pessoas. O Código Penal de 1886, seguindo a mesma esteira do de 1852, deixou a punição de alguns crimes dependentes ora de queixa, ora de requerimento, ora de acusação, ora de denúncia, ora de querela, ora de querela e acusação. Esta variedade de expressões levantou dúvidas, e, por isso, legislação posterior veio estabelecer que quando a lei exigia queixa, denúncia ou participação para haver procedimento bastava que essas pessoas dessem conhecimento do facto em juízo, não sendo necessário que acusassem, exigindo-se a acusação quando a lei vazia depender o procedimento de requerimento, de querela, ou de acusação (...)*”

Por outro lado, distinta dimensão que se entende dever nesta matéria ser clara, é a de que a figura jurídica do assistente, é em tudo distinta das demais figuras processuais conhecidas e legalmente consagradas, como sendo a exemplo o lesado, o queixoso, ou o ofendido. Uma vez mencionadas estas figuras jurídicas, e dado que das três indicadas a que foi alvo de maior preocupação no que à delimitação do conceito concerne, foi a figura do ofendido, importa mencionar o entendimento que dela tem o **Professor Figueiredo Dias**, na obra, “**Direito Processual Penal, Clássicos Jurídicos**”, Coimbra Editora, Ano 2004, na página 505, em que diz expressamente e cita-se (...) “*uma tal expressão, dirige-se à pessoa que segundo o critério que se retira do tipo*

preenchido, pela conduta criminosa, detém a titularidade do interesse jurídico-penal por aquela violado ou posta em perigo “ (...).

Ainda assim, igualmente importante é mencionar o entendimento do **Professor Germano Marques da Silva**, na obra “ **Curso de Processo Penal**”, I, na página 337 onde claramente indica nesta matéria que, e cita-se (...) “ *O assistente distingue-se processualmente do ofendido e do lesado. O ofendido não é sujeito processual, salvo se se constituir assistente; o lesado, enquanto tal, nunca pode constituir-se assistente, mas apenas, parte civil para efeitos de deduzir indemnização civil. (...)*”, e posteriormente indo mesmo mais longe especificando que, e novamente citando (...) “ *O ofendido, enquanto titular dos interesses que a lei incriminadora especialmente quis proteger com a incriminação, sendo maior de 16 anos, pode constituir-se assistente, mas enquanto não se constituir não é sujeito processual, mas simples participante processual. O lesado, sendo aquele que sofreu danos com o crime, pode coincidir muitas vezes com o ofendido e, por isso, pode também constituir-se assistente, não por ser lesado, mas por ser ofendido. Em razão da sua qualidade de lesado pode apenas intervir no processo como parte civil, no pedido de indemnização civil (...)*”

Quanto ao queixoso, indica também o Professor haver contornos distintos na medida em que considera que o queixoso, e cita-se (...) “ *independentemente de se constituir ou não assistente, tem o poder de a todo o tempo, até à publicação da sentença da 1ª instância, pôr termo ao procedimento, desistindo da queixa, desde que não haja oposição ao arguido (...)* Este direito de promoção do processo e de lhe pôr termo, ainda que indirectamente, não integra o estatuto de assistente, mas simplesmente o de queixoso (...)

Igualmente das palavras e entendimento de **Henriques Eiras**, na sua obra já por várias vezes citada podemos considerar ser este, seguidor deste mesmo entendimento diferenciador, conforme se pode observar no disposto nas páginas 24 e seguintes.

Constituição de assistente

Quem a pode e tem legitimidade para a requerer?

Esta questão, antes de outra qualquer circunstância, remete a sua discussão, como o título indica, para um “problema” de legitimidade processual. Nela, e pelo entendimento de **Augusto Silva Dias** na obra “**Jornadas de Direito Processual Penal**

e Direitos Fundamentais”, Almedina, do ano de 2004, na página 56, conseguimos reter pelo entendimento que o próprio à época elencava que, e cita-se (...) “ *O epicentro da legitimidade para a constituição de Assistente localiza-se na figura do ofendido. A jurisprudência dominante considera que o artigo 68 n.º1, alínea a) do CPP consagra um conceito restrito de ofendido, segundo o qual, ofendido é o titular do interesse directa, imediata ou predominantemente protegido pela incriminação (...)*” (como de resto já antes havia sido alvo de exposição pelos entendimentos de outros autores); mas continuando o autor em causa a sua exposição considera ainda que, e cita-se novamente (...) “ *Segundo esta orientação, o conceito restrito já havia sido reconhecido pelo artigo 11 do CPP de 1929, e pelo artigo 4 n.º 2 do DL 35007 de 13 de Outubro de 1945, constituindo a definição do artigo 68.º do CPP, um legado da tradição jurídica Portuguesa (...)*”, porém o autor, não restringiu a sua posição jurídica ao supra elencado, e nessa medida posteriormente na página 57 esmiuçou ainda mais a questão, considerando que, e novamente citando (...) “ *Pode um tipo incriminador tutelar também um interesse ou bem jurídico pessoal, mas se este não ocupar o plano central da tutela, o seu titular, não deve ser considerado ofendido e portanto não deve ser admitida a sua constituição como Assistente. A jurisprudência partidária do conceito restrito rejeita por completo a possibilidade de constituição de Assistente, por exemplo, nos crimes de desobediência, falsificação de documento, de manipulação de mercado, de violação do segredo de justiça, de prevaricação e de denegação de justiça (...)*”

Assim, e avançando na matéria inerente à legitimidade, residem nela as capacidades que adiante se observarão mas que concretamente dizem respeito à capacidade de intervir no inquérito e na instrução, dando provas e requerendo as diligências que se entenderem necessárias, conhecendo os despachos que sobre elas incidam, nomeadamente:

A possibilidade de deduzir acusação que seja independente da proferida pelo Ministério Público;

A possibilidade de, quando em crime particular, haver a sua realização sem que mesmo assim este a tenha deduzido;

E a interposição de recursos das decisões contrárias aos anseios do assistente, bem como a potencialidade de voltar a requerer a abertura da instrução.

Desta forma, por força do nosso ordenamento jurídico, entendem-se poder constituir-se como assistentes processuais, em sede de processo penal, quer pessoas singulares, quer pessoas colectivas, pese embora não se circunscreva esta possibilidade

a este domínio, devendo enumerar-se todas as demais possibilidades previstas por lei, o que se efectua em seguida.

A primeira, desde logo, por acção do **artigo 68, nº1 do CPP**, designa que se podem constituir assistentes, todas as pessoas e entidades a quem leis especiais conferirem esse mesmo direito.

A segunda dimensão diz respeito à pessoa do “**ofendido**”, que já anteriormente foi mencionada, mas que ainda assim importará neste âmbito considerar que esta é uma delimitação jurídica, que é dada, pelas palavras de alguma doutrina existente, como um termo “seco”, e altamente delimitado, não só pelo que neste âmbito atrás se mencionou, mas porque também tem sido ao longo dos tempos um conceito alvo de alguma polémica.

Uma vez tendo sido esta sanada, o “ofendido” é considerado como já se indicou, como o titular do interesse que a lei pretendeu proteger, prevendo para isso uma incriminação, para quem com conduta desviante o colocar em causa, desde que sendo maior de 16 anos. Nessa medida indica mesmo o **Professor Germano Marques da Silva, na obra, “ Curso de Processo Penal”, I, na página 339**, e num esforço de relembrar o que anteriormente também já nesta dissertação se elencou que, e cita-se (...) *“ Recordemos apenas que só se considera ofendido (...) o titular do interesse que constitui objecto jurídico imediato do crime e que, por isso, nem todos os crimes têm ofendido particular, só o tendo aqueles em que o objecto imediato da tutela jurídica é um interesse ou direito de que é titular uma pessoa (...)”*, posição também sustentada pelo **Professor Cavaleiro de Ferreira na sua obra, “Direito Processual Penal”, I, do ano de 1986, na página 130.**

Tal condição, é ainda a título exemplificativo apresentada pelo **Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29-01-92** onde, uma vez mais citando se consagrou no mesmo que (...) *“ Não é ofendido para efeitos de constituição como assistente qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com a prática do delito, mas apenas aquela que seja titular do interesse que constitui o objecto jurídico imediato desse delito”* (...)

Tal assim sucede pelo que se pode observar ainda do preceituado no **artigo 68, nº1, alínea a) do CPP**, uma vez perante crimes de natureza pública. Tal está contudo em contraponto com o previsto por sua vez no mesmo artigo, na sua alínea b), dado que aí a hipótese em apreço diz respeito aos crimes de natureza semi-pública e particular.

Ainda no que diz respeito à temática, e na discussão que envolve circunstâncias como a previsão legal de certas condutas como criminosas, e o interesse que algumas pessoas em função da mesma têm em actuar, surge como exemplo de indelével assertividade, a posição de **Beleza dos Santos**, onde na **Revista Jurídica número 57, página 2, e sob o título “ Partes Particularmente Ofendidas em Processo Penal”** defendeu que e cita-se (...) “ *Quando prevê e pune os crimes, o legislador, quis defender certos interesses: o interesse da vida no homicídio, o da integridade corporal nas ofensas corporais, o da posse ou da propriedade no furto, no dano ou na usurpação de coisa alheia. Praticada a infracção, ofenderam-se ou puseram-se em perigo estes interesses que especialmente se tiveram em vista na protecção penal, podendo também prejudicar-se secundariamente, acessoriamente, outros interesses. Os titulares dos interesses que a lei penal tem especialmente por fim, proteger quando previu e puniu a infracção e que esta ofendeu ou pôs em perigo, são as partes particularmente ofendidas, ou directamente ofendidas “* (...).

Contudo não seria correcto afirmar solenemente que em todo e qualquer crime público existe a possibilidade de haver constituição de assistente.

Há, nessa medida, crimes desta natureza que não o admitem por se considerar que a admissão desta possibilidade não respeitaria o princípio de que o interesse que se pretende proteger por acção da existência de uma incriminação é exclusivamente de natureza pública.

Exemplo do que atrás se menciona é o que sucede com as actividades criminosas que atentam contra o Estado. Ainda assim, esta é também uma temática, que pontualmente vai tendo na nossa “praxis”, alguns entendimentos discordantes, como a exemplo, em larga medida se pode observar do entendimento de **Damião da Cunha**, na obra “ **Algumas reflexões sobre o estatuto do Assistente e seu representante**”, nas **páginas 164 e 165**, onde indica quanto a esta matéria que, e cita-se (...) “ *Pode aceitar-se, ainda que de forma cautelosa, que determinadas entidades, que visam a realização de determinados interesses, possam ter um papel análogo ao do assistente, quando aqueles interesses façam parte do objecto de protecção da norma penal considerada violada. Com isto, vai naturalmente implícito o problema da tutela dos chamados interesses difusos, e a sua eventual tutela penal “* (...)

Por outro lado não se entende ser verosímil a participação no processo enquanto assistente ou parte processual, daquele que numa qualquer relação jurídica represente o “enganado”.

Retomando o nexo de enumeração inicial, numa terceira dimensão encontram-se por sua vez todas as pessoas de que das quais dependa a sua queixa ou acusação particular para que haja o impulso processual em si mesmo, o que vem, desde logo, preceituado também no **artigo 68 do CPP, nº1, alínea b)**.

Com isto, o que em linguagem simplista se pretende, é consagrar, que uma vez se estando perante um **crime de natureza semi-pública ou de natureza particular**, toda e qualquer pessoa com legitimidade para apresentar queixa se possa também ela constituir assistente como de resto se prevê por acção das possibilidades levantadas pelos artigos **49 e 50 do CPP**. Nesta temática lembra o **Professor Germano Marques da Silva**, na obra, “ **Curso de Processo Penal**”, **I, na página 339**, que, e uma vez mais citando (...) “ *Como sabemos, os titulares do direito de queixa e de acusação particular são, em primeiro lugar os ofendidos, mas se o ofendido morrer ou for incapaz o direito de queixa e de acusação particular pertence aos seus parentes ou representante legal (...)*”, situações que adiante se apresentam.

Assim se nos questionarmos quanto à possível observância ou exigência da constituição de assistente como momento processual obrigatório, importa salientar que tal só acontece quando se esteja perante, pontuais, **crimes de natureza particular**, importando ainda elencar três outras possibilidades que o legislador entendeu por bem dever acautelar.

A primeira, diz respeito à possibilidade do ofendido não ter ainda 16 anos de idade ou ser incapaz. Nesta matéria e à luz do entendimento e opinião do **Professor Paulo Pinto de Albuquerque**, na obra “ **Comentário do Código e Processo Penal: à luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**”, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica, na página 203, nota número 6, diz-nos o próprio como exemplo e cita-se (...) “ *Assim, tem legitimidade para se constituir como assistente pelo crime de sequestro ou rapto o pai do menor que desapareceu quando tinha 13 anos de idade e perfez entretanto 16 anos, mas cujo paradeiro continua a desconhecer-se, ignorando-se mesmo se está vivo ou morto, pois o desaparecido deve ser considerado incapaz por outro motivo (Acórdão do STJ, de 09.12.1998, in CJ, Acs. STJ, VI,3, 234). (...)*”

Uma vez perante qualquer uma destas possibilidades ou até as duas cumulativamente, entra em cena o representante legal, ou na sua ausência ou inexistência, qualquer pessoa indicada no âmbito do já antes mencionado artigo **68, nº1, alínea c) do CPP**, ou na ausência destes, todas as demais quaisquer entidades ou

instituições que tenham a seu cargo os inicialmente indicados (**artigo 68, nº1, alínea d**), tendo estes a possibilidade de em sua representação se constituírem assistentes, actuando na mesma medida.

Uma vez cessada/as a/as incapacidade/s ou impedimento/s que impossibilitaram o ofendido de actuar por si só, cessa consigo a legitimidade anteriormente exposta do/s seu/s substituto/s.

A **segunda** possibilidade diz respeito à hipótese de se ter verificado a morte da pessoa do ofendido sem que este tenha renunciado ao direito de queixa. Nesta matéria diz-nos o **Professor Paulo Pinto de Albuquerque**, numa perspectiva até curiosa, na obra “ **Comentário do Código e Processo Penal: à luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**”, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica, na página 203, nota número 5 que, e cita-se (...) “ *As pessoas com legitimidade para representar o ofendido falecido estão divididas em duas classes, preferindo qualquer membro da primeira classe sobre qualquer membro da segunda classe (“ou, na falta deles”) e não havendo ordem de preferência entre os membros de cada classe. Entre os membros da mesma classe, o primeiro que apresentar um pedido que reúna os requisitos legais é o assistente (...)*”.

Já o **Professor Germano Marques da Silva**, na obra, “ **Curso de Processo Penal**”, I, na página 339 e seguintes considera que e cita-se (...) “ *O artigo 68, nº1 alínea c), reporta-se tão só às pessoas com legitimidade para se constituírem assistentes, enquanto o artigo 113, nº2, do CP, aos titulares do direito de queixa e de acusação particular. Esta norma do CPP refere-se a todos os crimes, qualquer que seja a sua natureza, enquanto a al. B) do artigo 68, nº1, apenas aos crimes semipúblicos e particulares. A alínea c) do nº1 do artigo 68º, refere-se tanto aos crimes públicos como aos semipúblicos e particulares, mas a ressalva da renúncia ao direito de queixa só respeita evidentemente aos crimes semipúblicos e particulares (...)*”.

Uma vez acontecendo o cenário agora apreciado, tem legitimidade para se constituir assistente, o cônjuge sobrevivente, desde que não estando separado judicialmente da pessoa em causa, quer seja do mesmo ou distinto sexo, ou com o qual vivesse em condições análogas às dos cônjuges, como aliás também na obra “ **Comentário do Código e Processo Penal: à luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**”, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica, na página 204, nota número 8, se pode comprovar, através do indicado, e cita-se (...) “ *A lei nº 48/2007, de 29.8, equiparou ao cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens, a pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com o ofendido viva em condições análogas às dos cônjuges (...)*”

Mantêm também intacta esta legitimidade os descendentes naturais ou adoptados, ou na sua inexistência os seus irmãos e seus descendentes, exceptuando-se naturalmente desta possibilidade os casos em que alguma destas entidades tiver participado no crime de que no caso concreto se esteja a averiguar.

Deverá nesta segunda possibilidade estar bem clara contudo a noção, de que sempre que se mencione “descendentes”, estes só podem constituir-se assistentes, quando quem por lei os anteceder o não fizer.

Caso contrário, estaríamos perante uma massificação desta mesma possibilidade jurídica, o que não só elevaria o número de assistentes presentes, como certamente poderia conduzir a que houvesse assistentes que não preenchessem os requisitos que se entendem pela letra da lei necessários para que se requeira a sua constituição.

A **terceira** dimensão representa a possibilidade de qualquer pessoa que se encontre perante crimes contra a paz e a própria humanidade, se poder constituir assistente sempre que assim entender, possibilidade aliás consagrada no artigo **68, nº1, alínea e) do CPP**. Nesta matéria, e novamente com suma clareza aponta uma vez mais o **Professor Paulo Pinto de Albuquerque**, na obra “ **Comentário do Código e Processo Penal: à luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**”, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica, na página 204, nota número 9, que e cita-se (...) “ *A admissão de qualquer pessoa a constituir-se como assistente em relação aos crimes referidos no artigo 68, nº1, alínea e) não viola o monopólio constitucional da acção penal do MP, porque eles respeitam às mais graves violações de bens jurídicos constitucionais atinentes à comunidade como um todo (...)*”. Não se mantendo apenas por este entendimento, vai ainda nesta temática o Professor mais longe, na medida em que na mesma página 204, agora na nota número 10, indica considerar que, e cita-se uma vez mais (...) “ *Assim, os crimes, contra a paz e a humanidade tutelam bens jurídicos universais acolhidos na CRP, como a boa convivência entre os povos (artigo 7º, nº1 e 2 da CRP), a proibição da discriminação (artigo 13º da CRP), a protecção dos civis e do património na guerra (artigo 8 nº1 da CRP), e a proibição da tortura (artigo 25, nº2 da CRP). (...)*”

Ainda dentro deste âmbito, alarga-se o leque ilícito condizente a crimes como os que hoje em dia estão muito em voga, como sendo os de tráfico de influência, corrupção, participação danosa em actividades económicas, prevaricação, entre outros dos mesmos moldes jurídicos, também alvo de minuciosa abordagem por parte do **Professor Paulo Pinto de Albuquerque** na obra até aqui sempre mencionada, de onde destacamos pela adequação aos tempos que hoje se assistem, a nota número 12, versada

nas páginas 204 e 205, onde é apresentado o entendimento de que, e cita-se (...) “ *O crime de corrupção activa de funcionário ou de titular de cargo político, o crime de corrupção activo com prejuízo do comércio internacional (artigo 41- A do Decreto-Lei nº28/84, de 20.1, com as alterações da lei nº 13/2001, de 4.6, da Lei nº 108/2001, de 28.11,e do Decreto-Lei nº143/2001, de 26.4) e o crime de tráfico de influência não são crimes de funcionário, mas antes crimes comuns que tutelam os mais graves ataques aos cumprimentos dos deveres dos funcionários e titulares de cargos políticos no exercício das suas funções. O funcionário e o titular de cargo político visado pela tentativa de corrupção (não aceite) podem constituir-se como assistente (...)*”

Já o **Professor Germano Marques da Silva**, na obra “ **Curso de Processo Penal**”, I, na página 340 e seguintes considera nesta matéria que e citando uma vez mais (...) “ *A possibilidade de qualquer pessoa se poder constituir assistente nestes crimes – acção penal popular – justifica-se pelo desejo de obter a colaboração de todos na detecção e processamento de tais crimes. Trata-se de uma regra de longa tradição quanto a certos crimes e que remonta à Carta Constitucional, tendo vindo a recobrar os favores da doutrina e a ser estendida a outros crimes, nomeadamente aos praticados pelos funcionários e pelos titulares de cargos políticos no exercício das suas funções. A lei não exige que a pessoa que se constitui assistente seja cidadão Português, mas é preciso que se trate de pessoa que tenha a necessária capacidade de estar em juízo (...)*”.

Uma vez realizada esta apresentação de possibilidades, importa realçar que o “assistente” não é propriamente um elemento processual que pese embora se possa constituir por seu impulso, possa andar ao “sabor da maré”, ou actuar por sua “conta e medida”, sem o asseguramento de qualquer outro elemento jurídico.

Daí resulta e com sustentação legal no **artigo 70º do CPP, no seu nº1**, que o “assistente” tem de estar sempre representado por um causídico, que se manterá apenas um só, mesmo que estejamos perante um conjunto de vários assistentes, e desta mesma possibilidade, alerta uma vez mais o **Professor Paulo Pinto de Albuquerque**, na obra “ **Comentário do Código e Processo Penal: à luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**”, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica, na página 214, nota número 1, mencionando que, e sempre citando (...) “ *O assistente pode ser representado por advogado e, no processo, da competência do tribunal singular, por advogado estagiário... Nada impede que se confirmem poderes de exercício do mandato judicial a uma sociedade de advogados e, com base na procuração passada, um dos sócios da sociedade de advogados exerça o mandato forense que à sociedade foi conferido (...)*”.

Do que atrás se aludiu, é também ilustrativa a posição do **Professor Germano Marques da Silva**, na obra “ **Curso de Processo Penal**”, I, na página 342 e seguinte, preceituando que, e cita-se (...) “ *o assistente não intervém pessoalmente no processo,*

contrariamente ao arguido; a sua intervenção há-de ser feita através de mandatário judicial: advogado ou advogado estagiário. A necessidade de representação judiciária dos assistentes permite obstar a muitos dos reconhecidos inconvenientes da sua intervenção como sujeitos processuais, além de assegurar a colaboração técnica do processo (...)”

Sendo levantada alguma objecção por parte de algum dos assistentes existentes para com a possibilidade do causídico ser o “x”, ou o “y”, de modo a não surgir aqui um impasse processual de solução demorada, é entregue à pessoa do juiz, a direcção deste poder de escolha, sendo que o juiz que se menciona ter esta capacidade de escolha será o juiz de instrução ou o juiz de julgamento, consoante o momento que se esteja processualmente a viver.

Voltando um pouco atrás, a regra anteriormente elencada de que para vários assistentes, deverá ser correspondente um só advogado, vai ser naturalmente alvo de impedimento quando se verificar que de entre os vários distintos assistentes, se encontram também distintos e incompatíveis interesses, assim como quando sejam distintos os crimes em causa.

Aqui, acabará por actuar como barómetro jurídico o **artigo 70 do CPP**, desta feita no seu **nº 2**.

Seguidamente, o acto processual pelo qual se consagra a “assistência” surge através de requerimento, sendo nesta matéria importantes as palavras do **Sr. Juiz Rui da Fonseca e Castro, no seu livro “ Processo Penal - Inquérito”, páginas 40 e seguintes.**

O mesmo deve ser acompanhado por uma procuração forense, que faltando, ditará o consequente indeferimento do requerimento mencionado, dado que se consubstancia com a sua ausência, a inexistência do princípio de representação judiciária, sendo que o prazo para se poderem pronunciar o arguido e o próprio Ministério Público é de 10 dias como apresentado pelo **artigo 105, nº1 do CPP**.

Uma vez recebendo o juiz o requerimento para constituição de assistente, ainda que o de abertura de instrução, entende o legislador que se deve dar ao arguido e ao Ministério Público a possibilidade de se pronunciarem sobre a constituição de assistência que tenha sido requerida, decidindo da sua legitimidade consequentemente por despacho por acção do **artigo 68, nº4 do CPP**.

Se do requerimento para constituição de assistente resultar um indeferimento, o mesmo conduzirá à rejeição do requerimento para abertura da instrução, como prevê a redacção **do artigo 287 do CPP**, na sua alínea terceira, e tal circunstância acabará por tornar-se análoga ao entendimento de ilegitimidade do denunciante em requerer a constituição de assistente nos moldes do **artigo 287, nº1, alínea b) do CPP**.

Ilustrativo das possibilidades anteriormente apresentadas é o **Acórdão do Tribunal de Lisboa de 25-01-2001** que menciona “*Ao pronunciar-se sobre o requerimento de abertura da instrução, o juiz pode não reconhecer legitimidade ao requerente para se constituir assistente, relativamente aos crimes objecto da sua requerida instrução, ainda que, no decurso do inquérito, essa legitimidade já lhe tenha sido reconhecida*”

A título de curiosidade, dado não caber directamente no espectro de incidência desta dissertação, apenas um breve apontamento para indicar que também ao assistente é permitida a possibilidade de requerer apoio judiciário para que possa actuar.

O requerimento que ambicione essa possibilidade, será naturalmente alvo de apreciação dos consequentes processos de admissão ou não pela Segurança Social e Ordem dos Advogados Portugueses, nos seus preceitos e requisitos, como se de um outro elemento processual a necessitar de defesa se tratasse.

Constituição de “assistente”

Quando?

Nesta rubrica daremos agora especial destaque aos cenários em que se admite a constituição de assistência processual. Nesta matéria e como apontamento introdutório, importa mencionar o entendimento que dela tem também o **Professor Paulo Pinto de Albuquerque**, na obra “ **Comentário do Código e Processo Penal: à luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**”, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica, na página 201, nota número 1, em que claramente explicita, e cita-se (...) “ *A lei penal substantiva determina quem são os ofendidos e as pessoas de cuja queixa ou acusação particular depende o procedimento criminal e que, por isso, têm legitimidade, para se*

constituir assistentes. Além da legitimidade, a constituição como assistente depende da sua tempestividade, da assistência de advogado e do pagamento de uma taxa de justiça (...)”.

Abordaremos esta matéria numa apresentação que seguirá a divisão também existente entre **crimes Particulares, Públicos e semipúblicos**, apensando estes dois últimos no mesmo encadeamento doutrinário.

Ora, em sede de processos cuja natureza incida sobre **crimes Públicos ou semipúblicos** a constituição de assistente detêm um carácter facultativo, podendo a sua intervenção acontecer em qualquer momento da tramitação processual.

Para isso o assistente terá necessariamente de aceitar o processo como ele se encontrar no momento em que requerer a sua condição de assistência, requerendo-o ao juiz como anteriormente já se mencionou por acção do **artigo 68 do CPP**, desta feita no **seu nº 3**, sendo que esta possibilidade carece no entanto de algumas previsões e exigências.

De entre as mesmas, exige-se ter havido requerimento de assistência até 5 dias antes do início dos trabalhos do debate instrutório, ou da audiência de julgamento, ou ainda no prazo estabelecido por lei para a prática dos actos processuais respectivos quando estejamos perante uma acusação realizada pelo assistente, ou requerimento para abertura de instrução.

Assim, objectivamente, sempre que o ofendido pretender requerer a abertura de instrução terá de se constituir assistente, tendo 20 dias para o realizar a contar da acusação ou do arquivamento do inquérito que tenha estado a decorrer.

Não se tendo observado o pedido para constituição de assistente no prazo supra citado, o ofendido não tem qualquer papel processual “privilegiado”, representando assim não mais que um mero participante processual.

Outra dimensão distinta é quando estejamos perante **crimes de natureza particular**.

Aqui e nas palavras e entendimento uma vez mais do **Professor Paulo Pinto de Albuquerque**, na obra “ **Comentário do Código e Processo Penal: à luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**”, 3ª edição, Lisboa,

Universidade Católica, na página 205, nota número 16, é defendido que, e cita-se (...) “*No procedimento por crime particular, o ofendido dever ser advertido expressamente da obrigatoriedade da constituição como assistente e dos procedimentos a observar, isto é, de que tem 10 dias contados da advertência para requerer a sua constituição como assistente. Se nada fizer depois de legalmente advertido, fica precludido o direito de se constituir como assistente, uma vez que o legislador propositadamente omitiu uma disposição que permitisse a “repropositura da acção penal” pelo mesmo facto (...)*”

Uma vez neste cenário há um prazo de 10 dias para o requerimento de assistência, que contará a partir do momento em que a pessoa que realizar a denúncia, declarar, na mesma, que deseja constituir-se como tal. Na medida em que esta declaração, tem também ela, carácter obrigatório, a própria autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal a exercer funções no momento da realização da denúncia, deve alertar a pessoa do denunciante desta mesma obrigatoriedade e de toda a tramitação legal que lhe está subjacente.

Ainda nesta matéria, e num entendimento até curioso, importa trazer à colação o exposto pelo **Professor Germano Marques da Silva, na obra “ Curso de Processo Penal”, I, página 334**, em que considera que, e cita-se (...) “*Nos crimes particulares a posição do colaborador do assistente relativamente ao Ministério Público não é tão clara, mas não deixa de o ser ainda, porquanto se é certo que, em razão da natureza dos crimes particulares, o assistente pode condicionar o procedimento, limitando o objecto do processo, perdendo ao arguido os crimes pelos quais não deduz acusação, e podendo submeter sempre a sua versão à apreciação do tribunal – o que aliás, sucede também nos demais crimes - o Ministério Público deve submeter também à apreciação do tribunal a sua apreciação fáctico jurídica, acompanhando não o assistente, e não sofrendo qualquer limitação nos seus poderes de intervenção processual, sempre e só inspirado pela justa realização do direito no caso (...)*”.

Aqui chegados, tem naturalmente de haver um momento de decisão sobre o requerimento para constituição de assistência, e esta decisão, como se compreende, está “nas mãos” do juiz, seja ele de instrução ou de julgamento, consoante o momento processual a que se assista. Nas palavras **Sr. Juiz Rui da Fonseca e Castro, no seu livro “ Processo Penal - Inquérito”, página 43**, considera o próprio que, e cita-se (...) “*Sendo requerida a constituição como assistente, o juiz dá ao Ministério Público e ao arguido a possibilidade de se pronunciarem e depois decide por despacho, que é logo notificado àqueles (artigo 68º, nº4, do CPP). O prazo para o Ministério Público e o arguido se pronunciarem é de 10 dias (artigo 105, nº1 do CPP). O despacho de admissão, previsto no artigo 68, nº4, do CPP, não tem valor de caso julgado formal, podendo ser posteriormente reapreciada a posição processual de assistente (...)*”.

Tal nunca está assim adstrito unilateralmente à figura do Ministério Público, **nunca!**

Neste entendimento o juiz dará consequentemente quer ao Ministério Público, quer ao arguido, a possibilidade de se pronunciarem naquilo que entenderem necessário para sustentar a sua posição processual face ao requerimento ora apresentado. Ainda adstrito ao momento de aceitação enquanto assistente que agora se aborda importará trazer de novo à colação o entendimento do **Professor Paulo Pinto de Albuquerque**, na obra “ **Comentário do Código e Processo Penal: à luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**”, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica, na página 206, nota número 19, em que indica, e cita-se (...) “ *A decisão de admissão como assistente é da competência exclusiva do juiz de instrução ou do juiz de julgamento... Sobre a natureza jurídica desta decisão têm sido defendidas duas teses: uma sustentando que ela faz sempre caso julgado formal, independentemente do momento em que é tomada....uma outra defendendo que ela nunca faz caso julgado formal, podendo ser modificada até à decisão final (...)*”

Será certamente simples de entender que este “dar a palavra” actua no sentido de se respeitar escrupulosamente o princípio do contraditório, que se pode entender como um dos princípios basilares do ordenamento jurídico processual penal em voga na nossa “ praxis”. Princípio de extrema importância no nosso ordenamento jurídico, considera sob o próprio o **Professor Germano Marques da Silva**, na obra “ **Curso de Processo Penal**”, **I, página 76**, que este traduz, e cita-se (...) “ *o direito que tem a acusação e a defesa de oferecerem provas para provarem as suas teses processuais e se pronunciarem sobre as alegações, as iniciativas, os actos ou quaisquer atitudes processuais de qualquer delas. O nº5 do artigo 32 da CRP dispõe que a audiência de julgamento está subordinada ao princípio do contraditório. Este princípio traduz-se na estruturação da audiência em termos de um debate ou discussão entre a acusação e a defesa. Cada um dos respectivos titulares é chamado a aduzir as suas razões de facto e de direito, oferecer as suas provas, a controlar as provas contra si oferecidas e a discreter sobre o resultado de umas e outras (...)*”

A decisão é posteriormente tomada por despacho que procede à notificação aos interessados, como aliás alude o artigo **68 do CPP, no seu nº 4**, e na decisão que o juiz venha a tomar, seja ela a que for, o juiz deve sempre reverificar a legitimidade do documento.

Por imposição legal, é de salientar que essa mesma legitimidade se verifica desde logo pela observância do cumprimento do prazo, da legitimidade de quem o

requer, da confirmação da presença de um advogado, e da confirmação do pagamento da respectiva taxa de justiça exigida por lei.

Dado que esta aceitação ou negação da possibilidade de assistência por parte do juiz é um momento processual de sumária importância, obviamente exige-se-lhe uma fundamentação no que à decisão representar. Nela deve o juiz enaltecer, quer o juízo de facto, quer o juízo de direito que contribuiu para a sua decisão, o que, alias, não representa senão o cumprimento escrupuloso, de exigências constitucionais como o que está consagrado no **artigo 205, nº1 da CRP**.

Uma vez não sendo admitida a constituição de assistente por parte do juiz, poderá haver lugar a recursos.

Estes, têm subida imediata, em separado, e com efeito meramente devolutivo como se pode verificar pelos **artigos 406 a 408 do CPP**.

Se por outro lado, se estiver, durante o inquérito, os autos podem correr em separado, com a possibilidade da junção de todos os elementos que se entendam necessários à tomada da decisão, pelo que com este mecanismo se pretende evitar demoras de tramitação processual. Também uma vez se estando na fase de inquérito há uma possibilidade jurídica atinente à constituição de assistente que é importante reter, pelo que nessa medida observemos uma vez mais o entendimento do **Professor Paulo Pinto de Albuquerque**, na obra “ **Comentário do Código e Processo Penal: à luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**”, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica, na página 206, nota número 20, em que claramente se expõe que, e citando (...) “ *A decisão de admissão como assistente tomada durante o inquérito faz caso julgado rebus sic stantibus, isto é, a decisão é tomada em função do objecto do processo tal como ele se configura na data da decisão e pode ser modificada caso se verifique uma alteração do objecto do processo. Assim, a natureza rebus sic stantibus do caso julgado mantém-se até ao momento da fixação do objecto do processo durante a fase de inquérito (...)*”

Desta forma, consegue-se também responder à necessidade hoje existente nos nossos tribunais de celeridade processual, isto sobretudo visando casos em que seja necessário enviar os autos para tribunal distinto.

Assim sendo, e à imagem da nota introdutória com que se começou este capítulo, importa uma vez mais realçar que a primordial função dos assistentes é

colaborar com o Ministério Público, salvo nas excepções previstas na lei pelo artigo **69 nº 1 do CPP**. Ilustrativo disto mesmo é o entendimento do **Professor Germano Marques da Silva, na obra “ Curso de Processo Penal”, I, página 343**, considerando que e cita-se (...) “ *Os assistentes colaboram com o Ministério Público a cuja actividade subordinam a sua intervenção no processo, salvas as excepções da lei. Os poderes processuais dos assistentes são análogos aos que competem ao Ministério Público, embora mais limitados (...) Dada porém, a posição de subordinação do assistente à actividade do Ministério Público, à parte das excepções admitidas e o regime especial que a lei porventura formule para certas intervenções dos assistentes, estes só podem assumir posições no processo compatíveis com a posição por que aí se decida o Ministério Público (...)*”

Com estas excepções o que se consagra são algumas situações em que o assistente pode actuar com uma maior autonomia, mas os mesmo poderes que tem o Ministério Público, isso nunca terá.

Dentro destas excepções analisemos alguns exemplos práticos em que as mesmas ocorrem:

Em primeiro lugar, temos o carácter de excepcionalidade que ocorre quando na presença de crimes de natureza pública e semipública, o assistente possa deduzir acusação independente da realizada pelo Ministério Público e nessa mesma medida expressa uma vez mais o **Professor Germano Marques da Silva, na obra “ Curso de Processo Penal”, I, página 344** ao considerar que e cita-se (...) “ *relativamente a crimes públicos e semipúblicos (...) o assistente pode aderir à acusação já deduzida (...) ou acusar autonomamente pelos mesmos factos, por parte deles ou por outros que não importem uma alteração substancial daqueles (...)*”.

Na prática, o que anteriormente se expôs, é a possibilidade real representada pela faculdade do assistente deduzir uma acusação distinta.

Este elo de distinção baseia-se em factos também distintos, desde que esta particularidade não represente contudo uma alteração substancial dos factos pelos quais houve acusação emanada do Ministério Público, como também da posição do autor acima mencionado podemos reter, e nessa medida deve **a este respeito observar-se o artigo 284,nº1 do CPP**.

Ainda nesta dimensão, ao assistente, está conferida a possibilidade de requerer a abertura da instrução relativamente a circunstâncias pelas quais o Ministério Público possa não ter deduzido acusação, quer a mesma tendo existido por desconhecimento, ou

“negligência” de análise processual, matéria preceituada no artigo **287, nº1 na sua alínea b) do CPP**.

Não nos devendo ficar pelo anteriormente explanado, importa mencionar, que na dimensão dos crimes desta natureza, estão todos aqueles em que a actividade do próprio Ministério Público esteja dependente da apresentação de uma queixa concreta, a realizar pela pessoa que seja o titular do direito que tenha sido lesado.

Partindo-se agora para crimes de natureza particular, estão também, num certo paralelismo com a hipótese anterior, os, em que a actividade do Ministério Público dependa também da apresentação de uma queixa, da constituição de assistente e de uma consequente apresentação de acusação particular. Pelo entendimento do **Professor Germano Marques da Silva, na obra “ Curso de Processo Penal”, III, página 37,** podemos observar que, e cita-se (...) *“se nos crimes desta natureza o assistente não acusar, o Ministério Público também não o pode fazer porque a acusação particular constitui condição da legitimidade do Ministério Público acusar, não obstante a falta da acusação particular, a acusação é nula (...)”*.

Em questão de legitimidade processual tem ainda o assistente a possibilidade de requerer intervenção de tribunal de júri, por acção do artigo **13 do CPP**;

Pode o mesmo determinar a incompetência do tribunal por acção do artigo **32, nº1 do CPP**, requerendo a declaração de impedimento de determinado juiz pelo preceituado no **artigo 41, nº2 do CPP**;

E pode recorrer de todas as decisões que directamente o afectem mesmo que o mesmo não tenha acontecido por parte do Ministério Público, havendo aqui que ter em conta a articulação entre os **artigos 69, nº2, na sua alínea c), e 401 nº1 alínea b) do CPP**.

O Papel fundamental do assistente

- Posição processual –

Após nas rubricas anteriores ter sido realizada uma exposição doutrinal sobre em quem e em que circunstâncias pode ocorrer a constituição de assistente, tendo sido nessa medida indicado qual a natureza de cada tipo de crime que o permite, pretende-se agora expor os principais traços de intervenção do assistente nas fases processuais propriamente ditas, para que dessa forma se consiga perceber na prática qual é o alcance processual inerente a esta figura jurídica.

Ora, urge então primeiramente indicar, que desde logo, e em especial, devem os assistentes intervir no **inquérito e na instrução**.

Para tal acontecer, devem ser requeridas as diligências processuais que considerem necessárias e que tenham contribuindo para a apresentação de provas, devendo nesse sentido atender-se ao regime das mesmas, preceituado nos artigos **124 e seguintes do CPP**.

Como já anteriormente houve a preocupação de explicar, através de exemplos concretos, a intervenção do assistente é subordinada ao Ministério Público ou ao próprio juiz de instrução criminal, consoante o momento processual em que nos encontremos.

Nessa medida o próprio juiz ou o Ministério Público detêm a competência de se poderem pronunciar sobre o requerimento que se exige dever existir para apresentação de provas, e até da realização de algumas diligências processuais, sendo que para isso, têm a capacidade de se assim entenderem, indeferirem o mesmo, quando entendam que tais provas ou diligências não são necessárias à descoberta da verdade material.

Contudo, não devendo a análise desta matéria ser restringida pelo até ao momento já dito, importa elencar o conjunto de **faculdades inerentes ao assistente quer em sede de inquérito quer em sede de instrução**.

O assistente na fase de inquérito:

Neste âmbito processual, o assistente tem em primeiro lugar a possibilidade de consultar os autos processuais, e obter, se assim entender necessário, todas as cópias de certidões nos termos permitidos pelo **artigo 89 do CPP**. Para uma melhor e mais ampla observação da matéria, inerente às particularidades que estão permitidas aos assistentes, no que a acesso e consultas activas processuais diz respeito, aconselha-se o estudo da obra do **Professor Paulo Pinto de Albuquerque**, na obra “ **Comentário do Código e Processo Penal: à luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**”, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica, nas páginas 209 e seguintes, em que pormenorizadamente as mesmas são elencadas.

Relacionado muito directamente com o ponto anterior está a capacidade do assistente poder requerer que o processo seja sujeito ao segredo de justiça, ou pelo contrário que se assista ao seu levantamento, como se pode observar pela redacção do **artigo 86, nos seus números 2, 4 e 5 do CPP**.

Uma vez se optando por uma ou outra circunstância, deve a mesma respeitar todos os preceitos legais que lhe sejam ilustrativos. Ao assistente é ainda permitida a capacidade de examinar, quando se tenha encerrado o inquérito, todos os suportes que sustentam as conversações ou comunicações que constarem do mesmo.

Poderá obter ainda também, se assim entender necessário, cópia das partes que pretenda analisar, para que as possa transcrever e juntar ao processo para sua utilização processual.

Noutro prisma, numa dimensão mais estreita, entre a relação assistente/ Juiz de instrução criminal, doravante designado por JIC, tem o assistente legitimidade para requerer que o mesmo, pratique algum dos actos que constam do leque de opções do **artigo 268 do CPP**.

Pode ainda, requerer ao JIC, que ordene a prática dos actos mencionados no **artigo 269 do CPP**, e requerer também que sejam tomadas declarações para memória futura, sempre que tal circunstância se mostre indispensável ou útil, de maneira a que

determinado depoimento, possa nessa medida, ser posteriormente utilizado em sede de julgamento, como dispõe o **artigo 271 do CPP, no seu número 1.**

Se estivermos na presença de processos **comum ou sumário**, pode ainda o assistente requerer a suspensão provisória do processo, devendo para isso articular-se os **artigos 281 e 38 do CPP**, daqui resultando a possibilidade de concordar ou não concordar com a decisão do Ministério Público em suspender provisoriamente o processo, como sustentado pela redacção do **artigo 281 nº1, alínea a) do CPP.**

Pode ainda o assistente, requerer noutra circunstância distinta, a aceleração processual, sempre que se observe terem sido excedidos os prazos de duração do inquérito, e ser notificado dos despachos de arquivamento do inquérito e de acusação, devendo sempre que tal suceda, atender-se nesta matéria ao **artigo 283 nº5 do CPP.**

Contudo será quase de intuitiva compreensão, que para que o anterior aconteça, deve o assistente ser informado da violação dos prazos do inquérito assim como do prazo necessário para o concluir.

Esta prestação de informação é realizada pelo superior hierárquico do Ministério Público, devendo atender-se ao **artigo 276 nº7 do CPP.** Quando sinta a necessidade de reabrir o inquérito, tem o assistente a faculdade para o requerer como sustenta o **artigo 279 do CPP.**

Posto isto, ainda uma breve chamada de atenção para duas capacidades inerentes ao assistente no que a matéria de perícias diz respeito.

A primeira, direcciona-se no sentido da capacidade de ser o assistente a indicar, para que assista à realização de determinada perícia, um técnico que seja da sua confiança., sendo que a este será entregue a capacidade, de sempre que assim entender necessário, suscitar esclarecimentos sobre a mesma, como versam os **artigos 155 e 157 do CPP.**

A segunda capacidade é a do dever de notificação para com o assistente, do despacho que determinar a perícia em questão, devendo a mesma ter uma antecedência de 3 dias sobre aquele em que a mesma se venha a realizar, a não ser que a autoridade judiciária em acção o não permita, por ter, fundadas razões para crer que essa mesma possibilidade coloque em causa os resultados que se pretendam obter com o inquérito.

Aqui chegados, abordemos agora a capacidade de actuação do assistente na **fase processual da instrução**.

A primeira potencialidade do assistente, é, variando a natureza do crime, entre público ou semipúblico, a capacidade de requerer a abertura da instrução (como de resto já anteriormente em sede oportuna se mencionou), relativamente a circunstâncias ou factos pelos quais o Ministério Público não tenha deduzido acusação, devendo citar-se mais uma vez, e a este propósito o **artigo 287, nº1, alínea b) do CPP**.

Nas palavras do **Professor Germano Marques da Silva, na obra “ Curso de Processo Penal”, III, página 125** acontecendo esta possibilidade e cita-se (...) *“ se a final o juiz lhe der razão o processo prosseguirá com a acusação do assistente, recebida pela pronúncia. A acusação formal do assistente não terá de fundamentar-se nas provas recolhidas no inquérito, do mesmo modo que não tem de ser fundamentada na prova indiciária recolhida no inquérito a acusação implícita no requerimento de abertura da instrução (...)”*.

Quando perante circunstâncias em que este procedimento depender de acusação particular, é o assistente que detém a legitimidade para deduzir a acusação nos moldes preceituados pelo **artigo 285 do CPP**.

Nesse domínio, e citando as palavras do **Sr. Juiz Rui da Fonseca e Castro, no seu livro “Processo Penal – Instrução”, página 84** (...) *“ Na verdade, nessas situações, tampouco existe um despacho de arquivamento sobre o qual possa incidir um requerimento para abertura de instrução, uma vez que o Ministério Público encerra o inquérito mas notifica o assistente para deduzir acusação (...)”*

Tendo em apreço estas palavras, pode-se com alguma clareza perceber que não se considera que o assistente tenha legitimidade para requerer a abertura da instrução, quando não a tenha também para poder acusar com autonomia o que se prevê no **artigo 285 do CPP**.

Dessa maneira o entendimento anterior é a mesmo que dizer que a legitimidade processual do assistente, está sempre vedada às situações que digam respeito a crimes públicos e semipúblicos, perante os quais esteja previsto legalmente pelos **artigos 48 e 49 do CPP**.

Mais ainda nesta matéria se deve dizer, pois e quando se defenda que o assistente unicamente poderá requerer abertura da instrução relativamente aos factos pelos quais o Ministério Público não tenha deduzido acusação, que disto mesmo é ilustrativa a posição do **Professor Germano Marques da Silva**, na obra “ **Curso de Processo Penal**”, **III, página 142** ao considerar que e cita-se (...) “ *A instrução pode ser requerida pelo assistente, se o procedimento não depender de acusação particular, relativamente a factos pelos quais o Ministério Público não tiver deduzido acusação. Tratando-se de crimes particulares não pode ser requerida a instrução pelo assistente porque lhe compete deduzir a acusação. O assistente pode sempre promover o julgamento, acusando (...)*”.

Este entendimento está uma vez mais, também presente, nas palavras do **Sr. Juiz Rui da Fonseca e Castro**, no seu livro “**Processo Penal – Instrução**”, **página 85**, passando a citar-se as suas palavras (...) “ *Na base de tal limitação está a possibilidade do assistente deduzir a acusação subordinada à do Ministério Público pelos mesmos factos ou por outros que não importem alteração substancial, nos termos do artigo 284, nº 1, do CPP. Com efeito, no caso de crimes públicos e semipúblicos, se o assistente pode deduzir acusação subordinada à do Ministério Público pelos mesmos factos que este verteu na acusação principal ou por outros que não importem a imputação ao arguido de crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis, não faria sentido requerer a abertura da instrução (...)*”

Destas palavras, podemos então subsumir o entendimento, de que está direccionada à legitimidade do assistente o requerer a abertura da instrução. Contudo deve salvaguardar-se a situação em que o Ministério Público possa deduzir acusação sem que no entanto se venha a pronunciar sobre circunstâncias abrangidas pelo que representava o objecto do inquérito, e que nessa medida representassem a ocorrência de determinada conduta ilícita de natureza criminal.

Na continuação da exposição do **Sr. Juiz Rui da Fonseca e Castro**, acerca desta matéria no seu livro “**Processo Penal – Instrução**”, **página 86**, dá-nos o mesmo um exemplo ao parágrafo anterior mencionado quando indica que, e passando-se a citar (...) “ *Por exemplo, o arguido está acusado da prática de um crime de furto qualificado, pelos artigos 203 nº1, e 204, nº1, do CPP, de um veículo automóvel, mas o despacho de encerramento do inquérito não abrange factos relativos ao estado do bem subtraído no momento da sua apreensão, susceptíveis de consubstanciar, um concurso real, a prática de um crime de dano, pelo artigo 212, nº1, do CP, relativamente aos quais o proprietário tenha oportunamente apresentado queixa.*” (...)

Daqui poderá subtrair-se que resulta deste entendimento jurisprudencial que não havendo um despacho de arquivamento, na medida em que o encerrar do inquérito

deverá sempre dizer respeito a totalidade do objecto em causa, delimitado pela notícia do crime e seu desenvolvimento, detém contudo o assistente, a legitimidade para requerer a abertura da instrução, dado que esta mesma legitimidade não está refém de uma decisão de arquivamento.

Esta mesma possibilidade considera-se estar sustentada legalmente por acção do artigo **286 do CPP**, dado entender-se que a instrução consubstancia a comprovação judicial do entendimento de acusar ou arquivar o inquérito, daí resultando ou não a submissão ou não da causa a julgamento.

Tal potencialidade deve ser articulada com o artigo **287, nº1, Alínea b) do CPP**, dado esta indicar que o assistente pode apenas requerer, como já se mencionou, a abertura da instrução relativamente a factos pelos quais o Ministério Público não tiver deduzido acusação.

Aqui chegados, e numa óptica já distinta, importa salientar que o prazo para requerer a abertura de instrução, vai também por acção do artigo anteriormente citado ser de 20 dias a contar da notificação da acusação ou do arquivamento.

Uma vez tendo sido notificado directamente o arguido e o assistente, bem como naturalmente os seus advogados, o prazo começa a contar-se a partir do momento da data da notificação realizada em último lugar como previsto pelo artigo **113 nº 1º do CPP**.

Na eventualidade de existirem vários arguidos ou assistentes, uma vez terminando o prazo em dias distintos, prevê ainda o artigo **113, nº13 do CPP**, que a instrução possa ser requerida por todas ou por cada uma dessas pessoas até ao termo do prazo que em último lugar tenha já começado a correr.

Nesta matéria, e citando as palavras do mesmo, entende o **Sr. Juiz Rui da Fonseca e Castro**, no seu livro “**Processo Penal - Instrução**”, página 47 que, (...) “*Todavia, se o processo tiver seguido os seus ulteriores trâmites, ou seja, tendo sido remetido para julgamento, e apenas um ou vários arguidos, de um total de mais arguidos, não tiverem sido notificados da acusação e da possibilidade legal de requerer a abertura da instrução e respectivo prazo, sendo que os demais não foram e não requereram, fica tal direito precluído em relação aos mesmos, uma vez que a norma constante do artigo 113, nº13, do CPP, pressupõe uma efectiva notificação e não uma notificação tardia, com a tramitação subsequente do processo*” (...).

Articulada com a faculdade anterior, tem o assistente, a de poder requerer a prorrogação do prazo de abertura da instrução ao abrigo do artigo **107 do CPP**.

Posteriormente, e se já se tiver proferido acusação, ou tenha havido lugar ao requerimento para abertura da instrução, pode o assistente requerer a suspensão do processo, quando haja por exemplo a necessidade de julgar de uma questão de natureza que não penal e que por isso não tenha lugar num julgamento dessa natureza.

(Um exemplo disto mesmo pode ser a necessidade de julgar de uma indemnização cível, que como tal deverá ser julgada num tribunal dessa mesma competência).

Articulando sempre que por enquadramento com o anteriormente expresso, ou outra qualquer vicissitude processual a que se assista, tem o assistente a possibilidade de levantar o conflito de incompetência territorial de determinados tribunais, assim como deduzir a incompetência de determinado tribunal até à ocorrência do debate instrutório, pelo que para tal se devem nestas questões articular os artigos **32 e 35 do CPP**.

Outro âmbito de valências em sede de instrução, e embora distinto, com algum paralelismo com o que acontecia em sede de inquérito, é ter o assistente a faculdade de requerer o impedimento do juiz, requerer ao mesmo a tomada e declarações para memória futura, requerer recusa para intervenção de determinado juiz, e requerer a aceleração processual, uma vez excedidos os prazos da instrução.

(ver nestes domínios e respectivamente os **artigos 41, nº2, 271,43 e a articulação dos artigos 106,110 e 306 do CPP**).

Naturalmente, e por acção dos artigos **289 e 297 do CPP**, tem o assistente ainda a plena capacidade de participar no debate instrutório, exigindo-se para que tal aconteça a sua prévia notificação.

Analisemos agora o **âmbito de actuação do assistente no que à acusação, e dedução da mesma concretamente diz respeito**.

O assistente e a acusação:

Ao assistente confere-se-lhe a capacidade legítima, como já se mencionou, de poder deduzir acusação independente da que tenha sido apresentada pelo Ministério Público, e quando perante crimes particulares, mesmo que o Ministério Público o não faça, como previsto pelo **artigo 69 nº2 do CPP**. Nesta medida destaquemos uma consideração do **Professor Paulo Pinto de Albuquerque**, na obra “ **Comentário do Código e Processo Penal: à luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**”, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica, na página 212, nota número 6, em que considera e cita-se (...) “ *A constituição como assistente e a dedução de uma acusação pelo assistente ou o acompanhamento da acusação pública pelo assistente são mostras claras do seu interesse pessoal directo no destino da causa penal, que o habilitam desde então a fazer valer o seu ponto de vista jurídico sobre esse mesmo destino (...)*”

Daqui resulta que pela variação da natureza do crime de que esteja a julgar, varia também a actuação do assistente no processo em causa.

Se em causa estiverem **crimes particulares**, uma vez tendo terminado o inquérito, o Ministério Público tem o dever de notificar o assistente, de maneira a que este, se assim entender e num prazo de 10 dias **possa proceder à dedução de acusação particular**.

Desta apresentação de acusação particular, resulta que o Ministério Público, pode, ou não, acusar pelos mesmos factos, ou por outros desde que como já anteriormente mencionado, tal evidência não dê lugar a uma alteração substancial dos factos. Daqui resultará que nos crimes desta natureza, o assistente tem o direito de acusar, sem que lhe seja tomada em conta, a posição do Ministério Público.

Não havendo dedução de acusação por parte do assistente, o Ministério Público encontrar-se-á perante uma ausência de legitimidade para o prosseguimento processual, devendo por isso, nessa medida, arquivar o inquérito.

Uma vez perante **crimes de natureza pública ou semipública**, o assistente tem a legitimidade em deduzir acusação pelos factos de que tenha acusado o Ministério Público, ou por outros, uma vez mais, estes, não levando a alteração substancial dos factos até 10 dias após a notificação da acusação por parte do Ministério Público.

Pelo antes expressado, resulta que nos crimes desta natureza o assistente apenas pode deduzir acusação se previamente também já o Ministério Público o tiver efectuado, podendo daqui extrair-se o entendimento que mais que ser facultativa, a acusação por parte do assistente é sempre subordinada à realizada pelo Ministério Público. Nos cenários em que não exista acusação por parte do Ministério Público, o assistente tem o direito de requerer a abertura da instrução.

Para isso, deverão apresentar-se provas cabais em seu sustento, e requerendo daí todas as diligências que se entendam necessárias para o alcance da verdade material do processo em causa, devendo-se uma vez mais, e nesta medida, atender ao consagrado pelos artigos **69 n.º 2 e 287 n.º 1 do CPP**. Posto isto, analisemos agora então a posição processual do assistente em sede de **julgamento**, através das potencialidades de actuação que por lei lhe estão devidamente conferidas.

A primeira noção a ter bem patente é que o assistente **pode** intervir em sede de julgamento, podendo observar-se minuciosamente, quais as possibilidades que lhe estão neste momento adstritas, pela página 209 e seguintes, nas suas mais variadas rubricas, da obra já por diversas vezes mencionada, do **Professor Paulo Pinto de Albuquerque**, na obra “ **Comentário do Código e Processo Penal: à luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**”, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica.

Nessa medida analisemos agora concreta e individualizadamente algumas valências neste momento processual.

Em primeiro lugar há a ter bem claro que o assistente uma vez em desacordo, pode pedir a atribuição de competência a tribunal distinto do que se esteja a observar, desde que da mesma espécie e hierarquia.

Para que tal aconteça deve articular esta capacidade com a de, sendo necessário, ter legitimidade para requerer o impedimento de determinado juiz para o processo em causa, devendo no entanto juntar tudo o que comprove a necessidade desse mesmo requerimento, situação prevista por acção do artigo **41, n.º 2 do CPP**.

Sendo previstas estas possibilidades, está também prevista a de requerer a recusa de intervenção de determinado juiz no processo em causa pelos artigos seguintes, **43 e 44 do CPP**.

Num cenário de incongruência processual, em que se tenha, intencionalmente ou não, olvidado a instrução e tenha ainda assim sido remetido para julgamento, pode assistir-se ao despacho de, não-aceitação para com a acusação do assistente, no momento em que a mesma representar uma alteração consubstancial dos factos de que se julga, como previsto pelo **artigo 311 do CPP**.

Uma vez tendo já sido marcada a audiência há algumas formalidades importantes que se passam a elenca, exigindo-se como formalidade processual, uma notificação a realizar por despacho, e nessa medida, a mesma deve acontecer num prazo nunca inferior a 30 dias de antecedência face ao dia de audiência, e que deva dela informar o assistente, as partes civis e ainda os seus próprios representantes, o que se encontra legalmente preceituado pelo **artigo 312, nº2 do CPP**.

Daqui resulta que nos casos em que a lei o exigir, se o assistente ou as partes civis não comparecerem na audiência de julgamento, por falta de notificação, tal situação consubstancia uma nulidade processual, como prevê o **artigo 120, nº2 alínea b) do CPP**. Nesta são ainda exigidas as presenças dos lesados, e dos demandados, quando haja a necessidade dos mesmos virem a prestar declarações que não possam, de maneira alguma, e por imposição processual, por si serem recusadas.

Encontramo-nos aqui, se quisermos, perante uma questão de legitimidade e poderes processuais, matéria sobre a qual versa o **artigo 80º e 74 nº 2 e 3 do CPP**, e em comentário ao anteriormente mencionado artigo 80, diz o **Professor Paulo Pinto de Albuquerque**, na obra “ **Comentário do Código e Processo Penal: à luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**”, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica na página 229, notas número 1 que, e cita-se (...) “ *O lesado e os responsáveis civis são obrigados a comparecer no julgamento quando tenha sido requerida a prestação de declarações pelo arguido ou tenha sido determinada pelo juiz presidente (...)*”.

Noutro domínio outra grande valência inerente ao assistente nesta fase processual é a possibilidade que por lei lhe está conferida a poder alterar quando assim entender o rol de testemunhas apresentado.

Também as partes civis envolvidas no processo têm esta possibilidade que está prevista por acção do **artigo 146, nº1 e 2 do CPP**.

Tem ainda o assistente a possibilidade de requerer a restrição da livre assistência de público ao decorrer da audiência de julgamento, sendo que deve para que tal suceda fundamentar devidamente esse requerimento, que se encontra legalmente previsto no **artigo 321 nº2 do CPP**. Se no decorrer da audiência se verificar a ausência do representante do assistente, a audiência deverá naturalmente prosseguir, sendo no entanto dada a palavra a este, quando na mesma se apresentar. Ver nesta medida, o **artigo 330 nº2 do CPP**. Do que atrás se mencionou é também ilustrativo o entendimento do **Sr. Juiz Rui da Fonseca e Castro, no seu livro “ Processo Penal - Julgamento”, página 98**.

Se perante esta mesma ausência acontecer julgar-se de situações que a crimes de natureza particular digam respeito, a audiência é por uma vez alvo de adiamento, sendo que a injustificação de uma primeira falta, ou o surgir da segunda ditam automaticamente a desistência da acusação apresentada. Tal está previsto por acção do **artigo 330 nº2 do CPP**, como também e uma vez mais ainda na página 98 podemos retirar do exposto pelo **Sr. Juiz Rui da Fonseca e Castro, no seu livro “ Processo Penal – Julgamento”**.

Num cenário distinto, se quem estiver ausente da audiência for o assistente, mas nela estiver no entanto o seu advogado, a ausência do primeiro não determina o adiamento da audiência, uma vez que o seu advogado, devidamente mandatado para tal, representa todos os seus interesses processuais, como prevê o **artigo 331 do CPP**. Como menciona o **Sr. Juiz Rui da Fonseca e Castro, no seu livro “ Processo Penal - Julgamento”, página 98, no ponto 3 e cita-se (...) “ A falta do assistente, de testemunhas, peritos ou consultores técnicos ou das partes civis não dá lugar ao adiamento da audiência, sendo o assistente e as partes civis, nesse caso, representados para todos os efeitos legais pelos respectivos advogados (...)”**.

Quanto à leitura das declarações que assistente e partes civis envolvidas no processo possam ter realizado, estas devem respeitar os princípios e requisitos consagrados pelo **artigo 356, nº2 do CPP**, e se surgirem novos factos que levem a uma alteração substancial dos iniciais decorrentes da acusação ou do despacho de pronúncia, prevê o **artigo 359 nº3 do CPP** a exigência de um acordo entre o Ministério Público, o assistente e o arguido, para que possa continuar a decorrer o julgamento.

Já na dimensão pericial, quando a estas haja lugar, tem o assistente a potencialidade de recusar um perito em quem não entenda confiar, devendo para isso ser também notificados do despacho que ordena a perícia e que informa do local, dia e perito em causa.

Uma vez recusado pelo assistente o perito inicialmente proposto, pode o mesmo designar um consultor da sua confiança, que poderá pedir esclarecimentos sobre o que tendo em apreço a perícia entender deve questionar, após a apresentação do relatório pericial, devendo nesta medida aludir-se ao preceituado nos artigos **153 a 157 do CPP**.

Uma vez se estando a mencionar a “prova”, sendo dada por terminada a produção da mesma, os advogados dos assistentes terão a palavra para que possam nos moldes que entenderem pertinentes, realizar as suas alegações orais, nelas devendo expressar as suas conclusões, quer sejam estas de matéria de direito ou de facto, resultantes do que se tenha extraído da produção de prova.

Estas declarações deverão sempre constar da acta da audiência de julgamento, sendo que sempre que assim não aconteça se verificará uma nulidade sustentada pelos **artigos 363 e 364 do CPP**.

O assistente e o recurso

Requisitos e exigências para a sua interposição

Na senda das rubricas anteriores, mas ainda no espectro da actuação do assistente no decorrer da tramitação processual, atentemos agora na estreita relação entre este e a possibilidade jurídica do recurso. Para tal, deve-se desde já trazer à colação o entendimento do **Professor Paulo Pinto de Albuquerque**, na obra “**Comentário do Código e Processo Penal: à luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**”, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica na página 212, nota número 6, em que considera claramente, e nessa medida se cita que, (...) “*De igual modo, o assistente tem o Direito Constitucional de interpor recurso da decisão que aplique, modifique, substitua, ou revogue medida coactiva de maneira que o assistente considere insuficientemente tutelados (...)*”

Uma das valências inerentes ao assistente é o mesmo dispor de acesso a todos os elementos processuais que lhe sejam imprescindíveis (sempre de harmonia com o segredo de justiça).

Resulta desta potencialidade a possibilidade dos assistentes poderem interpor recurso de todas as decisões que lhes sejam desfavoráveis, mesmo que o Ministério Público de maneira distinta tenha actuado, sendo que ocorrendo esta circunstância torna-se absolutamente indiferente a natureza do crime em questão. Ora em sede de recurso, a legitimidade do assistente em agir nesta medida está consagrada pelo artigo **401 nº1, na sua alínea b), e nº 2 do CPP**.

A consequente subida dos recursos acontece imediatamente quando estejamos perante recursos interpostos de despachos que não admitam a constituição de assistente.

A nível de formalidade processual, os principais pressupostos a ter em conta são a exigência de notificação aos restantes sujeitos processuais que venham a ser afectados pela interposição do recurso em causa, podendo estes exercer o seu direito de resposta no prazo estipulado pelo **artigo 413 do CPP**. Em caso de se optar pela desistência de interposição de recurso, a mesma pode acontecer no momento em que se execute o exame preliminar do mesmo, situação acautelada por acção do artigo **415, nº1 do CPP**.

Uma vez sendo rejeitado o recurso que se tenha interposto, será o recorrente condenado a pagar uma taxa que varia consoante a circunstância específica, a que se assista processualmente.

Num segundo prisma de observação que diz respeito ao representante mandatado do assistente, uma vez em audiência, há a reter que em primeiro lugar por acção do artigo **423 do CPP**, este pode alegar durante 30 minutos, duração prorrogável em processos que tenham especial complexidade.

A nível de legitimidades o assistente pode interpor recurso extraordinário para fixação de jurisprudência, da mesma maneira que pode recorrer de decisão que contrarie jurisprudência que já tenha sido fixada pelo STJ. (analisar, nesta medida e respectivamente os artigos **437 nº5 e 446 nº 2 do CPP**).

Há ainda a destacar a possibilidade do assistente poder neste âmbito requerer revisão de sentenças absolutórias e despachos de não pronúncia por acção do artigo **450**

do CPP. , e havendo uma negação desta possibilidade por parte do STJ, há a condenação ao requerente nas devidas e previstas custas judiciais a somar a uma eventual quantia a deliberar por acção do artigo **456 do CPP**, se o pedido para tal se observe extemporâneo e manifestamente infundado.

Sempre que se observe a alteração para sentença condenatória, da que anteriormente tivesse sido absolutória, ao assistente serão devolvidas todas as quantias que tenha hipoteticamente pago, como resulta do artigo **463 nº 3 do CPP**.

Aqui chegados e ainda que fuja um pouco ao cerne do tema em análise nesta dissertação, o seu esquecimento consubstanciaria a ausência de um elo jurisprudencial necessário para melhor compreender a matéria em causa, pelo que por isso, atentemos agora, ainda que resumidamente, na ligação existente entre o assistente a as notificações.

O assistente e as notificações:

Para que possam ser devidamente notificados, os denunciantes que procurem tornar-se assistentes, os assistentes, e também as partes civis, devem indicar alguns dos seus dados pessoais como sendo a sua residência ou outro qualquer domicílio à sua escolha, posteriormente sendo então alvo da mesma, mormente por via postal, devendo atender-se nesta matéria ao **artigo 113 do CPP**.

Como por certo terá sido notado, que no parágrafo anterior mencionou-se a expressão “os denunciantes que procurem tornar-se assistentes”, e tal expressão é apresentada pelo alargamento desta norma ao denunciante, deverão os mesmos indicar os dados supra citados, sabendo de ante mão que serão para as moradas que indicarem que serão enviadas todas as vicissitudes processuais existentes a menos que a determinado momento as alterem indicando novos endereços de morada, residência, etc.

As notificações do assistente podem ser efectuadas ao respectivo causídico, exceptuando as realizadas respeitantes à acusação, à decisão instrutória, à decisão de designação do dia do julgamento, e naturalmente à marcação da sentença. A estas juntam-se os casos de pedidos de indemnizações civis, as quais devem também ser notificadas ao advogado.

Se estivermos perante vários assistentes, quando o prazo para a prática de actos posteriores à notificação terminar em dias distintos, o acto processual pode ser realizado por todos ou por cada um dos assistentes existentes até ao termo do prazo que começou em último lugar a correr, como alude o artigo **113, nº12 do CPP**.

De salientar que embora estando perante Direito Processual Penal, para a contagem de prazos, aplicam-se as disposições que são inerentes à lei processual civil, pelo que daqui resulta que também na necessidade de praticar qualquer acto processual fora do prazo previamente estabelecido por lei, há que atender ao artigo **107, 145 e 146 do Código de Processo Civil**.

O assistente e as Declarações Processuais:

Ao assistente entendem-se poder tomar quaisquer declarações quer a seu requerimento ou a requerimento do arguido, e ainda sempre que a autoridade judiciária em acção o entender como processualmente pertinente ou indispensável, como resulta do artigo **145 do CPP**.

Correntemente as declarações são prestadas de maneira oral, sendo que as partes civis, e todas as demais pessoas que se tenham constituído assistentes, a partir do momento dessa mesma constituição, passam a estar naturalmente impedidas de prestar depoimentos como testemunhas, situação salvaguardada pelo artigo **133 nº1 do CPP**.

As declarações dos assistentes podem ser tomadas perante um juiz de comarca distinta quando residam noutro local, que não o do círculo judicial em questão, e não sendo considerada a sua presença no mesmo como essencial para a descoberta da verdade material devendo atender-se nesta matéria ao artigo **318 do CPP**. Podem também os assistentes decidir tomar medidas para declarações em sede de memória futura, podendo estas ser tomadas em qualquer local onde se encontrarem, desde que verificadas razões concretas que ilustrem a impossibilidade de comparecer posteriormente na audiência.

Por outro lado as declarações dos assistentes mantêm-se sempre ainda sujeitas ao regime da prova testemunhal, podendo estas ser tomadas posteriormente na audiência de

juízo quer por solicitação do Ministério Público, quer também pelo defensor, advogados dos assistentes ou ainda das partes civis, situação prevista pelos **artigos 346 e 347 do CPP**.

Quanto ao dever de veracidade, o que se assiste nesta medida, é que pese embora haja e deva haver sempre o dever da veracidade, podendo ser punido pela sua ausência quem assim actuar, não existe porém a obrigatoriedade de haver um momento de juramento, como prevê o **artigo 145 nº4 do CPP**. Daqui resulta que a leitura das declarações do assistente, uma vez em audiência, será permitida cumprindo os pressupostos e condições do **artigo 356, nos seus números 3,4 e 5 do CPP**. Se nesta medida observarmos as palavras do **Sr. Juiz Rui da Fonseca e Castro, no seu livro “Processo Penal - Julgamento”, página 134**, veremos que é este também o entendimento por si levantado quando menciona que e cita-se (...) “ *A prestação de declarações pelo Assistente não é precedida de juramento, mas viça o mesmo sujeito ao dever de verdade e a responsabilidade penal pela sua violação (artigos 346, nº2, e 145º, nº 2 e 4, do CPP). Podem ser mostrados ao assistente quaisquer pessoas, documentos ou objectos relacionados com o tema da prova, bem como peças anteriores do processo, sem prejuízo do disposto nos artigos 356º e 357º do CPP. (...)*”

O assistente na consulta dos autos processuais

Esta é sem dúvida, uma temática, também ela como não poderia deixar de ser de extrema importância, dado que o assistente não teria sentido sem a possibilidade de consultar os autos processuais, pelo menos nos moldes em que se entende o assistente nos dias que correm. Assim, se estivermos em pleno inquérito, o assistente, o ofendido, e o lesado podem consultar os autos processuais ou os elementos que deles constarem, desde que, tendo para isso realizado o devido requerimento ao abrigo do **artigo 89, nº1 do CPP**.

Porém há uma circunstância específica que pode nesta matéria ditar uma alteração neste comportamento padrão, circunstância, essa, que é se o processo estiver em segredo de justiça. Se assim acontecer, o Ministério Público pode opor-se à consulta dos autos, desde que fundamentando esta sua posição, e por norma, uma vez assim

acontecendo, é porque do entendimento do Ministério Público resulta o ponto de vista que tal consulta processual poderá prejudicar a investigação em curso, ou até mesmo os direitos das próprias vítimas.

Uma vez chegados a um cenário desta natureza, caberá ao juiz observar a situação decidindo por despacho irrecorrível se há ou não lugar à consulta dos autos processuais, situação previsto pelo **artigo 89 n°2 do CPP**, e quando tiverem já sido ultrapassados todos os prazos de duração do inquérito, a consulta dos autos poderá realizar-se respeitando porém, as disposições do **artigo 89, n°6 do CPP**.

Tornado público o processo, o assistente pode requerer à autoridade judiciária em questão o exame dos autos realizados fora da secretaria do tribunal, devendo haver uma fixação de prazo para que tal aconteça como prevê o **artigo 89, n°4 do CPP**

III Capítulo

O “Assistente” em ordenamentos jurídicos estrangeiros

Realidade Espanhola e Realidade Brasileira

O “Assistente” no Direito Processual Espanhol

Aqui chegados importa numa lógica sequencial observar juridicamente quais os contornos desta matéria em ordenamentos jurídicos distintos do Português, de maneira a que se consiga destrinçar algumas semelhanças ou diferenças, numa óptica quase de direito comparado. Assim, e tendo em primeiro lugar em atenção a nossa vizinha Espanha, importa indicar que não há no ordenamento jurídico Espanhol a existência de uma figura jurídica equivalente quer em dimensão quer em características, à figura do “assistente” que vigora no ordenamento jurídico Português.

Pese embora se verifique esta realidade, em seguida observar-se-á o caso existente no ordenamento jurídico Espanhol, incidindo por ora esta observação na matéria presente no capítulo IV do Código Processual Penal Espanhol (doravante **LECRIM**, codificação aprovada por Real Decreto de 14 de Setembro de 1882, e em vigência até à actualidade), sob a epígrafe “*De las personas a quienes corresponde el ejercicio de las acciones que nacen de los delitos y faltas*”, sobretudo numa exposição doutrinária que diz respeito ao espectro dos artigos compreendidos entre o artigo **100 e 117** do **LECRIM**, dando-se também destaque à matéria inerente ao delito como ilícito civil, pela produção eventual de consequências prejudiciais para com o facto delituoso, ocorrência de ofensa e dano, presença do ofendido e prejudicado, e respectiva possibilidade de se verificar sanção penal e/ou civil.

No artigo já mencionado numa primeira parte é nos dito que todo o delito ou falta dá origem a uma acção penal que tem como objectivo castigar o hipotético culpado, e nessa medida, até aqui poderá nascer uma observação legítima de dúvida, dado que a acção penal tanto poderá nascer de factos aparentemente delituosos como de uma falta. Ora do delito ou falta nunca pode surgir uma acção penal, porque havendo delito ou falta só o saberemos no “*términus*” do processo. Por outro lado é também dito

que tal pode ainda surgir em ocasiões em que esteja em voga uma acção civil que se destine à restituição de uma coisa, como meio de reparação de um dano ou ainda para a obtenção de uma indemnização por danos. De notar que cabe também o que supra se mencionou no artigo **101** do **LECRIM**, onde se encontra legalmente preceituado, e cita-se *“La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley.”* Ainda no âmbito do carácter inerente a quem tem ou não legitimidade para desencadear uma acção penal, consagra o artigo **102** do **LECRIM**, respectivamente nos seus números 1, 2 e 3 que não têm essa possibilidade e cita-se *“El que no goce de la plenitud de los derechos civiles.”*, *“El que hubiere sido condenado dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querella calumniosas”*e” *El Juez o Magistrado.”*

No entanto, e traduzindo a letra da lei para Português, encontra-se previsto no mesmo artigo que todos os compreendidos nos números supra citados podem intervir em processos contra pessoas que por sangue ou afinidade lhes sejam próximos ou em que sejam alvo pessoas ou bens que à sua guarda estivessem.

Num âmbito já um pouco distinto está o artigo **103** do **LECRIM**, que destina a sua redacção concretamente a situações jurídicas entre cônjuges, salientando que não podem estes exercer acções de natureza penal entre si, salvo nos casos previstos, nomeadamente no seu número 1 que alude às questões em que e cita-se *“Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia”*, e no seu número 2 onde se prevê que ainda num universo familiar não possam exercer acções penais quando, e cita-se novamente *“ Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros”*.

Seguidamente e pelo disposto no artigo **104**, traduzindo para português, prevê o legislador Espanhol que nas acções penais decorrentes de crimes de natureza caluniosa, não podem estes ser exercidos por outros que não os visados, ou de forma diferente das que estão previamente prescritas nos respectivos artigos do Código Penal Espanhol. Além desta previsão, acompanha-a, uma segunda, de carácter legal muito curioso, isto porque prevê o **LECRIM** a possibilidade dos meios de comunicação social poderem ter influência negativa na esfera privada de determinada pessoa pelo que consagra que, e cita-se *“Las faltas consistentes en el anuncio por medio de la imprenta de hechos falsos o relativos a la vida privada, con el que se perjudique u ofenda a particulares, y en injurias leves sólo podrán ser perseguidas por los ofendidos o por sus legítimos representantes.”*

Por sua vez, o artigo **105** do **LECRIM** parte depois para uma consagração legal dirigida aos tribunais e se quisermos a todo o organigrama dos tribunais Espanhóis, prevendo nomeadamente no seu número 1 que os Funcionários do Ministério Público sejam obrigados a exercer, ao abrigo das disposições da Lei, todas as acções penais consideradas adequadas, com ou sem acusação particular, nos casos, excepto aqueles que o Código Penal reservar à reclamação privada, ao passo que no seu número 2 prevê ainda e cita-se *“en los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida”*, o que no fundo representa também, e disso mesmo alude ainda o preceituado artigo, que mesmo se observando o que antes se mencionou, a ausência de uma determinada denúncia não impede a organização de medidas de prevenção. Assim surge seguidamente por acção do artigo 106, número1 do **LECRIM**, o entendimento de que *“La acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida”*, ao passo que no seu número 2 o legislador Espanhol considera e prevê que, e cita-se *“La renuncia de la acción civil o de la penal renunciante no perjudicará más que al renunciante; pudiendo continuar el ejercicio de la penal en el estado en que se halle la causa, o ejercitarla nuevamente los demás a quienes también correspondiere”*.

Aqui chegados, faça-se agora uma pequena abordagem colateral de maneira a melhor se conseguir compreender a diferenciação entre os conceitos que à luz do entendimento do ordenamento jurídico Espanhol caracterizam o “ilícito penal” e o “ilícito civil”, considerando-se posteriormente ainda também sobre a diferenciação entre o que se considera neste ordenamento jurídico ser uma ofensa provocada por factos aparentemente delituosos, e sua consequência, o que ajudará o leitor a conseguir compreender o que em Espanha se entende ser como “ofendido” e o “prejudicado”, sendo esta diferenciação útil à compreensão de como se entende em Espanha dever ser exercida uma acção civil em processo penal.

Quando alguém em Espanha comete factos hipoteticamente delituosos, em primeiro lugar depara-se o legislador Espanhol com a existência de um ilícito penal (ou seja, um ataque a um bem jurídico que seja legalmente protegido pela regulação penal), podendo além disso ter outras consequências, como por exemplo a chamada *“vulneración”* de bens jurídicos protegidos pelo ordenamento legal civil Espanhol,

sendo que essa possibilidade supõe sempre também o ocorrer de um ilícito civil, residindo aí o momento em que faz sentido exercer uma acção civil.

Por outro lado, quando o legislador Espanhol diz que houve a produção de um ilícito penal estrito, entende-se daí que se tenha produzido uma ofensa, podendo dela advir a circunstância de ter havido terceiras pessoas que tenham eventualmente sofrido, ainda que não directamente, quando se observe que as consequências dessa ofensa as possam ter afectado. Daqui, surgem como podemos com naturalidade observar dois elementos subjectivos característicos da ocorrência de um comportamento de natureza criminal, a saber, o ofendido e prejudicado. (aqui um pouco à imagem e semelhança do ordenamento jurídico Português) O ofendido representa o elemento subjectivo que sofreu directamente a ofensa produzida pelo ilícito penal, enquanto o prejudicado é o elemento subjectivo que sofreu os prejuízos como consequência de uma determinada ofensa.

Assim, torna-se ainda importante a observação inerente à temática que diz respeito ao Sistema Jurídico e sua capacidade de reparar eventuais danos produzidos pelos acontecimentos delituosos que se observem, que em Espanha se realiza por acção do chamado “Julgamento crítico”, onde será importante por isso reter qual a incidência de actuação que o **LECRIM** tem em respeito ao exercício da acção civil no decorrer de um processo de natureza penal.

De igual modo ao que acontecia com os sistemas de titularidade da acção penal, também não há, de maneira estática, um único sistema em que se procure exercer a acção penal derivando esta de um facto que apenas seja aparentemente delituoso, pelo que surge já aqui uma subdivisão. Por um lado, existe o chamado sistema de separação absoluta que representa um sistema de influência Inglesa, onde as acções penais e as acções civis, que eventualmente possam derivar de um facto aparentemente delituoso, não podem ser exercidas de uma forma conjunta e no mesmo processo, observando-se nesta medida que o exercício da acção penal deverá ter lugar no enquadramento do processo penal, e por sua vez a acção civil, independente do que represente o ilícito penal, deverá sempre acontecer num processo civil.

A vantagem desta divisão dogmática e jurídica é evitar-se complicações no âmbito do processo penal, sendo por sua vez os inconvenientes a perda de tempo e ter

de actuar em duas frentes. Distintamente temos depois o Sistema de exercício acumulado da acção civil no enquadramento do ajuizamento de determinado acontecimento criminoso, que é totalmente antagónico ao anterior, sendo um sistema que tem as vantagens e inconvenientes respectivamente contrários ao que anteriormente vimos, poupando-se dinheiro e tempo, mas complicando-se a tramitação processual penal. Ainda que não caiba no âmbito desta dissertação, apenas mencionar que este sistema prevê diferentes subcategorias internas, como por exemplo respectivamente à acção civil, matéria que muito resumidamente se passa a expor.

Se observarmos esta temática em ordenamentos jurídicos como o Austríaco ou o Alemão, para que se dê o exercício conjunto de ambas as acções é necessário que o prejudicado ou prejudicados dêem conhecimento ao juiz, através de um acto processual, da disponibilidade expressa no sentido de aderirem ao processo penal para assim poderem exercer a sua possível acção civil de carácter reparador, daí a denominação que se lhe coloca como processo civil adstrito dentro de um processo penal, o que em palavras mais simples quer dizer que tal não se entende como uma cumulação jurídica automática, devendo nessa medida ser a pessoa do prejudicado a solicitá-la. Por outro lado se trouxermos à colação a França, a realidade já é distinta, desde logo porque mais uma vez este é um ordenamento jurídico com alguns entendimentos processuais de natureza bastante peculiar, onde desde logo há o princípio do monopólio do ministério público em ordem ao exercício da acção penal, pelo que se entende que se o ministério público decidir exercitar a acção penal e não o fizer, o prejudicado poderá por isso solicitar o exercício da acção civil, obrigando assim o ministério público a exercer a acção de natureza penal.

Voltando agora ao cerne deste capítulo e retomando a exposição doutrinal inicial, importa mencionar que no que a Espanha diz respeito, que é o ordenamento jurídico que agora concretamente melhor se está a observar, é legítimo considerar que existe um sistema de exercício acumulado automático, não sendo necessário que o prejudicado o tenha expressamente de solicitar para que aconteça, salvo casos pontuais, pelo que nessa medida se torna importante ter em atenção o artigo **108** do **LECRIM**, de onde, transcrevendo para Português, se pode observar e cita-se que “*A acção civil tem de compor-se juntamente com a penal pelo Ministério Fiscal, tenha ou não no processo acusador particular; mas se o ofendido renunciar expressamente a seu direito de restituição, reparo ou indemnização, o Ministério Fiscal limitar-se-á a pedir o castigo dos culpados*”.

Ora este entendimento legal vai depois “desaguar”, no artigo **109** do **LECRIM** que representa na opinião do autor desta dissertação um dos mais importantes artigos que neste espectro jurídico se alude. Assume-se tal posição na medida em que prevê o já referenciado artigo 109 no seu número 1 que todas as vítimas de crimes que não tenham renunciado ao seu direito de instaurar um processo criminal, possam a qualquer momento, desde que em momento anterior ao momento de classificação do hipotético crime, embora com isso não se preveja a possibilidade de uma qualquer reversão processual ser activos no processo que esteja em causa. Ainda em sede do artigo **109**, desta feita no seu número 2, encontram-se previstas as situações alvo de actuação quando se esteja perante circunstâncias de morte ou desaparecimento da vítima em causa. Uma característica de salientar deste artigo, até daí surgindo desde logo o entendimento da sua importância, é a entendida preocupação do legislador Espanhol em não negligenciar qualquer cenário possível, prevendo inclusive cenários como os que pela letra da lei surgem no final do número 1, pela previsão de, e citando *“En caso de no existir los anteriores, podrá ser ejercida por los demás parientes en línea recta y por sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.”*. Posteriormente, já em sede do número 2 do mesmo artigo, prevê-se que o exercício da acção penal por qualquer dos titulares do direito ao abrigo do presente artigo não impede o exercício subsequente por qualquer um dos outros legitimados.

Numa óptica mais expansiva prevê-se ainda, e citando, que *“Cuando exista una pluralidad de víctimas, todas ellas podrán personarse independientemente con su propia representación. Sin embargo, en estos casos, cuando pueda verse afectado el buen orden del proceso o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el Juez o Tribunal, en resolución motivada y tras oír a todas las partes, podrá imponer que se agrupen en una o varias representaciones y que sean dirigidos por la misma o varias defensas, en razón de sus respectivos intereses”*, e não se ficando por aqui, consagra ainda o artigo **109** do **LECRIM**, agora no seu número 3 que, e citando *“La acción penal también podrá ser ejercitada por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito. Cuando el delito o falta cometida tenga por finalidad impedir u obstaculizar a los miembros de las corporaciones locales el ejercicio de sus funciones públicas, podrá también personarse en la causa la Administración local en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho punible.”*

Chegados ao artigo **110**, dizer que este representa a previsão legal das pessoas afectadas por um determinado crime, e que não tenham renunciado ao seu direito processual, poderem ser parte do caso se tal procedimento acontecer uma vez mais antes

do momento de classificação da infracção, pelo que assim podem vir a exercer acções de natureza civil estipuladas como a si, melhor, e dentro da lei lhes convir, sem que isso represente também um passo atrás no decorrer do processo. Contudo há ainda uma previsão que se destina aos prejudicados que por alguma razão não se tenham mostrado interessados na causa, versando sobre essa possibilidade o **LECRIM**, citando, nos seguintes termos: *“Aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor puede acordarse en sentencia firme, siendo necesario que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera clara y terminante.”* Daqui podemos legitimamente considerar que o **LECRIM** não considera o silêncio ou a não tomada de posição inerente a uma causa, por si só, a desistência do direito de um indivíduo decidir ser parte da mesma, dado que pela última parte do acima exposto se exige para que tal aconteça uma tomada de posição demarcada pela pessoa em causa.

Deve ainda mencionar-se que o ordenamento jurídico Espanhol prevê a possibilidade das acções decorrentes de faltas ou delitos, poderem decorrer juntas ou separadamente como disso é demonstrativo o artigo **111** do **LECRIM**, pelo que nessa medida o artigo **112** explicita depois que, e traduzindo *“Exercitada só a acção penal, entender-se-á utilizada também a civil, a não ser que a pessoa alvo de dano ou prejudicado por ela renunciasse ou a reservasse expressamente para a exercer após terminado o julgamento criminoso, se a isso tiver lugar.”*; enquanto prevê ainda *“Se se exercer só a civil que nasce de um delito dos que não podem ser perseguidos senão em virtude de queixa particular, considera-se extinta desde a acção penal”*

Contudo, a nossa observação não pode residir apenas no âmbito do supra citado e torna-se daí relevante mencionar as interferências do processo penal sobre o exercício independente da acção civil, sendo que algumas destas já as vimos nos Artigos. **108**, e **112** do **LECRIM**, ainda que se possam somar, a exemplo, o carácter preferencial do processo penal sobre o processo civil e também aquilo que à luz do ordenamento jurídico Espanhol se entende como o “Princípio de detenção do pleito civil pela batalha do pleito penal”, pelo que traremos à colação os artigos **111** (uma vez mais), **113**, **114**, **115**, **116** e **117** do **LECRIM**.

No já anteriormente mencionado artigo **111** do **LECRIM**, há como uma delimitação preliminar em que se expressa que, e cita-se (traduzindo para Português): *“As acções que nascem de um delito ou falta, poderão ser exercidas juntas ou separadamente; mas enquanto estiver pendente a acção penal não se exercitará a civil com separação até que aquela seja resolvida em sentença firme, salvo sempre o disposto nos artigos 4, 5 e 6 deste Código”*.

Já o artigo **113** do **LECRIM**, continua depois a delimitação de actuação pelo exposto consagrando que, e cita-se: *“Poderão ser exercidas expressamente as duas acções por uma mesma pessoa ou por várias; mas sempre que sejam duas ou mais as pessoas por quem se utilizem as acções derivadas de um delito ou falta, o verificarão num só processo e, se for possível, sob a mesma direcção e representação, a julgamento do Tribunal”*.

Ora pode considerar-se este artigo a previsão de, havendo essa necessidade, poder existir um “apenso” de sujeitos processuais numa determinada causa, o que acaba ainda por ter maior desenvolvimento posterior, dado que em torno desta delimitação, surge então uma previsão de princípio a aplicar em sede de julgamento como se pode ler pela redacção do artigo **114** do **LECRIM**, em que se expressa, e sempre citando: *“Promovido o julgamento penal em averiguação de um delito ou falta, não poderá ser seguido pleito sobre o mesmo facto; suspendendo-se, se estiver, no estado em que se achar, até que recaia sentença firme na causa criminosa.”*, o que é o assumir de que não é necessário para o exercício da acção penal, que esta preceda o agente da acção da civil originada do mesmo delito ou falta. (De salientar que se deve enquadrar o indicado neste artigo no capítulo **II** do **LECRIM**, no que às questões prejudiciais disser respeito).

Seguidamente, quanto à extinção do até aqui mencionado, podemos ainda observar duas potencialidades jurídicas deste ordenamento, nomeadamente, a primeira pelo preceituado no artigo **115** do **LECRIM**, onde se prevê que, e citando: *“A acção penal extingue-se pela morte do culpado, mas neste caso subsiste a acção civil contra os seus herdeiros e “causahabientes”, que só poderá ser exercida ante a jurisdição e pela via do processo civil”*., e a segunda, ainda também em matéria de extinção de acção penal, expressa pelo artigo **116** que prevê que, e cita-se *“A extinção da acção penal não leva consigo à da civil, a não ser que a extinção proceda de se ter declarado por sentença firme que não existiu o facto de que a civil pudesse nascer.”*

Dada a abrangência e clareza do legislador Espanhol, do artigo que anteriormente se indicou, poderá então resultar delas o entendimento de que em todos os demais casos que possam nesta matéria surgir, a pessoa a quem corresponda a acção civil poderá exercê-la ante a jurisdição e pela via do procedimento civil, procedendo contra quem estiver obrigado à restituição da coisa em causa, reparo do dano ou indemnização pelo prejuízo sofrido. Como já vimos percebe-se ainda que a extinção da acção penal não leva consigo à da civil, a não ser que se tenha declarado por sentença de que não havia possibilidade desta vir a ocorrer, o que nos demais casos significa que a

pessoa a quem corresponda exercer a acção de natureza civil poderá exercê-la em jurisdição por acção dos meios civis, contra quem estiver pelo verificado obrigado à restituição de determinada coisa, à reparação de determinado dano ou ao pagamento de determinado prejuízo. (ver artigo **116 do LECRIM**)

Finalmente, em ordem sequencial e mantendo sempre em atenção o disposto nesta codificação Espanhola, consagra o artigo **117** que em primeiro lugar, e ainda no âmbito de extinção, a extinção da acção civil não obriga necessariamente à extinção de determinada acção penal que tenha origem paralela por ter origem no mesmo delito ou falta, sendo que prevê ainda que uma vez se verificando uma sentença absolutória do conteúdo civil, esta não representará contudo um impedimento a uma consideração distinta da matéria penal em causa.

O tribunal de júri e a participação dos cidadãos Espanhóis na função jurisdicional consagrada pelo artigo 125 do Código Penal Espanhol

Ainda que não caiba directamente no âmbito desta dissertação e até na matéria adstrita ao “assistente”, uma vez que se alude neste capítulo às diferenças existentes entre os ordenamentos Português e Espanhol, e porque se considera que tais diferenças existem, porque existem também paradigmas de actuação processuais em determinadas matérias vincadamente distintos, considera-se útil, ainda que resumida, a apresentação do tema no título mencionado, dado que esta é também uma característica e potencialidade jurídica que aproxima os cidadãos da “justiça Espanhola”, do mesmo modo, ainda que em conteúdo distinto, que em Portugal o mesmo acontece por via da figura jurídica da assistência.

Então, e desde logo, é basilar dizer, que quando o CE no seu *Artigo 24.2*) consagra como princípio geral básico o direito ao juiz ordinário predeterminado pela Lei, consagra-se também que a um Juiz devem ser intrínsecas determinadas características como sendo a tal predeterminação legal; haver uma pré-constituição legal; acontecer que o juiz em causa esteja incorporado em órgãos jurídicos dotados de independência e imparcialidade; e sobretudo que no exercício das suas funções consiga aliar todas estas potencialidades ao profissionalismo jurídico. Ainda assim, em Espanha

este “profissionalismo” que se menciona não representa um afastamento ou inacessibilidade absoluta do cidadão comum ao exercício da justiça, não se supondo daí que não possa ser possível ao cidadão comum participar da mesma, pois considerando que a justiça emana do povo, parece lógico também entender que de igual maneira ao povo retorne no decorrer e no enquadramento da administração de justiça. Nessa medida o ordenamento jurídico Espanhol prevê a existência do chamado tribunal de júri, estando regulado este procedimento pela (LOTJ) Espanhola.

Situando esta matéria no espaço histórico temporal, a primeira vez que há lembrança de ter havido Tribunal do Júri em Espanha, remonta ao ano de 1820, mantendo-se esse modelo, com momentos de maior ou menor condenação social até 1936, onde acabou por manter-se em suspenso, mas não expressamente eliminado da observância jurídica existente. Volvidos anos, esta possibilidade jurídica voltou ao activo quando em 1978 o legislador Espanhol decidiu incorporar no *Artigo 125 do Código Penal Espanhol* o entendimento de que os cidadãos deveriam participar na administração da justiça, através de uma acção que tendo contornos, manifestamente, populares, aconteceria através da previsão e regulação do Tribunal do Júri, sendo contudo de reter que esta regulação detinha, neste período histórico, uma actuação aberta, porque não determinava concretamente qual o tipo de Júri que deveria ser implantado, e a sê-lo, em que circunstâncias específicas, o que se veio a manter até 1995, ano em que foi alvo de nova regulação que é a que até aos dias de hoje se mantêm em vigência. Ainda assim de salientar que a nível do modelo de tribunal de júri a adoptar, a escolha residiu entre dois possíveis modelos, sendo estes, o modelo marcadamente Anglo-Saxónico, e o chamado modelo misto.

O primeiro, caracteriza-se desde logo por uma cisão doutrinal debatendo-se entre o que é que é a questão fáctica e concretamente a par desta a questão jurídica. Nessa medida a questão fáctica representa a faculdade dos cidadãos comuns serem envolvidos na Administração da Justiça, sendo eles quem realiza o chamado “ajuizamento”, e uma vez chegados à conclusão tomam depois uma decisão, que é o chamado veredicto, sendo que para aí chegarem não necessitam do auxílio de qualquer juiz. Se deste veredicto surgir o entendimento de inocência, fecha-se o processo, enquanto se por outro lado houver um juízo de “culpabilidade vs desculpabilidade”, propõe-se então a análise a uma nova questão que surge agora como sendo a jurídica em si mesma,

representando essa a fronteira de actuação do cidadão comum, e entrando em cena o juiz, que contudo dentro do possível deve procurar respeitar a decisão dos cidadãos até então actuantes, valorizando ainda juridicamente o entendimento que dos mesmos tenha resultado.

No que a este modelo concretamente diz respeito, a grande vantagem deste sistema é, de entre ambos, ser o que permite e consagra uma vez mais a ampla liberdade de actuação e participação ao cidadão comum, residindo o problema no anteriormente já mencionado instituto jurídico do veredicto, uma vez que pelo paradigma existente no ordenamento jurídico Espanhol, as resoluções devem estar motivadas, obedecendo assim ao *artigo. 24 do Código Penal Espanhol*, o que vai de certa maneira colidir com a essência do veredicto em si mesmo.

Já o segundo modelo, denominado de modelo misto e com inspiração jurídica marcadamente Francesa, representa o entendimento oposto ao que antes se enunciou. Aqui, o problema processual, não se cinge apenas à questão fáctica e jurídica uma vez que como também já vimos estas não se separam, sendo que o que acontece agora, é que se conhecem conjuntamente as posições dos cidadãos comuns e a do juiz sobre ambas as questões, advindo daqui a vantagem de que o juiz vai ter a possibilidade de melhor fundamentar as suas decisões e entendimentos porque tem também em atenção as que lhe foram apresentadas pelos cidadãos, controlando assim ao mesmo tempo os desfasamentos em que estes possam incorrer, dado não lhes ser exigido que sejam conhecedores do Direito em si mesmo.

Naturalmente é também por outro lado um modelo com alguns inconvenientes, destacando-se como principal, a menor participação dos cidadãos, podendo até ocorrer que determinado cidadão se posa eventualmente deixar condicionar pela posição do juiz, sendo nessa medida influenciado. Uma vez chegado o ano de 1995 em que como acima já se mencionou se regulou novamente toda esta matéria, o legislador espanhol optou pelo primeiro sistema apresentado, que pese embora sendo um bom sistema, não estava preparado para o surgir de uma nova realidade caracterizada pelo facto de que quase ninguém demonstra abertura a ser jurado, o que demonstra que eventualmente se pode considerar que seria mais produtiva a adopção do chamado modelo misto.

Ainda assim e embora neste âmbito não se vá observar individualmente cada uma das particularidades elencadas, importa mencionar que todas as características supra mencionadas têm consagração legal na LOTJ Espanhola, nomeadamente nos artigos 1 a 4, respectivamente pelas epígrafes “*Concorrência do Tribunal do Júri*”, “*Composição do Tribunal do Júri*”, “*Função dos júris*”, e “*Função do Magistrado presidente*”.

O que por sua vez se considera útil trazer à colação, por ser esta uma dissertação que procura observar a actuação de individualidades à partida externas aos processos, mas que têm ao mesmo tempo a possibilidade de deixar de o ser, é concretamente o estatuto inerente ao júri, o que seguidamente então e por isso se apresenta.

Em primeiro lugar mencionar que ser jurado é um direito que responde nesse âmbito ao previsto no *artigo 125 do CE*, que configura ao abrigo da lei Espanhola também um dever, que desde logo a ser exercido tem uma retribuição, representando esta uma contrapartida pecuniária, prevista pelo artigo 7º da LOTJ Espanhola, sob a epígrafe, aqui traduzida para Português, “*Retribuição e efeitos trabalhistas e funcionais do desempenho da função de júri*”.

Neste mesmo entendimento, da observação da redacção do número 1, novamente traduzindo, resulta que, e cita-se “*O desempenho das funções de júri será retribuído e indemnizado na forma e quantia que regulamentarmente se determine*”, ao passo que no número 2 se consagra, e uma vez mais citando “*O desempenho da função de júri terá, aos efeitos do ordenamento trabalhista e funcional, a consideração de cumprimento de um dever que não pode ser alvo de escusa e de carácter público e pessoal*”

Porém, consagrar que há a possibilidade de haver jurados não é a mesma coisa que permitir que tal possa acontecer sem quaisquer critérios existenciais dando origem a essas mesmas funções jurídicas, pelo que representam condições para se poder ser jurado, ser cidadão espanhol maior de idade; encontrar-se o cidadão no pleno exercício dos seus direitos políticos; saber ler e escrever; ter um carácter de proximidade com o sucedido, sendo a exemplo vizinho, ao tempo da designação de qualquer um dos municípios da província em que o delito tenha sido realizado; e ainda não ser portador de qualquer incapacidade física ou psíquica capaz de impedir o desempenho da função de júri”. (conforme se pode observar da leitura do artigo 8 da legislação mencionada). Não se limitando à delimitação de critérios, prevê ainda o legislador Espanhol a existência de algumas incapacidades para o desempenho deste papel processual,

previstos no artigo 9 da mesma lei, sendo estas, nomeadamente os cidadãos condenados por qualquer delito de natureza doloso e que não tenham obtido a respectiva reabilitação penal daí decorrente; os cidadãos processados e aqueles que sejam alvo de acusações respeitantes a circunstâncias capazes de levar à abertura de julgamento oral; os cidadãos que estiverem sob detenção, prisão preventiva (em Espanha dita provisória); os cidadãos que se encontrem a cumprir pena por qualquer delito; e ainda, os cidadãos que tenham um qualquer procedimento penal suspenso, quer no seu emprego ou cargo público, enquanto durar essa mesma suspensão.

Ainda no âmbito de impedimentos para exercer o papel de júri, torna-se inequivocamente o artigo 11 muito importante, ao consagrar claramente que ninguém poderá fazer parte como júri do Tribunal que conheça de uma causa quando nela for acusador particular ou privado, parte civil, parte enquanto acusado, ou terceiro com responsabilidades civis, quando na sua vida se apresente possível a manutenção de estreita ligação com quem seja parte alguma dos relacionamentos a que se refere o artigo número 219, nos seus pontos 1 a 8, da Lei Orgânica do Poder Judicial que determinam o dever de abstenção dos Juízes e Magistrados no ordenamento jurídico Espanhol. Também o mesmo acontece quando se tenha para com o Magistrado presidente do Tribunal, membro do Ministério Fiscal ou Secretário Judicial que intervenha na causa ou com os advogados ou solicitadores o laço de parentesco previstos nos pontos 1, 2, 3, 4, 7, 8 e 11 do mesmo artigo 219 da Lei Orgânica do Poder Judicial; quando a pessoa em questão intervenha na causa como testemunha, perito ou intérprete; e quando a pessoa em causa tenha interesse, seja ele directo ou indirecto, na mesma.

Por outro lado, são possíveis para justificação de escusa ao papel de jurado, o cidadão em causa ter mais de 65 anos de idade; o cidadão em causa sofrer de graves transtornos por razões familiares ou afectivas; o cidadão que profissionalmente seja militar no activo; e finalmente todo e qualquer cidadão que alegue e acredite numa qualquer outra causa suficientemente capaz de lhe dificultar de forma grave a sua hipotética actuação como jurado, como, desde logo, pode surgir por uma possibilidade bastante conhecida pela presença e recurso à “objecção de consciência”. Uma vez aqui chegados, e de maneira a concluir-se esta apresentação jurisprudencial, é agora o momento de abordar o modo de selecção do júri e o seu respectivo procedimento.

Assim no que à selecção do Júri diz respeito, importa mencionar, que os júris têm uma série de disposições legais que regulam a sua selecção, utilizando-se concretamente um sistema de listagem, previsto pelos artigos 13 a 23 da LOTJ Espanhola. Quanto ao procedimento, o mesmo encontra-se regulado nos artigos 24 e seguintes da mesma lei supra citada, sendo de destacar 3 etapas para esta tramitação, a saber: a chamada “*Incoación*” e instrução complementar, a observância de um período ou etapa intermédia, em que sai reforçada a oralidade por via dos artigos 30 e seguintes da LOTJ Espanhola, e haver também uma audiência preliminar para decidir sobre se é aberto ou não Julgamento oral, que por sua vez se encontra regulado nos artigos 42 e seguintes da mesma lei.

Após a verificação destas circunstâncias e seguindo-se a prevista tramitação, chegar-se-á uma vez mais ao momento do “veredicto”, e aí o mesmo está regulado pelos artigos 52 e seguintes da lei supra mencionada, sendo que nos artigos 67 e seguintes se regula posteriormente a problemática da sentença, que a ser de inculpabilidade deverá levar o magistrado a ditar de imediato, uma sentença absolutória, libertando o imputado, ou de culpabilidade, em que o magistrado deve tomar uma decisão que reitere uma consequência jurídica para com o que se estiver a julgar. O artigo 68 da LOTJ Espanhola é nesta medida bem claro ao expressar que, e cita-se: “*Quando o veredicto for de culpabilidade, o Magistrado presidente concederá a palavra ao Fiscal e demais partes para que, por sua ordem, informem sobre a pena ou medidas que devem ser impostas a cada um dos declarados culpados e sobre a responsabilidade civil*”.

O “ Assistente “ no Direito Processual Brasileiro

Terminada a exposição jurisprudencial anterior, partir-se-á para a observância jurídica de uma realidade distinta, tendo agora em atenção o ordenamento jurídico Brasileiro. Trazendo à colação o próprio, a primeira legítima consideração que dele se pode retirar, é que este é distinto da maioria de todos os demais existentes em países também juridicamente civilizados, segundo os moldes e entendimentos que seguidamente se apresentam.

Como já vimos anteriormente, o ordenamento jurídico Espanhol o que prevê com grande intensidade jurídica é a pessoa do “actor civil”, mas que contudo é uma figura jurídica completamente diferente do titular com direito penal de agir, através de um impulso processual de natureza penal reiterado por intenção pessoal, sendo disso exemplificativo o entendimento que alguns penalistas Espanhóis defendem quando dizem que para com o actor civil, há a propensão a denominá-lo como parte civil quer para efeitos legislativos quer doutrinários. Assim, no geral, como anteriormente também já vimos, tal pessoa acaba por ser o ofendido ou os seus representantes legais, tendo estes a possibilidade de actuar em três registos distintos, nomeadamente optando entre comparecer como actor civil, na medida em que lhes não é permitida a constituição como acusador particular, comparecer como autor civil, mesmo estando autorizados a realizar essa mesma acusação, ou comparecer como agente de acusação propriamente dito, demandando assim a responsabilidade civil que diga respeito a um determinado dano que se tenha verificado, como aliás podemos observar em **“Derecho processal penal, Ed. G. Kraft. Buenos Aires, 1945, tomo II, página 32”**.

Por outro lado, e ainda neste âmbito comparativo de realidades penais, ainda que de forma muito superficial, se olharmos para o que se passa no Direito Processual Italiano, nele, o assistente do Ministério Público, assume a posição lata de parte civil, o que sustentado pelo entendimento de **Marcelo Fortes Barbosa na obra “Considerações sobre a natureza jurídica da Assistência de Acusação no Processo Penal Brasileiro, in julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, volume 15, página 28”**, o mesmo considera que e cita-se *“(...) não poderia ser de outra forma, pois o princípio da unidade vigente no processo penal Italiano, pelo qual o juiz penal decide não só a causa penal, como também o “quantum” indemnizatório na própria sentença penal, impõe a conceituação do Assistente como representante da parte civil no processo penal, e não como acusador auxiliar (...)”*.

Ora chegados ao entendimento jurídico Brasileiro, importa salientar que este se aproxima mais da posição adoptada pelo Direito Alemão, que se caracteriza em grande medida nesta matéria, pelo entendimento de que o ofendido pode funcionar como “Assistente”, considerando-se ainda que o seu interesse não dirá propriamente respeito a uma mera reparação civil, mas também à contribuição para o decorrer do exercício do “poder-dever” que consubstancia uma demarcada margem de actuação do próprio Estado. Assim, no Brasil, o “assistente” acaba por entrar na acção penal ao lado do

Ministério Público, naquilo a que a doutrina Brasileira denomina de “relação adesiva”, que lhe atribui direitos enquanto parte processual com natureza penal, pelo que pode o assistente sempre que considerar útil apresentar provas, propor meios de prova, participar directamente nos actos processuais de natureza contraditória, pedir aditamentos aos articulados processuais, e até mesmo interpor recursos, ainda que o Ministério Público por seu lado não os decida interpor.

Esta mesma possibilidade de capacidade em actuar isoladamente, permitiu uma vez mais a **Marcelo Fortes Barbosa**, na obra de si já mencionada, agora na **página 35**, expressar que a assistência de acusação, no Direito Processual Penal Brasileiro, deve ter um legítimo interesse coligado à finalidade da acção penal, o que representa o dever de esta estar, quer ética quer juridicamente vinculada ao “poder-dever” anteriormente mencionado, que é exercido pelo Estado sobretudo através dos processos de natureza criminal, o que leva a que no processo penal Brasileiro o “Assistente” não seja considerado somente um mero representante da parte civil vinculado a uma causa penal sobretudo movido pelo interesse quanto a uma eventual reparação de dano, sendo que também aqui se torna clara a consideração do autor anteriormente supra citado ao considerar nesta matéria, ainda também na página 35 da obra mencionada, que, e cita-se *“(...) Finalmente, diante do exposto, não se pode dizer que a assistência de acusação face aos dispositivos legais vigentes ou mesmo face àqueles constantes do anteprojecto prestes a vigorar, possa integrar um instituto único denominado de “parte civil”, ao lado do acusador privado e do apelante ofendido(...)*”.

Aqui chegados olhemos agora para a redacção de alguns artigos da codificação processual penal Brasileira propriamente ditos, para que com maior assertividade consigamos seguir a lógica e encadeamento do legislador Brasileiro.

No artigo 268 do Código Penal Brasileiro encontra-se codificado o conceito de “ofendido” e deste, podemos retirar o entendimento de que o mesmo representa a pessoa titular do direito de acusar, quando estiverem em causa os crimes de origem privada que necessitam de um impulso processual dessa mesma natureza, para que processualmente dêem lugar à sua tramitação, o que resulta na decorrência de um direito de queixa. (ver nesta matéria “**Estudos de Direito Processual Penal, Ed. Forense, Rio, 1960, página 157**”).

Distintamente, na observância ao artigo 38 do Código de Processo Penal Brasileiro, importa dizer que este confere à figura jurídica do “ofendido” a capacidade jurídica e o direito a se assim entender, poder intentar uma acção penal de natureza privada. Ora tendo em atenção as expressões do legislador, parece legítimo considerar que a interpretação das mesmas deve ser sempre igual, dado que o ofendido que nos é apontado pelo já mencionado artigo 268, acaba por ser o mesmo que aparece no artigo 30º, o que leva ao entendimento de que só quem tiver capacidade processual para intentar uma acção de natureza penal poderá ansiar, com legitimidade, por constituir-se assistente do Ministério Público Brasileiro nas acções de natureza pública. No decorrer desta realidade o assistente acabará por tornar-se um bem jurídico devendo justificar a sua presença e actuação como parte adstrita à acção penal, sendo aliás este o entendimento de **Magalhães Noronha em “ Curso de Direito Processual Penal, Ed. Saraiva. São Paulo, 1969, na página 159”**, quando considera que e cita-se “(...) *ofendida que é pelo crime, tem a pessoa o direito de perseguir o ofensor, mediante queixa, quando a acção é privativa, ou de auxiliar o Ministério Público quando pública(...)*”.

Daqui pode-se extrair a consideração de que o ofendido acabará por ser o sujeito passivo do crime, conforme aliás podemos subentender das considerações jurídicas de **Basileu Garcia, na obra “ Instituições de Direito Penal, Max Limonad Ed, São Paulo, 1951, volume I, Tomo I, página 216”**, quando o mesmo indica que, e cita-se “(...) *Importante reflexo processual deriva da qualidade de sujeito passivo, pois lhe é facultado, ou ao seu representante legal, promover a acção penal privada, ou representar para que seja instaurada, se de natureza pública condicionada à representação do ofendido, e , não só nesta hipótese, como, na comum, de acção pública, auxiliar a acusação, exercendo o encargo de assistente do Ministério Público (...)*”.

Contudo, e aqui chegados, importa mencionar que devem representar excepção a este entendimento apresentado, os crimes com natureza ofensiva plural que se caracterizam por uma multiplicidade existencial no que a sujeitos passivos diz respeito, onde nem todo o individuo atingido pelo crime em si mesmo, representa um ofendido, dado que esta é uma característica que a lei Brasileira entende dever guardar para os titulares de bens ou interesses jurídicos lesados ou postos em perigo na decorrência e observação de crimes, o que leva a que com alguma segurança se possa considerar que tal entendimento acaba por ser relegado para o esquecimento. Disso mesmo são demonstrativas as palavras de **Frederico Marques na obra “ Tratado de Direito Penal, Ed, Saraiva. São Paulo, 1955, 2ª ed., volume, II, página 25”**, em que considera o próprio que, e cita-se “(...) *Do sujeito passivo do crime, deve distinguir-se a pessoa do*

prejudicado pelo delito(...)”, o que continua na mesma obra a ser no decorrer dela explicado, importando mencionar que esta distinção ora trazida à colação acaba por ter grande relevância jurídica, nomeadamente no que depois vai dizer respeito a possíveis indemnizações a decretar, oriundas da ocorrência ou não de determinados delitos, ao passo que a titularidade de alguns outros direitos como sendo o de direito de queixa e representação, acabam à partida por estar sempre ligados ao sujeito passivo do crime.

Aqui chegados, do exposto, pode-se concluir, que à luz do ordenamento jurídico Brasileiro a pessoa do prejudicado por determinado delito, nem sempre é a pessoa entendida como sendo o sujeito passivo de determinada infracção legal, devendo esta, por seu lado, ser então observada no que aos seus elementos constitutivos diz respeito, para que dessa forma se possa então conseguir saber, mediante exame de dados, quem é realmente o ofendido, e assim, perceber quem tem realmente direito a interpor uma acção privada, aqui quando se trate de crime reservado a uma perseguição de natureza particular, ou, quem tem direito a se constituir como assistente do Ministério Público tratando-se de crimes de natureza pública. Também na senda do que até aqui está a ser mencionado, importa considerar ainda que à luz do ordenamento jurídico Brasileiro nos crimes de acção pública é admitida a intervenção da pessoa do ofendido, ou do seu representante legal, desde que com carácter subsidiário, como assistente do Ministério Público, uma vez aprovada a legitimidade do seu interesse em dar andamento à acção.

Como se pode observar em “ **Manoel Pedro Pimentel – Advocacia Criminal – teoria e prática, Ed. Dos tribunais, São Paulo, 1965, nas páginas 159 e 160**”, esse interesse acaba por estar sempre presente quando o acusado, através da prática e sendo determinado o crime em causa, tiver causado um dano à pessoa do ofendido, e nessa medida acabando por estar expresse que o ofendido tem um interesse legítimo no decorrer da acção penal, pelo dano causado por determinado delito. Contudo o ordenamento jurídico Brasileiro alerta para uma diferenciação conceptual que à luz do próprio deve sempre estar entendida, representando desta a impossibilidade de ser confundido o dano que resulta de determinado crime, mas que ainda assim é estranho ao facto típico em causa, com o dano que sendo um resultado inerente a determinada acção acaba por representar também a tipicidade do próprio facto em causa, uma vez que determinados crimes podem ser consumados independentemente do dano que daí resulte.

Nesta matéria, se quisermos ir um pouco mais longe, trazendo para isso a esta exposição doutrinária a obra “ **L’azione e L’avento nel reato, S/A Inst. Ed.Sc, Milão de 1928, na página 81**”, veremos que neste âmbito realizou o autor uma consideração quanto à noção de lesão jurídica diz respeito, sendo esta a ofensa que sofre o ofendido, separando-a contudo do conceito de dano que representa daí a consequência material do delito em causa, que não sendo parte do facto típico se torna estranho ao conceito e ofensa em sentido jurídico.

Citando-se concretamente as palavras do autor, diz o próprio que “(...) *Uma coisa, é na verdade, a lesão do interesse jurídico, lesão, que se quer considerar sob o aspecto causal, deve colocar-se em relação com o crime no seu todo complexo; outra coisa é o efeito natural da acção, isto é, a modificação do mundo exterior causado pelo movimento corpóreo com força física. A diferença entre os dois conceitos é certamente notável e não pode ser descurada na ciência penal (...)*”.

Das palavras supra apresentadas, pode-se com alguma segurança entender então que o dano acabará por nem sempre estar necessariamente ligado aos factos típicos em si, pois poderá acontecer haver crimes cuja consumação aconteça mesmo sem ele, considerando o autor, na mesma obra supra citada, desta feita na página 111, que e cita-se “(...) *o evento não é requisito essencial do crime(...)*”, e daqui conclui-se que à luz deste ordenamento jurídico, ofensa e dano, poderão ser coisas distintas, podendo conviver com relevância nalguns delitos e acções criminais, e o mesmo não acontecer noutras circunstâncias com o mesmo carácter, o que com esta subdivisão levará ao entendimento que expressa que uma ofensa dá-se através de uma violação de determinada norma jurídica que eventualmente expresse uma obrigação de fazer ou não fazer algo correspondente, que mormente acontece pela presença de um considerado delito, resultando desta situação um acontecimento lesivo que poderá corresponder a uma lesão real de um bem ou de um interesse, ou até uma mera e simples ameaça, actuando esta como conteúdo material da ofensa em causa, constatando-se então daqui que haverá por ventura crimes em que determinada ofensa, não representa um resultado lesivo, pelo que não se pode considerar haver dano quanto à materialidade de determinado delito, sob uma perspectiva de integração de determinada figura típica penal.

Se em causa estiverem os chamados crimes contra a “*incolumidade pública*”, estes, à luz do entendimento jurídico Brasileiro, são integrados como um acontecimento lesivo, pelo que o dano que destas situações possa resultar acaba por ser indiferente para

a existência do crime em si. Considera-se antes que o resultado de determinado dano é estranho ao conceito jurídico resultante de tais situações, considerando-se ofensa o que representar uma colocação em perigo de determinado bem ou interesse de um conjunto de pessoas, sendo ainda que o dano que advenha de tais situações, actua como uma circunstância agravante da situação penal a que se esteja a assistir, o que significa que nos crimes de perigo comum o ofendido não será necessariamente a pessoa a quem o dano se dirigiu, mas antes o próprio Estado, que representa o máximo titular da já citada expressão Brasileira *“incolumidade Pública”*.

Ainda assim, se por ventura do exposto, resultar ao leitor, alguma dúvida quanto à actuação do que se alude, atentemos noutra circunstância específica que diz respeito aos crimes considerados culposos.

Aqui, o resultado do dano é desde logo pelo nome que se lhes dá; culposos, e nessa medida o Código Penal Brasileiro atribui-lhe relevância jurídica quando em crimes de dano, ou seja nos chamados crimes de natureza material, em que o resultado do dano faz parte do facto típico, sendo o sujeito passivo o ofendido, que acabará por ter um duplo interesse dado acontecer quer em natureza civil, quer criminal. Por sua vez nos considerados “crimes de perigo”, o resultado do dano será estranho à figura típica jurídica em causa, uma vez que a exposição do bem ou interesse que é inerentemente sujeito ao perigo, acaba por consumir por si próprio o crime propriamente dito, pelo que se torna o sujeito passivo o titular do bem ou interesse em causa, e sendo o resultado do dano uma consequência do crime, mas não sendo contudo o prejudicado o sujeito passivo da infracção.

Assim, por tudo o exposto até este momento, e com o objectivo de situar o leitor na matéria em causa de modo a não dissipar o seu enquadramento jurídico na dissertação, pode-se concluir, e nessa medida importa reter, que no ordenamento Brasileiro, o “Assistente” do Ministério Público não se confunde com a do representante da parte civil, que é desconhecida por isso a este ordenamento jurídico, e daí não se confundem também as figuras do ofendido e do prejudicado pelos delitos, sendo que se entende que unicamente o primeiro tem legítimo interesse em constituir-se assistente do Ministério Público.

IVº Capítulo

O assistente e o segredo de Justiça

Proximidade entre ambos; qual a barreira inultrapassável e o condicionamento do segredo de justiça por acção do assistente

No capítulo que agora iniciamos, aludir-se-á às características inerentes a toda a envolvimento processual do assistente, importando por isso realizar a “ponte” entre essa matéria e a que diz respeito à sua ligação ao segredo de justiça.

Assim, pretende-se neste capítulo realizar uma análise a três ordens de questão, sendo estas, a proximidade entre ambos, qual o ou os limites que devem ser inultrapassáveis entre ambas as matérias, e considerar, se, e até que ponto, pode a presença do assistente condicionar ou não a actuação e vigência do segredo de justiça. Esta matéria pode inclusivamente ser considerada como uma das hipotéticas mais apaixonantes da actualidade jurídica nacional, movimentando consigo as mais diversas posições e entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, capazes muitas vezes, de extravasar por isso do campo jurídico para o político e mediático.

Nessa medida, iniciemos esta exposição com uma abordagem jurisprudencial no que ao segredo de justiça concretamente diz respeito, dado que desde sempre, mas com maior incidência nos tempos “modernos” e dos casos judiciais mediáticos, esta é uma problemática que quase diariamente se sente não só nos meios judiciais como meramente civis.

O que é o segredo de justiça?

Dimensões e delimitação de actuação

Uma vez sendo esta dissertação sobre matéria de cariz processual penal, talvez seja produtivo da óptica problematizadora e até curioso, mencionar as palavras ditas por **Agostinho Eiras**, na obra “**Segredo de Justiça e Controlo de Dados Pessoais Informatizados**”, **Coimbra Editora**, **página 21**, em que sem rodeios explicita o autor que na sua opinião, em sede processual penal, o segredo é uma “concepção” que não tem por finalidade ficar oculta, mas antes pelo contrário, trazer à luz aquilo que se

desconhece. Distintamente desta posição é legítimo entender que segredo de justiça é também de igual maneira não divulgar o que se conhece, mantendo o processo fora do alcance de pessoas estranhas à investigação, ou pelo menos, durante bastante tempo, assim se observou ser. Assim, e para esta observação, se tivermos em conta o preceituado na obra de **Medina Seïça, “Comentário Conimbricense ao CPP”, Parte Especial, no seu Tomo III, artigo 371, página 644**, encontramos com relativa clareza distintas classificações de segredo de justiça.

Demonstrativo desta mesma realidade é a existência do chamado segredo interno, ou seja, aquele que é relativo ao processo, onde exista o conhecimento dos actos e resoluções judiciais pelas partes através da sua participação, e ainda também do entendido segredo externo que está relacionado com quem não é parte no processo, ou seja, todos os indivíduos que sendo estranhos à respectiva relação processual, estão proibidos de conhecer, ou de tornar públicos os actos processuais. De uma maneira muito objectiva o “primeiro segredo” está relacionado com os intervenientes processuais e o “segundo segredo” com todos os cidadãos. Mais adiante esta mesma divisão será alvo de maior observação.

Mas observemos agora esta matéria numa óptica, quase de vínculo entre sujeitos processuais e segredo de justiça, para que possamos aprofundar um pouco mais as circunstancialidade do próprio na sua vertente interna vs vertente externa.

Como já se percebeu, o segredo de justiça vincula obrigatoriamente todos os sujeitos envolvidos processualmente, bem como todos os demais que, por qualquer razão, tiverem tomado contacto com o processo ou conhecimento de elementos que ao mesmo pertençam. Assim, tal circunstância implica sempre a proibição da **assistência** à prática ou tomada de conhecimento do conteúdo de acto processual a que não tenha, determinado sujeito o direito ou o dever de assistir e a consequente divulgação da ocorrência do mesmo ou dos seus termos, independentemente do motivo que tenha sustentado tal divulgação. Naturalmente daqui resulta que quem tomar conhecimento de alguma envolvência processual, abrangida por segredo de justiça e ainda assim o comunicar, incorre em acto com responsabilidade penal, na medida em que só deixa de haver vinculação dos sujeitos processuais, quando tiver cessado o segredo de justiça externo, ou seja, quando o processo passar a ser público, o que, podemos assegurar, não acontece durante a fase de inquérito quando está em segredo de justiça, ao passo que

como também já se procurou demonstrar, em sede de instrução já não há qualquer vínculo por parte dos sujeitos processuais ao segredo de justiça.

Contudo pode dar-se a situação de perante a ausência de colocar em causa a investigação, se entender que determinado sujeito processual possa ter conhecimento dos contornos de algum auto de determinado processo, e nessa medida, tem o Professor **Germano Marques da Silva** uma posição até curiosa, quando aponta na obra, “**Curso de Processo Penal II**”, na página 33, para o que se parece poder entender, como sendo inaceitável que um suspeito confrontado com a divulgação pública de actos ou elementos de prova cobertos pelo segredo de justiça, tenha que aguardar passivamente o termo do segredo para poder defender-se publicamente. Nesta medida vai ainda mais longe o Professor, ao entender que, neste caso, para defesa de honra, se for necessário quebrar o segredo de justiça, a quebra do mesmo encontra-se, nesta medida justificada, pelo estado de necessidade.

Postas as considerações anteriores, entende-se que a bem de não haver sentimentos dúbios, até pontualmente tendencialistas de variação de opinião puramente pessoal, parece mais seguro entender que a quebra do segredo de justiça só se justificará se o bem lesado, neste caso, o bom nome, for superior ao bem que se defende, ou seja o próprio segredo de justiça. Para sustentar juridicamente este entendimento terá que se ver em que fase vai a investigação para que se possa, caso a caso, avaliar se o segredo de justiça pode ser quebrado, o que levará à ausência de uma resposta taxativa ou padrão, na medida em que nem sempre a defesa da honra justifica o levantamento do segredo de justiça, porque em primeiro lugar entende-se dever estar sempre a investigação.

Contudo, e retomando o início desta matéria, a mesma representa uma questão, que pelo exposto nos parágrafos iniciais pode levar às mais diversas respostas, umas mais simples, e outras mais eruditas. Importará por isso realizar agora uma abordagem histórica do mesmo que para já nos levará aos códigos Penais de 1852 e 1886. No primeiro, conforme se pode observar nas palavras de **Rodrigo Santiago**, na obra “**Crime de Violação de Segredo Profissional no C. Penal**”, Livraria Almedina, na página 21 e seguintes, a violação do segredo de justiça, por parte de funcionário público que tivesse tido conhecimento no exercício das suas funções, ou a entrega de

documentos sujeitos a segredo, mesmo por cópia, de acordo com os artigos 289 e 290 era punida com pena de suspensão temporária e multa de três meses a três anos.

Seguidamente, e tendo desta feita, já em apreço, as palavras do Código Penal de 1886, notou-se uma alteração do entendimento até então vigente, sobretudo caracterizada pela alteração efectuada ao artigo 289, tendo havido um desagravamento no limite que se previa para máximo de pena de multa, passando esta a ser de três meses a dois anos. Posteriormente houve ainda outra notória novidade, emancipada pelo artigo 290, que trouxe consigo um novo entendimento punitivo, desta vez caracterizado pelo surgimento da então denominada “prisão correcional”, que poderia durar até seis meses, acompanhada de multa correspondente para funcionários. Naturalmente, importa aqui realçar uma circunstância que hoje poderá parecer específica, mas que na época era normal, sendo esta que as normas destes códigos só puniam funcionários e operadores judiciários, havendo como que um esquecimento de outros sujeitos que pudessem ter tido contacto com o processo e suas demais envolvências. (Tal encontra-se aliás observável em **Maia Gonçalves, Código Penal Português, Editora Almedina, 1968, na página 423**).

Aqui chegados, e sendo estes, até à época em questão, os dois entendimentos supra citados, os de maior relevância jurídica, não tornando maçuda esta observância histórica, é momento de seguirmos com a mesma, chegando ao entendimento que surgiu com o Código de Processo Penal de 1929.

Trazer este código à colação é mencionar um instrumento jurídico penalista, que tem como primeiro traço identificador o surgimento de uma produção quase sem interrupção de novos diplomas legais em matéria de processo penal, umas procurando a capacidade de sancionar inovações que se entendessem necessárias como integrantes do próprio texto codificado, outras, por outro lado, de maneira a aumentar o já incontrolável número de leis que iam surgindo. Assim, pelo exposto no então artigo 70, como mencionam **Laurentino da Silva Araújo e Gelásio Rocha, no Código de Processo Penal de 1929 anotado, Livraria Almedina, página 187**, o processo penal seria, por esta altura, secreto, até ser notificado o despacho de pronúncia ou equivalente, ou até haver despacho definitivo que mandasse arquivar o próprio processo. Com este procedimento previa-se ainda, e conforme se pode comprovar na obra supra citada, que

teriam obrigação de guardar segredo de justiça todos os magistrados que dirigissem a instrução e os funcionários que nela participem.

Por outro lado, ainda no despacho de instrução preparatória, o processo poderia ser mostrado ao assistente e ao arguido, ou aos respectivos advogados, quando não houvesse qualquer inconveniente para a descoberta da verdade.

Este Código de 1929, acabou também ele por conviver com algumas alterações, sendo dessas as primeiras ocorridas no ano de 1945, caracterizando-se por essa altura, como secreta a instrução preparatória, bem como todas as diligências que viessem a ser efectuadas pela polícia judiciária, tendo como destino a instrução preparatória de quaisquer processos. Viveram-se depois novas alterações sobretudo no que concerne ao segredo de justiça, tendo este, por esta altura, sido aperfeiçoado, quer através de um complemento dispositivo, quer por uma maior precisão na sua definição, que começava por esta altura a estar orientada pela corrente doutrinal e jurisprudencial dominante, que se caracterizava na defesa de uma nova alteração do mesmo artigo 70, em que o segredo de justiça se mantinha relativamente a terceiros durante toda a instrução, mas acabando em relação ao arguido com o também encerramento da chamada instrução preparatória.

Volvidas mais algumas décadas, chega em 1982, uma estruturada revisão constitucional onde o nosso processo penal, além de passar a contemplar o segredo de justiça, viu também por acção da CRP ser introduzida a chamada estrutura acusatória. Posteriormente, e já ao abrigo do denominado Código Penal de 1987, sobretudo pela reformulação das fases processuais, doravante estruturado em três fases – inquérito, instrução e julgamento, e tendo-se passado a seguir um modelo em que as fases preliminares decorriam sob o princípio de exclusão da publicidade, acabou o legislador por conseguir reorganizar igualmente o regime de sigilo a que se encontravam sujeitos todos os actos processuais, conforme se pode observar na obra, **Processo Penal; Reforma ou Revisão; As Rupturas silenciosas, RPCC, Ano 18, nos seus números 2 e 3, Abril – Setembro 2008, Coimbra Editora, página 349 da autoria de António Henriques Gaspar.**

Uma vez anteriormente tendo sido citada a Constituição da República Portuguesa importará também mencionar que a mesma, correndo o ano de 1976, e à luz e palavras do artigo 20, no seu número 3, deixava agora o caminho aberto para o segredo de justiça previsto por acção do artigo 86º do CPP, entendendo-se que todo o

inquérito e toda a instrução estavam cobertas pelo regime do segredo de justiça, enquanto que, a fase de julgamento por sua vez seria observada na sujeição ao regime da publicidade. Uma vez mencionada esta alteração, façamos a ponte com o entendimento que hoje se extrai do já mencionado artigo 86 do CPP.

Abdicando de uma análise aos primeiros pontos do mesmo artigo que têm maior incidência no âmbito do paradigma da publicidade processual hoje vigente no Direito Processual Penal Português, e atentemos no número 8 do já mencionado artigo de onde podemos seguramente entender que vedar o segredo de justiça, poderá trazer consigo proibições de diferente tipo, como sendo a proibição de assistir à prática de actos, a proibição de tomar conhecimento de conteúdos de certo e determinado acto e até mesmo a proibição de divulgar a ocorrência de acto processual ou dos seus termos.

Da redacção do mesmo, podemos ainda afirmar sem margem para dúvidas, que entende-se como segredo de justiça a capacidade de impedir a consulta ou a divulgação de circunstâncias processuais sobretudo até certos momentos da própria tramitação, daí resultando que ao mesmo se consideram vinculadas todas as pessoas processualmente envolvidas e que dos contornos do processo tenham sido informadas, sustentando-se este mesmo entendimento nas alíneas a) e b) do já mencionado **artigo 86, nº8 do CPP**.

Mas ficaria juridicamente curto, centrar a análise ao segredo de justiça apenas e só na dimensão supra elencada, e como tal importa mencionar a revisão que posteriormente se realizou no ano de 1998, passando a partir desse momento a haver permissão de publicidade na fase instrutória, desde que esta tivesse sido só requerida pelo arguido e este, através de requerimento, não declarasse que se opunha à publicidade, uma vez que nesta fase já não seria plausível existirem preocupações em sede de investigação, mantendo-se contudo intacto o princípio de presunção da inocência do arguido.

Nesta mesma matéria, e nas palavras do **Dr Júlio de Castro Caldas**, no seu discurso na conferência sob o tema, “ O Processo Penal em revisão”, de 1998, levada a cabo pela Universidade Autónoma de Lisboa, e depois publicado na obra “ **O Processo Penal em Revisão**” – **Comunicações, do ano de 1998, Autónoma Editora, na página 117** e seguintes, dizia já à época o mesmo que e cita-se (...) “ *O poder dos multimédia é hoje um poder fáctico, com o qual o Poder Judicial tem de aprender a lidar. Nesta poligarquia, os poderes fácticos já não são facilmente compagináveis com a herança de que somos portadores, de conceitos que*

considerávamos essenciais à defesa dos direitos e garantias individuais básicas. Julgo poder afirmar que a configuração que foi conseguida na versão inicial da Constituição, e na primeira versão do Código do Processo Penal, emergia, no fundo, da conhecida frase do Marquês de Mirabeau: “Dêem-me um juiz corrupto, dêem-me um juiz inapto, dêem-me um juiz meu inimigo, que eu o aceito desde que se possa actuar em público”. Esta noção de publicidade, que, no fundo, percorreu como axioma toda a nossa cultura judiciária, porque a transparência e a publicidade eram, em si, um sistema de garantias, deu origem a um culto da transparência absoluta na modernidade que, levado às últimas consequências, se transformou num fenómeno totalitário (...)”

Indo mesmo mais longe, continua o autor a exposição do seu entendimento sobre esta matéria dizendo que e cita-se (...) *“O que julgo poder verificar nesta nossa indagação é que a última versão da revisão Constitucional e o legislador da reforma do Código do Processo Penal também tiveram a premonição, ainda que a não explicitem suficientemente, de que existia uma realidade perversa, emergente do culto da transparência absoluta, que importava acautelar, e que continha em si germes de totalitarismo (...)”*

Ainda, e ilustrativo da possibilidade que anteriormente se apontou, inerente à instrução, considerava à época o autor, na página 118 da obra já também indicada que, e cita-se (...) *“ Abre-se agora uma pequena porta, em que se quer dizer: pode o arguido entender que o segredo de Justiça constitui uma barreira de protecção aos valores da defesa, da liberdade, da identidade, do bom nome e da autonomia individual. Este pequeno caminho, é, no fundo, um balancear de questões que estamos aqui a discutir: saber se o sistema de garantias que se constrói já não tem ancoragem suficiente na publicidade, sendo que a protecção das garantias individuais também se atinge pelo segredo e que também ele é um mecanismo de garantia. A lógica com que se construiu, inicialmente, o segredo de Justiça, segundo a qual este era um instrumento de protecção da investigação, uma vez que só ao juiz era dado o monopólio da violência legal, e que esse monopólio lhe era dado para satisfazer um interesse preponderante da defesa da comunidade, migra agora para a construção de uma garantia de defesa individual. (...)”*

Finalmente e já no término da sua intervenção, agora nas páginas 119 e seguintes da obra mencionada, considerava o autor, circunstâncias tão marcadamente convictas como as que podemos observar das suas palavras ao dizer que, e cita-se (...) *“ Reconhece-se hoje, simultaneamente, face a esta noção de que a absoluta transparência é totalitária, que o segredo de Justiça necessita de um equilíbrio na sua gestão por parte de quem tem a necessidade do patrocínio da defesa (...)”,* ou quando, mencionou que e novamente citando (...) *“ O circo mediático judiciário é ainda um acréscimo de perversidade em relação àquilo que inicialmente referimos sobre o poder dos multimédia, na poligarquia de poderes fácticos, agregando a si, simultaneamente, a ideia de entretenimento. Ou seja: a televisão e os meios audiovisuais têm uma noção de que o culto da transparência e a publicidade absoluta já não basta como exercício do direito e da obrigação de informar, contendo também uma obrigação de entreter. Esta noção de entreter comporta um óbvio apelo*

a valores negativos de ordem moral. É uma perversão, e uma perversão tanto maior quanto permite reconhecer que só é entretenimento aquilo que é deprimente, aquilo que é destruidor, aquilo que é negativo, aquilo que aposenta escândalo, aquilo que fixa as audiências (...)”

Posteriormente, por acção da grande reforma processual penal de 2006, e consequente entrada em vigor em 2007, (e nesta medida pode-se verificar que o antes mencionado realmente aconteceu), o segredo de justiça passou inequivocamente, de regra, a consubstanciar uma excepção, estando este entendimento consagrado **no nº1 do mesmo artigo 86 do CPP**. Contudo, e mesmo antes deste momento temporal, não se pode considerar esta temática pacífica entre as várias correntes jurisprudenciais e doutrinárias existentes na nossa praxis. Se quisermos observar exemplos desta mesma circunstância, podemos antes mesmo da revisão de 2007, mencionar alguns Juristas de renome, entre os quais Daniel Proença de Carvalho, que já por esta altura e em sua convicção defendia que só excepcionalmente deveria existir segredo de justiça, e mesmo aqui, apenas em casos muito bem fundamentados pelo Ministério Público, o que concretamente representaria apenas certos processos e por um período limitado de tempo. Tal posição tomou depois dimensão pública nas palavras que o próprio mencionou em entrevista ao Jornal Público de 12/12/2005.

Mas na verdade, não tinha o já citado jurista a exclusividade de publicamente tomar posições vincadas no que concerne a esta temática. Também o conhecido advogado, e ex Bastonário da Ordem dos Advogados, José Miguel Júdice, na revista da Ordem dos Advogados, ano 64, em Novembro de 2004, nas páginas 49 e 50, assumia a defesa da vigência do segredo de justiça até à «constituição de qualquer arguido», cessando com a constituição o segredo interno, excepto para certos crimes muito graves, mas devendo continuar o segredo de justiça externo, sendo a sua violação um crime.

Nesta mesma matéria, e nas palavras do **Dr Júlio de Castro Caldas**, no seu discurso na conferência sob o tema, “ O Processo Penal em revisão”, de 1998, levada a cabo pela Universidade Autónoma de Lisboa, e depois publicado na obra “ **O Processo Penal em Revisão**” – Comunicações, do ano de 1998, Autónoma Editora, na página **121 e 122** não deixa de ser curioso, que mesmo acontecendo anos antes do período a que agora se presta atenção, já o próprio autor considerava e entendia com postura distinta dos anteriores que, e cita-se (...) “ *Não é possível continuarmos herdeiros puros de uma tradição iluminista. A construção de uma nova Teoria da Justiça com base na equidade significa que é preciso reintroduzir, num conjunto de modelos de poderes disseminados, códigos de conduta moral,*

códigos de conduta deontológica, que permitam reequilibrar, na base da conformidade com princípios de razoabilidade, o respeito pelas liberdades individuais, pela identidade e pela individualidade. E, simultaneamente, consentir ao Poder do Estado, que tem a obrigação de zelar pelo cumprimento da Lei, a eficácia dos processos investigatórios e incriminatórios. Significa isto que não é possível desligar, no processo de reconstrução do Processo Penal e nesta questão do sigilo de Justiça, o saber ponderar o valor do segredo de Justiça e o valor da liberdade de expressão, de informação e de acesso à informação, sem simultaneamente recompor todos os pólos da regulamentação. Nesses pólos de regulamentação, há a exigência de código deontológico para as magistraturas, suficientemente espelhado em instrumentos normativos. Há a exigência de uma escrupulosa vinculação ao código deontológico da Advocacia, e a existência de código deontológico, com natureza compulsória, para a Comunicação Social (...)”

Na realidade, as posições supra citadas, como muitas outras que não sendo menos legítimas, poderão pelo menos não ser tão conhecidas, são demonstrativas de toda uma concepção pessoal que se possa ter desta matéria. Se nesta medida, quisermos determinar ou considerar o universo do fundamento do segredo de justiça, cedo perceberemos que o mesmo visa a protecção da investigação, assim como ainda hoje, esta tem que decorrer com reserva de publicidade, porque ao suspeito pode não interessar a descoberta da verdade, mas sim o desaparecimento de todas as provas, contribuindo o próprio para, podendo, ocultar, destruir ou dificultar a obtenção das mesmas levando à descoberta do/s facto/s criminoso/s.

Mas faça-se aqui um parêntesis para abordar o actual regime do segredo de justiça propriamente dito.

Como já se expôs, até à grande reforma de 2006, o processo de natureza processual penal mantinha-se em segredo de justiça durante a fase de inquérito, e posteriormente só passava a ser de natureza pública depois de proferida decisão instrutória ou, se não houvesse lugar a instrução, a partir do momento em que esta passasse a já não poder ser requerida. Na eventualidade da mesma ser requerida pelo arguido e este não se opor à publicidade no requerimento, então o processo tornar-se-ia de natureza pública, a partir do requerimento de instrução.

Ora se nos munirmos de um Código de Processo Penal anterior à grande reforma, perceber-se-á que da redacção anterior do já mencionado artigo 86 do Código de Processo Penal, não era necessário haver um qualquer despacho, para que o inquérito ficasse sujeito a segredo de justiça, isto porque desde logo existia a regra da sujeição

desta fase processual ao próprio. Posteriormente a 2007, a regra passou a ser completamente oposta, ou seja, a da publicidade.

Do disposto na já mencionada obra de **Agostinho Eiras, “Segredo de Justiça e Controlo de Dados Pessoais Informatizados”, Coimbra Editora, desta feita, na página 24**, acaba por ser legítimo considerar que a publicidade é hoje defendida como um princípio fundamental do processo judicial, essencial ao funcionamento dos regimes democráticos, onde importa ir buscar a justificação da existência de normas jurídicas determinantes da realização de diligências secretas. Nesta observância torna-se uma regra comum aos sistemas processuais penais, a existência da publicidade na fase de julgamento, sendo que esta pode também abranger a fase de instrução, e o secretismo durante a fase de inquérito.

Se quisermos, podemos considerar esta temática, através de uma concepção técnica de instrução criminal, em que o segredo de justiça se baseia em motivos de carácter técnico processual, residindo o seu fundamento na garantia de investigação de maneira a conseguir-se evitar que o suspeito conheça as pistas que estão em curso e assim com esta nova ideia de publicidade processual, passou o processo, quer nas fases preliminares, quer no julgamento, a estar sujeito a segredo de justiça apenas quando o Juiz o determinar, cabendo esta mesma decisão na fase preliminar ao Juiz de Instrução e na fase de audiência de julgamento ao chamado Juiz Presidente.

Contudo, e contrabalançando com as posições marcadamente “anti” segredo de justiça, não parece cem por cento seguro assumir que sem margem para dúvida se possa viver sem algum espectro dele mesmo, bastando considerar que o segredo de justiça, quer se goste ou não, acaba por ser necessário para impedir que desapareçam as hipotéticas provas de determinado crime, para recolher, inventariar os dados e para comprovar a sua existência, uma vez que a acusação tem que ter uma base de sustentação. Daqui torna-se quase possível estipular um nexos causal, sobretudo na medida em que para o processo penal, pode não ser benéfico o conhecimento por terceiros, de algum ou alguns desses actos, que possam assim contribuir para a ocorrência de um resultado final processual nulo como já anteriormente se mencionou, além de que seguindo este entendimento de quase “nexo de causalidade”, parece correcto supor que possam haver circunstâncias em que se verificando publicidade de

acto anterior, possa essa tornar inútil o que lhe seja subsequente, levando ao desaparecimento de provas que estejam uma vez mais hipoteticamente em causa.

É também por esta mesma possibilidade que o Direito é uma área tão rica e bela na sua contraposição de posições doutrinárias e jurisprudenciais. Se anteriormente trouxemos já à colação algumas posições públicas “contra segredo de justiça”, também as há “pró segredo de justiça”, senão vejamos agora delas mais exemplos.

José Souto de Moura, figura conhecida e conceituada nos meios jurídicos nacionais, na sua obra “Comunicação Social e Segredo de Justiça Hoje”, na página 77, é bem demonstrativo desta mesma realidade, assumindo como sua a posição de que a existência do segredo de justiça pode estar inclusive sustentada pelo interesse no bom êxito de uma determinada investigação, no interesse do denunciado, suspeito ou arguido, que perante determinados factos que lhes imputam ou estão envolvidos, não venham a ser conhecidos pelo público e o interesse das próprias vítimas no sigilo quando for previsível que haja exclusão de publicidade no julgamento.

Noutra posição, desta vez nas palavras e considerações do **Professor Frederico Lacerda da Costa Pinto, em “Segredo de Justiça e Acesso ao Processo, Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais”, Almedina, 2004, página 71,**sustenta-se que a vigência do segredo de justiça poderá ter mais que um significado, por um lado tratando-se de garantir o princípio da presunção de inocência do arguido e, por outro, haver a real capacidade de garantir condições de eficiência da investigação e da preservação dos meios de prova, sendo ainda, que por último possa estar também a obtenção de uma garantia para as vítimas e testemunhas que intervenham processualmente.

Se nos debruçarmos agora, e uma vez mais, já na redacção actual do artigo **86 do CPP**, consagra-se claramente que o processo é público sob pena de nulidade, e assim se alterou, chegando mesmo a inverter-se o paradigma processual, passando como já se mencionou da regra do segredo de justiça, para a regra da publicidade, importando ainda indicar que com esta profunda alteração, o segredo de justiça tornou-se excepção, pelo que passou a ter lugar apenas nas situações que se passam a expor:

Em primeiro lugar, passou a verificar-se quando o arguido, o **assistente** ou o ofendido requeiram ao Juiz de Instrução a sujeição do inquérito ao segredo de justiça,

por entenderem que a publicidade poderia prejudicar os seus direitos, como desde logo podemos observar pela redacção do artigo 86, no seu número 2, e tendo para isso o Juiz de Instrução, ouvido o Ministério Público, decidi-lo, por despacho irrecorrível.

Em segundo lugar, quando o Ministério Público entender que os interesses da investigação ou os direitos dos sujeitos processuais o justificam, determinando assim a aplicação ao processo, durante a fase de inquérito, do segredo de justiça, e o Juiz de Instrução, no prazo máximo de 72 horas, venha a decidir validar a decisão do Ministério Público, como se observa do mesmo artigo, desta vez no seu número 3.

Ora com a aplicação destas duas possibilidades, a verdade é que a determinação de aplicação do segredo de justiça pelo Ministério Público, passou a dever obedecer aos prazos de duração do inquérito previstos no artigo **276 do CPP**, bem como o pedido de prorrogação do segredo de justiça também passou a não dever ser feito após o prazo de duração máxima do inquérito. Falando desta hipótese de prorrogação, é de salientar que em muitos processos da actualidade se discute esta possibilidade. (lembremos neste caso o processo “Marquês”, em que o Ministério Público suscitou a manutenção do segredo de justiça, e a defesa de José Sócrates exigiu o levantamento imediato do mesmo). Esta possibilidade de prorrogação por um período máximo de mais três meses além do prazo máximo de duração do inquérito está prevista no artigo **286 do CPP**, contudo não se prevendo nova possibilidade de uma segunda prorrogação após uma primeira por mais três meses, independentemente do crime.

Tendo surgido neste âmbito grande celeuma entre os vários entendimentos existentes, decidiu o **STJ** harmonizar as directivas existentes, decidindo no sentido de que a prorrogação extraordinária do segredo de justiça não teria prazo fixo, senão aquele que se entendesse o objectivamente indispensável a uma conclusão da investigação em curso, podendo daqui entender-se, e até pelo exemplo anteriormente apresentado, que sempre que o Ministério Público entenda ser necessário requerer ao Juiz de Instrução que sujeite o processo a segredo de justiça, tal requerimento deverá ter a sua natural fundamentação, devendo esta ser por sua vez suficiente para justificar o afastamento da regra da publicidade.

Numa outra observância, sendo o Ministério Público, quem objectivamente tem o domínio da fase de inquérito, pode em qualquer momento decidir-se pelo levantamento do segredo de justiça, quer este levantamento seja realizado

oficiosamente, ou a requerimento do arguido, do assistente ou do ofendido, como se pode observar da redacção do artigo 86 no seu número 4. Se em cenário distinto não houver qualquer referência pelo legislador à necessidade de intervenção do Juiz de Instrução, este apenas será chamado a intervir quando o segredo de justiça for requerido pelos particulares e o Ministério Público não o determinar, o que nesta medida, surge unicamente em decisão por despacho irrecorrível do Juiz

Pese embora esta grande alteração de paradigma jurídico até aqui trazido à colação, a verdade é que o segredo de justiça se manteve como sendo o garante da protecção de um determinado bem jurídico, neste caso, o da própria investigação, e naturalmente também a protecção de questões que mais terão a ver com o universo da pessoalidade e vida privada das partes envolvidas. Assim, se quisermos ir, nesta análise, mais longe, e procurar-se na lei um sustento legal para esta posição, atentemos nas palavras e entendimento dos **Professores Gomes Canotilho e Vital Moreira, quando na sua CRP anotada, no 1º volume, página 414** explicitam, e citando, que (...) *“Ao constitucionalizar o segredo de justiça, a Constituição ergue-o à qualidade de bem constitucional, o qual poderá justificar o balanceamento com outros bens ou direitos ou, até, a restrição dos mesmos (investigações jornalísticas de crimes, publicidade do processo, direito ao conhecimento do processo por parte de interessados), mas não deve servir para contradizer o exercício dos direitos de defesa “ (...)*

Daqui, será de acessível compreensão que cedo se começou a notar um “choque de actuação” e convivência jurídica entre a assistência e o segredo de justiça, pelo que nesta medida, pode ir-se mesmo mais longe, pois já redigia **Jorge dos Reis Bravo, na Revista do Ministério público, nº119 do ano de 2009 no seu artigo “Novas regras, os mesmo segredos”**, que, e também citando (...) *“Alguns autores vêm designando o impacto da consagração da regra da publicidade no processo penal, mormente nas suas fases iniciais de investigação, como uma “revolução copernicana da natureza do inquérito”, o que pode, no entanto, fazer emergir inesperadas “consequências nefastas e imprevisíveis para a investigação criminal, no seu todo “ (...)*

Uma vez aqui chegados, somos desde já capazes de compreender o universo da primeira questão que a este capítulo está inerente, e que era pretensão conseguir-se responder, uma vez que se entende haver conseguido explicar qual a proximidade entre o assistente e o segredo de justiça. Ainda assim é possível aprofundar mais esta mesma discussão jurídica, senão consideremos:

Quer se goste mais ou menos de assumir, a regra da publicidade tem inconvenientes, vários, nomeadamente em relação aos meios de comunicação social, (que se podem constituir assistentes por acção dos seus jornalistas) na fase anterior ao julgamento e até ao trânsito em julgado.

Nessa medida aliás, alude o **Professor Germano Marques da Silva, na obra Curso de Processo Penal II, , página 36 e seguintes**, considerando que o direito de informar, por vezes, acaba por representar apenas e só um mero pretexto, não havendo qualquer interesse real em formular juízos sobre os factos, mesmo até quando são conhecidos superficial ou parcialmente, podendo mesmo levar a antecipações de juízos de opinião que directamente possam vir a afectar o bom nome dos arguidos, naturalmente com consequências muito prejudiciais na investigação, na situação processual dos mesmos e até nas decisões das autoridades judiciais.

Parece assim também legítimo das palavras do mencionado considerar que em vez de clarificar os factos, a publicidade pode eventualmente confundi-los, quer pela simples baralhação de toda a investigação, quer também por contribuir para a criação de um alarme injustificado na população, exagerando factos de reduzido alcance devido à circunstância comercial que de hoje em dia também vigora nos meios de informação.

Tal assumpção de posição é até relativamente bem compreendida se atendermos a exemplo de circunstâncias processuais em que a publicidade na comunicação social é susceptível de pôr a opinião pública ao serviço quer de interesses materiais ou políticos de qualquer órgão de informação, em prejuízo da real presença da justiça. Se após a leitura deste parágrafo, puder residir no leitor alguma dúvida de possível conflitualidade entre posições e conceitos, importa desde já esclarecer que não se pode pensar que há necessariamente incompatibilidade entre a publicação de notícias acerca de factos criminosos e o segredo de justiça. Isto porque com clareza podem os sujeitos processuais estar obrigados a guardar segredo de justiça e, apesar disso, os órgãos de comunicação social puderem divulgar notícias obtidas através da sua capacidade de investigação, mas nunca representando isso a existência de actos processuais que possam estar cobertos pelo segredo de justiça.

No seguimento do que já se disse, mas agora mais incisivamente verifiquemos esta temática em sede de **inquérito**:

Como já se indicou, anteriormente à grande reforma de 2006/2007, o segredo de justiça existia na fase de inquérito, sendo que para tal se conferia publicidade à instrução quando e a partir do momento em que esta fosse requerida pela pessoa do arguido, estando porém, fora do âmbito da hipótese acima mencionada, sempre que o mesmo, uma vez no requerimento de abertura de instrução, declarasse que se opunha à publicidade processual.

Ora, como também já se mencionou, o carácter secreto do inquérito tem por isto, como função principal o bom êxito da investigação, tendo em vista a recolha dos meios de prova necessários para sustentar uma possível acusação. É simplesmente esta a característica que se pretende da fase de inquérito, dado que em qualquer um, o arguido só deve ser acusado se a probabilidade de condenação for superior à de absolvição, resultando deste entendimento que a publicidade poderá ter sentido se se conseguir limitar simplesmente às declarações do arguido. Num outro prisma processual, aqui já num momento conclusivo, também pode, a este propósito, fazer sentido numa fase final decisória, quando todas as provas estiverem recolhidas ou nos crimes de natureza particular, se o arguido a isso não se opuser, em detrimento de fases preliminares de investigação destinadas a averiguar os factos e a recolher provas.

Se em cenário distinto o processo estivesse em segredo de justiça, possibilitava-se a prestação de esclarecimentos públicos a pedido de pessoas postas em causa relativamente a processos que se encontrassem em curso, verificando-se esta mesma condição, quando tal se considerasse útil ao restabelecimento da verdade, e ainda assim, sempre, na medida do estritamente necessário para a reposição da verdade sobre os factos que publicamente já pudessem ter surgido divulgados, procurando-se assim garantir a segurança de pessoas e bens, evitando ainda a perturbação da tranquilidade pública, nomeadamente em casos de grande exposição mediática, que acabam por acarretar consigo todo um conjunto de outras circunstâncias.

Em primeiro lugar e na ânsia do livre acesso, a todos e a qualquer preço, dos pormenores de certos e determinados processos, a realidade é que se assiste desde há anos a esta parte, como que a um alargamento dos meios de comunicação social, muitas vezes sendo sustentada esta ocorrência nas próprias facilidades de acesso aos processos que a lei neste momento prevê e permite. Nessa medida, e uma vez mais alertando, quando se esteja perante processos de maior exposição social e mediática, a verdade é

que se sente a necessidade imperial de proceder a uma harmonização entre os direitos tutelados pelo segredo de justiça, e a tão badalada liberdade de expressão, sendo que este é muitas vezes um “slogan” que todos utilizam, mas poucos conseguem definir ou delimitar.

Assim, e seguindo o entendimento do **Professor Paulo Pinto de Albuquerque, em Comentário do Código Processual Penal, Universidade Católica Portuguesa, página 240**, as alterações que se têm realizado nesta matéria alteraram todo o paradigma inerente à fase de investigação, antecipando a publicidade e o contraditório para a fase de inquérito, passando como que a haver um julgamento antecipado. Tal circunstancia acaba depois por desaguar numa alteração comportamental em que aquilo que antes se criticava relativamente à fuga do segredo de justiça, por entre outras coisas, sobretudo, não se proteger o bom nome das pessoas, hoje os suspeitos acabam muitas vezes por estar muito mais desprotegidos, já que a publicidade permite uma devassa de todo o inquérito, do seu bom nome e por vezes até da sua própria segurança e idoneidade que até provas em contrário se mantém por lei intacta.

Por uma questão de mero enquadramento, e quanto à matéria da liberdade de expressão, porque também anteriormente já se mencionou a mesma, salientar que esta, bem como a liberdade de informação e a liberdade de imprensa, são liberdades correlacionadas entre si e que estão previstas na Lei Fundamental, nos seus artigos 37 e 38 respectivamente, podendo-se nessa medida e em resultado do consagrado na lei, entender que a liberdade de expressão e os direitos de se informar e de ser informado, têm natureza individual, enquanto, que o direito de informar tanto poderá ser individual como institucional. A liberdade da comunicação social, essa, terá sempre que ser necessariamente institucional, uma vez que do que diariamente todos podemos observar da sociedade, a liberdade de expressão é além de um direito, um fenómeno de poder, e daí resultando que a própria Constituição tenha feito um tratamento em dois artigos da observância destas mesmas liberdades. Como se mencionou, a priori, no início deste capítulo, esta é uma temática que leva aos mais variados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Como exemplo, considera o **Professor Figueiredo Dias**, que há, muitas vezes, uma clara dificuldade de actuação entre o princípio, hoje vigente, da publicidade processual, e os meios de informação na sua vertente do sustento do “show mediático”.

Nessa medida e pela redacção do seu manual de **Direito Processual Penal, Coimbra Editora, nas páginas 226 a 227**, já o próprio menciona, e citando, que (...) *“estão nela implicados alguns dos mais complexos problemas da política processual penal actual. O critério geral da sua solução estará em dar a maior latitude de actuação possível aos órgãos de informação, mas com um limite inultrapassável: o de que daí não venha sensível perigo para a consistência e eficácia do direito de defesa do arguido ou da pretensão punitiva do Estado, em suma (como se diz nos direitos inglês e americano), para um fair trial, para um julgamento justo (...)*

Também em certo paralelismo com esta vicissitude, e a título de curiosidade, já dizia **Garapon em “ Le gardien dès promesses, Justice et Democracie”, Odele Jacob, nas páginas 73, 82** e seguintes, que os “Mass Media” e o seu funcionamento, deviam ser entendidos enquanto, e cito “ (...) *tentação de ressurreição da democracia directa, ou seja, como uma ilusão de acesso à verdade e de julgamento público, prescindindo de toda a mediação do processo (...)*”

O segredo de justiça no âmbito da instrução e julgamento

Contrastando com a situação anteriormente prevista, no actual Código de Processo Penal Português não existe nenhuma disposição legal que indique que a fase de instrução está submetida a secretismo, tal aliás, como também acontecia na anterior redacção do artigo **86 do CPP**, no seu número 1.

De uma forma muito incisiva, aquilo que a nova directiva eliminou no imediato, foi o segredo de justiça de fase de instrução, pelo que desta forma a pessoa do arguido passou a poder evitar a publicidade do que a si era inerente, a exposição mediática que daí pudesse advir, e ainda, uma vez mais, o direito ao seu bom nome, mantendo-se esta potencialidade jurídica no decorrer da fase de inquérito, mas por outro lado, não conseguindo evitar a publicidade em sede de instrução. Assim, o surgimento da eliminação completa do segredo de justiça em sede de instrução acabou por ser uma novidade que mais uma vez à luz de alguns entendimentos jurídicos não se aceitou com passividade.

Se verificarmos, com alguma frieza jurídica o que agora se trata, poderá entender-se que com esta nova realidade, o legislador, quanto mais não seja por negligência jurídica, acabou por deixar o suspeito desprotegido na fase de instrução, uma vez que este deveria poder ter a oportunidade, tal como acontece em sede inquérito,

de, sempre que assim entender, requerer que a instrução estivesse abrangida pelo segredo de justiça, sempre que se verificasse a circunstância da publicidade prejudicar os seus direitos, ou pelo menos disso haver forte e fundada suspeita que tal pudesse vir a acontecer. Desta feita e uma vez mais na obra já mencionada do **Professor Frederico Lacerda da Costa Pinto**, apresenta o própria a consideração de que o arguido passou com esta realidade jurídica a estar sujeito a uma fase pública quando por ironia pretende evitar um julgamento com o mesmo carácter.

Com a chegada da grande reforma penal de 2006/2007, o que se passou a verificar a nível da publicidade, foi que a mesma só passou a ser compreendida de maneira ao legislador pretender acautelar a necessidade da celeridade processual, evitando assim o recurso à fase de instrução, o que pode com legitimidade levar ao entendimento de que todas as demais alterações agora nesta matéria sentidas, acabaram por ser realizadas para aproximar a instrução do próprio julgamento, enquanto que, anteriormente, o entendimento era oposto, aproximando-se mais a instrução do inquérito.

Chegados a **julgamento**, este já é marcado pelo acesso a todo o processo, sendo que nomeadamente na pessoa do arguido é aqui que ele se pode defender do que lhe seja inerente, uma vez que este é um momento de natureza pública, com a circunstância do contraditório ser dominado pelo juiz de acordo com o princípio da publicidade, previsto pela conjugação dos artigos **206 da Constituição da República Portuguesa e o artigo 321 do Código de Processo Penal**. Contudo, pode haver a necessidade de existir exclusão da publicidade, e a havê-la e o tribunal assim decidir, deve sustentar esse mesmo entendimento em despacho fundamentado, com base nos **artigos 321 e 87 de CPP**, indicando claramente quais as circunstâncias que justificaram a exclusão de publicidade, salvaguardando a dignidade das pessoas e até da moral pública. (situação normal em casos de grande complexidade ou de natureza sexual) Importa ainda mencionar que o despacho que suscita a exclusão de publicidade, é passível de recurso com efeito suspensivo.

Excepção à possibilidade de exclusão de publicidade está contudo, e sempre, a leitura da sentença, uma vez que se considera, e se tem isso mesmo como princípio processual, que o julgamento é um acto público. Nesta matéria diz-nos o **Professor Frederico Lacerda da Costa Pinto em “Publicidade e Segredo na Última Revisão**

do CPP”, Revista do CEJ, número 9, página 38 e seguintes que, uma vez se verificando como pública a natureza do processo, poderá esta estar realizada com a publicidade plena da audiência de julgamento e a simples ausência de segredo nas fases preliminares.

Aqui chegados, importará, até porque é natural e legítimo que tal questão surja, questionar, se de facto pode ou não ser levantado o segredo de justiça, e se sim em que moldes e condições.

Para aludir acerca desta discussão jurídica, é de extrema utilidade o exposto pelo **Professor Figueiredo Dias, que no Boletim do CD do Porto da Ordem dos Advogados, número 21, de Junho de 2002 na página 27**, nos dizia que na contraposição entre segredo interno e externo, o segredo interno deverá existir durante todo o inquérito, até à fase em que se deduza a acusação, o que leva a que se possa deste entendimento subtrair que independentemente do tempo que possa durar o inquérito, o segredo, nesta óptica jurídica, deverá manter-se, pelo menos até que exista uma notificação judicial da acusação ou para arquivamento. Nesta medida pode compreender-se também que não deverá o mesmo ser levantado uma vez que se está perante uma fase processual que visa a investigação, e que por isso tem, ou deverá ter, a característica de ser secreta de maneira a garantir a melhor obtenção das provas que se entendam poder existir e dever seguir.

Na realidade, actualmente por acção do artigo **86 do CPP**, nos seus números 4 e 5, o segredo de justiça pode ser levantado oficiosamente por acção do Ministério Público, ou ainda mediante requerimento do arguido, **assistente** ou ofendido, não sendo neste caso necessária a intervenção do juiz de instrução. Se estivermos perante a circunstância de serem os três últimos a requerê-lo, e o Ministério Público assim não o determinar, os autos irão à presença do juiz de instrução para que o mesmo emane a sua decisão uma vez mais sendo esta por despacho irrecorrível.

Se trouxermos à colação, ainda nesta matéria, o **Professor Frederico Lacerda da Costa Pinto, nomeadamente em “Publicidade e Segredo na Última Revisão do CPP”, Revista do Centro de Estudos Judiciários, no seu número 9, ano 2008, na página 21 e seguintes**, cedo percebemos que do seu entendimento acerca desta matéria resultaria que o levantamento do segredo de justiça deverá depender da forma como foi determinado, e que sobretudo, tal se deve ao facto do segredo ter sido ou não requerido

pelos particulares nos termos do artigo **86 do CPP**, no seu número 2. Chegados a este ponto, se não houver oposição por parte dos restantes sujeitos processuais, será legítimo entender que aquele pode ser levantado, aqui, sem necessidade de intervenção do Juiz de Instrução Criminal, uma vez que o legislador pelo artigo **86 do CPP** número 4, não faz qualquer referência a haver necessidade de intervenção sua.

Pelo apresentado pode ainda assumir-se que o levantamento do segredo de justiça não terá de ser obrigatoriamente requerido por aquele que o sujeitou no processo, sendo que a iniciativa para o seu levantamento pode partir de qualquer um, e que para tal tenha de se verificar a concordância de todos os intervenientes, o que resultará num entendimento com natureza de unanimidade, significando que uma vez os sujeitos processuais tendo requerido o levantamento do segredo de justiça, os restantes devem sempre ser notificados para que, por acção do artigo **105, número 1 do CPP**, num prazo de 10 dias se possam acerca desta matéria pronunciar. Na eventualidade de haver algum que se decida opor, o processo deverá continuar em segredo de justiça, dado não haver decisão com carácter consensual. Assim, assistindo-se a uma falta de concordância entre todos, aquele que se opuser ao levantamento do segredo de justiça terá a possibilidade de logo em seguida se munir do previsto uma vez mais pelo artigo **96 do CPP**, desta vez no seu número 2.

Em jeito de conclusão, no que a este procedimento jurídico propriamente diz respeito, entende-se não se poder dizer, com absoluta certeza, quando é que é mais oportuno levantar ou não o segredo de justiça, entendendo-se ainda que é mais seguro afirmar que o mesmo deverá acontecer quando a investigação estiver concluída, o que normalmente só acontece com o surgimento de uma acusação ou na sua ausência, de um arquivamento.

Qual a barreira inultrapassável entre a figura jurídica do assistente e o segredo de justiça?

Resultante do até aqui exposto, a barreira que parece não poder nunca, a bem do direito processual penal, e da própria aplicação da justiça ser ultrapassado na relação **assistente** versus **segredo de justiça**, é objectivamente, o de que dela nunca possa vir a resultar um perigo para todas as faculdades atribuídas à defesa do arguido, mas também

à função inerente ao Estado de punir as condutas desviantes ao que se tenha legalmente previsto como sendo condutas passíveis de punição jurídico-penal. Nessa medida existe a possibilidade do arguido, o **assistente** e as partes civis poderem, apoiados no artigo **89, número 1 do CPP**, ter a exemplo, acesso a dados do processo para consulta, obtenção de cópias a fim de poderem preparar a acusação/defesa dentro dos prazos estipulados na lei, salvo se o processo se encontrar em segredo de justiça e o MP a isso se opuser.

Exemplificativo deste mesmo entendimento é o entendimento **de Ricardo Leite Pinto em “Direito de informação e segredo de justiça no direito Português”, ROA, ano 51, nas páginas 509 e seguintes** onde considerava e cito (...) *“o secretismo da investigação garante um bem jurídico da comunidade que será, no caso, a imparcialidade e a eficácia da acção da Justiça” (...)*

Uma vez não estando escrupulosamente garantidos os pressupostos anteriormente elencados, o perigo de que daí resulta, mais que ser bem visível e real, torna-se sobretudo frequente, podendo mesmo vir a consubstanciar um comportamento padrão, que será directa ou indirectamente, propositada ou inadvertidamente capaz de manietar a actuação do sistema judicial.

Tal possibilidade surge desde logo veiculada pelo desencadear de campanhas, que mesmo como se disse, ainda que inadvertidamente, podem actuar como elo emocional ou demagógico contra ou a favor de determinado arguido, consubstanciando-se nesta medida os popularmente entendidos “julgamentos em praça pública”, o que acontecendo não abona, nem ajuda à aplicação da justiça. Aqui, e nas palavras de **Faria da Costa em “Direito Penal da comunicação - Alguns escritos”, Coimbra Editora, do ano já longínquo de 1988, nas páginas 61 e seguintes**, já o mesmo considerava e cita-se *“(...) a prossecução do valor da justiça penal é um dos mais densos interesses públicos(...)”*

Outra posição bem demarcada, embora mais antiga, remontando ao ano de 1998, pelas palavras de Maria da Assunção Esteves, à época Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional, no seu discurso na conferência sob o tema, “O Processo Penal em revisão”, de 1998, levada a cabo pela Universidade Autónoma de Lisboa, e depois publicado na obra **“O Processo Penal em Revisão” – Comunicações, do ano de 1998, Autónoma Editora, na página 123**, expressava que, e cita-se (...) *“Há, em processo Penal, uma, omnímota tensão entre publicidade e segredo. Uma tensão que atravessa os diferentes*

momentos do processo, que é mais ou menos intensa conforme esses momentos do processo e que tem respostas difíceis e variáveis. Com efeito, a tensão publicidade – segredo não se resolve, necessariamente, do mesmo modo durante o inquérito e a instrução ou durante a audiência de julgamento, nos casos de prisão preventiva ou fora desses casos. (...)”

Uma vez aqui chegados, e para que possamos situar a matéria que se seguirá, atentemos agora nas realidades inerentes aos casos penais mediáticos e as faculdades de informação utilizadas pelos jornalistas ao poderem constituir-se assistentes tendo assim acesso aos autos processuais.

Atendendo a dois dos mais mediáticos processos penais portugueses dos últimos 15 anos, e em algumas das suas envolvências, sustentando o interesse contínuo da imprensa nestes mesmos casos, nomeadamente trazendo à colação o processo “Casa Pia”, e a recentíssima investigação inerente ao processo “Marquês”, é exemplificativa no primeiro caso a crónica do **Diário de Notícias de 31 de Julho de 2004**, em que se escrevia então, e passando a citar “(...) *Entre finais de 2002 e até 2005, não houve um órgão de comunicação social que ficasse indiferente ao processo da Casa Pia (...)*”, indo o mesmo Diário de Notícias mais longe inclusivamente ao mencionar, e cita-se “(...) *Durante estes anos, o DN mobilizou uma equipa de jornalistas para acompanhar o caso em exclusivo(...)*”.

A título de curiosidade, por identificação com o supra citado, poder-se-ia, mais uma vez lembrar a já citada frase de **Garapon**, mas não havendo necessidade de repetição, cite-se agora **Mário Ferreira em “ O segredo de Justiça na revisão do código de Processo Penal: Principais repercussões na Comunicação Social” – Sciencia Jurídica, de Julho – Dezembro de 1999**, que dizia, à época, que (...)” *a prática de um crime, o julgamento dos intervenientes e a punição dos mesmos não é coisa que interesse apenas às partes directamente envolvidas, Antes, e acima de tudo, está o interesse de toda a comunidade (...)*”

Já no segundo caso, sobretudo por ser mais recente, são contínuas as manchetes jornalísticas demonstrativas do interesse neste processo, pelo que a exemplo se pode citar para demonstrar a distância a que os meios de comunicação social chegam, a crónica na rubrica “**Sociedade**”, na página online do “**Jornal Sol**”, em que **Carlos Diogo Santos e Felícia Cabrita, a 13 de Junho de 2015** escreviam sobre a temática das supostas origens da investigação em curso, em que o próprio título apontava querer e cito, que “(...) *Inquérito Marquês começou com primo de Sócrates(...)*”, havendo depois todo um desenrolar opinativo sobre os meandros desta mesma possibilidade

explanando não só relações pessoais, como profissionais e até políticas da mais conhecida figura envolvida.

Naturalmente que se consegue perceber que alguns dos dados que depois dão origem a esta como a outras publicações poderão ter origem no acesso que os jornalistas têm aos processos, em grande medida por se puderem constituir **assistentes** dos mesmos.

Apontando estes dois processos mediáticos, o primeiro, considera-se ter sido o processo que alertou para os crimes de natureza sexual, concretamente os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, nas suas várias hipóteses que se encontram elencadas no **Código Penal, no seu Capítulo V**, segunda secção, agravando esta já grave situação penal, serem os lesados, sobretudo crianças, e crianças institucionalizadas, situação essa que representou uma condição quase “sine qua non” de uma vida que quanto mais não fosse, aos olhos de terceiros, era já considerada dura, onde as pessoas nela envolvidas ao longo da sua existência não haveriam sentido nada mais que drama, dificuldade e ausência de protecção dos seus pares.

Em consequência destes traços caracterizadores, desde logo se sentiu na sociedade Portuguesa, da pessoa menos à mais erudita, uma social condenação a tão vis comportamentos, caso se viessem a provar terem mesmo acontecido. Processo complexo, acabou este por ser também marcante para algumas mudanças no panorama legal e jurídico nacional, como disso se atesta pelo título de uma crónica pela **Agência Lusa de 15 de Dezembro de 2004, na plataforma online da “RTP notícias”**, onde se indicava, e citando “ (...) O processo Casa Pia dominou as atenções durante 2004, ano que ficou também marcado na Justiça por mudanças no Ministério, PJ e Centro de Estudos Judiciários (CEJ), a última das quais contestada por sectores da magistratura judicial (...)”.

Não bastasse já o espectro emocional, que tal explosão processual desencadeara, também por via dos meios de comunicação social, se empolou esse mesmo envolvimento emocional, que sendo até hipoteticamente legítimo, muitas vezes se formulou como certo e absoluto, mesmo quando processualmente e nos tribunais ainda não se tinha chegado com plena certeza a essa consideração.

Noutro aspecto, num exercício de recordação, será também importante lembrar o que se sentiu relativamente ao surgir como envolvido no escândalo existente, e como um dos principais arguidos, um conhecidíssimo, à época, apresentador de televisão ou

ainda no aspecto emocional relembre-se também que se desenrolaram dois tipos de acontecimentos à escala social, mas que obviamente pressionavam todo o aparelho judicial da época.

Por um lado surgiram todo um conjunto de entrevistas ao próprio apresentador, e movimentações populares, que ora sendo de apoio, ou de condenação ao próprio, criaram quase diariamente um clima emocional de dureza crítica à justiça pelos que consideravam tudo o que se passava uma “ cabala”.

Ilustrativo da primeira situação indicada, e da sua manutenção ao longo dos anos, saliente-se entre muitas outras, uma crónica na página do **jornal “Expresso online”, datada de 25 de Julho de 2010, da autoria do jornalista Ricardo Marques** em que já passados vários anos desde o início do processo se fazia alusão a uma Entrevista que Carlos Cruz havia dado ao jornalista Henrique Garcia, e em que segundo o jornal citado teria este dito, e cita-se “(...) *Se for condenado é um erro judiciário (...)*”; ou ainda mais recentemente na página online do **“Observador” data de 27 de Março de 2015** em que se apresentava e uma vez mais citando o título da crónica em causa (...) *Carlos Cruz: “É evidente que não sou pedófilo”(...)*.

Num terceiro e último aspecto, recordemos os efeitos que pela excessiva informação prestada à sociedade, e muitas vezes sem fundamento prático, resultaram na degradação da vida pessoal e profissional, de outros nomes que iam surgindo em praça pública. Para isso, e apenas e exclusivamente para efeitos académicos, tragamos uma vez mais à discussão os nomes do então deputado Paulo Pedroso, que chegou a ser investigado, não tendo depois havido provas bastantes para que de maneira inequívoca se conseguisse provar um juízo de culpabilidade.

Alude-se na observação de tal circunstância porque bastou a suspeição, e diz-se aqui suspeição, porque à luz do processo, o mencionado, como já se disse, não veio a ser considerado culpado, para que de maneira irreversível ficasse contudo com a sua vida pessoal, profissional e até social absolutamente hipotecada e refém da sua para sempre identificação com o processo que aqui se menciona. Mesmo que como já se disse não tendo vindo a ser considerado culpado, o juízo da “praça pública”, esse existiu, e dele, certamente na sua vida jamais se livrará

Alguns importantes exemplos deste mesmo impacto processual na vida pessoal e pública de Paulo Pedroso são, a exemplo, primeiramente a página online do “**Jornal Público**”, corria o ano de 2003, numa publicação a 22 de Maio desse mesmo ano, da autoria de Ricardo Dias Fellner e Eduardo Dâmaso, sob o título “*(...) Paulo Pedroso detido com base em testemunhos e escutas(...)*”, se realizava uma ampla publicação sobre o que teria levado a este mesmo desenrolar processual. No âmbito desta mesma publicação pode a dada altura ler-se, e cita-se “*(...) Entre os indícios reunidos pelo MP e pela Polícia Judiciária (PJ) contra Paulo Pedroso estão testemunhos de crianças, ambas, actualmente, com 16 anos de idade, e gravações de escutas telefónicas. Dos depoimentos que validaram a constituição de Paulo Pedroso como arguido, e que sustentaram o pedido do juiz Rui Teixeira para que lhe fosse levantada a imunidade parlamentar, constam relatos de sessões pedófilas, durante o período em que Paulo Pedroso era secretário de Estado e ministro da Segurança Social(...)*”

Posteriormente, e mesmo passados vários anos, quando questionado sobre uma possibilidade de retomar a vida política activa, pode ler-se na “**Visão**” online, de 7 de Setembro de 2014 numa entrevista concedida pelo próprio, que ainda assim considerava e citando “*(...) O que eu sinto no dia a dia é que não há ninguém que fale comigo que não saiba que esse caso existiu e que não tenha uma opinião sobre ele. Infelizmente para mim, essa imagem ficou. Do ponto de vista político, o que resulta é um dano objectivo e permanente, que faz com que eu pense que não sou uma mais-valia. (...)*”.

O que se discute, academicamente, e pelo exposto, não é a possibilidade de cada pessoa poder realizar o seu juízo, mas sim que esse mesmo juízo, possa surgir por informações por vezes surgidas de quebras do segredo de justiça, e assim levar à criação de uma bola de neve social, que uma vez crescendo sem parar, sempre acaba por criar um ambiente nocivo à aplicação da justiça, retirando-lhe desde logo a legitimidade em exigir um clima de tranquilidade social, de forma a conseguir sem qualquer tipo de entraves, ou até pressões, alcançar as conclusões que considerar necessárias para decidir sobre o que se investiga.

Nesta medida, e abarcando a violação do segredo de justiça, por tudo o que nesta matéria se pretendeu trazer à colação, e sobretudo por ser esta uma realidade que nos dias de hoje não está só nas mãos jurídicas do legislador, pode-se com certeza afirmar que o segredo de justiça é actualmente dos institutos jurídicos e processuais mais violados, havendo até quem entenda que este é um comportamento bem enraizado na cultura jurídica e social Portuguesa, como expressa Medina Seïça em “**Comentário Conimbricense do C. Penal, Parte Especial, Tomo III, Coimbra Editora, anotação**

ao artigo 371, página 642, afirmando que a violação do segredo de justiça se encontra institucionalizada. Tal consideração, parece, no entendimento do autor desta dissertação, uma visão absolutamente compreensível, até porque todos os dias, bastará ligar uma televisão ou abrir as páginas de um jornal da especialidade para ver que a imprensa respeita mal as interdições legais, tendo como objectivo a satisfação de um público ávido de notícias muitas vezes apenas escabrosas.

Por outro lado, ficou célebre uma declaração, já antiga no tempo, do ex Procurador Geral da República, Cunha Rodrigues, numa Conferência da Universidade Católica do Porto, (In Jornal Público de 26/02/92), ao mencionar que defender o segredo de justiça seria já nessa época uma realidade praticamente impossível, considerando que por vezes os jornais acabam por investigar melhor e mais depressa que os próprios institutos policiais. É por isto, deste entendimento possível depreender que, muitas das vezes o segredo de justiça que vem a público, não consubstancia sempre o que é adstrito aos sujeitos processuais.

Por outro lado é também importante considerar que a investigação jornalística é diferente de investigação judicial, sobretudo porque a primeira visa a especulação informativa, tendo para isso uma máquina a alimentar e a segunda pauta-se por regras e aplicação de direito com vista ao apuramento da verdade. Assim, o segredo de justiça tanto pode ser violado por revelação ou divulgação, consubstanciando a primeira na transmissão do conhecimento de determinado facto ou acontecimento da esfera sigilosa para o conhecimento de terceiro, enquanto que a segunda, (a divulgação), consiste na comunicação de um facto a um número indeterminado de pessoas.

Já mais recentemente e nas palavras de outro ex Procurador-geral da República, desta vez nas palavras de **Pinto Monteiro, (in JN de 18/01/2007)**, afirmava o próprio que fosse qual fosse a lei em vigor, o segredo de justiça seria sempre violado, sendo que disse também considerar que mesmo sendo um facto essa violação, tal não deve servir de fundamento para não existir.

Mais uma vez, estamos aqui perante matéria jurídica que varia conforme também varie o actor em causa, porém, será aceitável considerar que mesmo apesar de não respeitado, o segredo de justiça, na sua totalidade, é talvez um universo que nessa medida não consegue ser totalmente ultrapassado, havendo sempre alguma circunstância que fica intocável, bastando para isso verificar que do que tem saído ao

longo dos anos nos jornais e em concreto acerca dos processos que já se mencionaram, o que aparece mais vezes são transcrições de supostas escutas. Na realidade, não há conhecimento de em praça pública, terem sido publicados despachos, depoimentos ou até mesmo interrogatórios, o que pode assim indicar que a violação existindo, é realizada fora dos tribunais.

Noutro prisma, podemos interligar o que anteriormente se disse com o mais recente processo “Marquês.

Estando perfilado neste processo, entre vários, mas como principal arguido, um ex Primeiro-ministro, circunstância nunca antes vivida na Democracia Portuguesa, cedo e pela exposição mediática existente, se começaram a notar demagogias no que deveria ser o entendimento deste mesmo processo penal, ou quanto mais não fosse da sua investigação. Qual romance literário, este processo passou por isto a estar envolvido numa vasta narrativa, bastando para isso observar, que sendo um processo que envolveu políticos, partidos políticos, e tendo tido a característica de se desencadear na aproximação de eleições legislativas, cedo, parte da opinião pública, muitas vezes por inflamação dos meios de comunicação social, e pela boca de elementos chave processuais, passou a entender, que este era um processo que mais que investigar possíveis condutas criminosas, pretenderia ser capaz de actuar como veículo de obstrução à vitória das eleições legislativas que se aproximavam, pelo partido do ex governante que agora estava a ser investigado.

Exemplificativo desta mesma realidade são as declarações que o próprio arguido José Sócrates proferiu em carta enviada ao **JN e à SIC**, e que viriam a ser alvo também de abordagem no **“Observador” online no dia 19 de Agosto de 2015**, em que pode ler-se e citando o próprio “(...) *À medida que o tempo passa cresce a legítima suspeita de que este processo tem como verdadeira motivação condicionar as próximas eleições e impedir a vitória do PS. Acontece que isso não compete à justiça, mas à política (...)*”

Pelo antes exposto e pela transmissão directa dos arguidos e consequentes mandatários, observou-se ainda quase uma filosofia invertida do que deve ser o entendimento jurídico-penal do próprio sistema de justiça, chegando-se aos limites de, pretender passar à sociedade, que em vez de terem de ser os arguidos a provar a sua inocência, teria quase de ser o Ministério Público a provar que não estava a actuar por qualquer interesse obscuro e de natureza meramente política.

Poderá eventualmente considerar-se que o que se pretendeu foi acicatar as mentes civis menos formadas, querendo passar a ideia de que tal aplicação de medida de coacção representava uma prisão política, sustentando-se essa visão numa discussão desconcertante, em que mesmo estando bem visíveis os perigos que sustentavam na letra da lei a opção pela aplicação de tal medida de coacção, ainda assim o que interessava era noutra palavra por este processo trazida à ribalta “mistificar” toda a actuação do Juiz. Isto quando não só efectivamente o juiz, à partida, tinha as previsões da letra da lei do seu lado para que pudesse aplicar a medida que aplicou, mas ainda como é sabido desde que não contrárias à lei, as decisões de qualquer juiz, têm sempre um carácter de aplicação que varia consoante a sua sensibilidade pessoal face ao que lhe é apresentado julgar.

É até curiosa esta mesma circunstância, porque anos antes, no já volvido 2003, na sua intervenção no Congresso de Justiça desse mesmo ano, **Maria Cândida Almeida** considerava e cito (...)” *Concretamente, o que se alcança com a pretendida compressão ou eliminação do segredo de justiça é uma privatização do processo, torná-lo objecto mercadejável no crime de colarinho branco, aprofundar o vosso, já de si insuportável entre arguidos ricos e pobres(...)*”

De resto, podemos perceber por alguns destes exemplos, mas por tantos outros que se poderiam igualmente apresentar, redundando os mesmos na intervenção e acesso que todos sendo **assistentes processuais** podem ter perante os processos, que pode-se certamente com alguma segurança afirmar que é um facto sociologicamente comprovado que os excessos na publicidade informativa, mormente no que a casos de processos penais digam respeito, podem mesmo contribuir para a criação de um sistema de justiça penal em que nem haja por vezes direito a um julgamento nos moldes em que a lei o consagra, daqui resultando obviamente irreparáveis e inequívocos danos, quer para com a presunção de inocência dos hipotéticos arguidos, quer nas suas garantias fundamentais e na própria actuação do Estado. Com esta exposição casuística acaba também por se conseguir responder à terceira questão deste capítulo, que relembremos versava sobre até que ponto o assistente condiciona ou não o próprio segredo de justiça.

Estando nós a mencionar o poder dos “media”, e a sua legal possibilidade de se constituírem **assistentes**, tendo assim acesso aos pormenores dos processos penais, obviamente que bastando querer, os mesmos conseguem condicionar não só o segredo e a justiça, como por consequência, toda a tramitação e paz processual que se devem exigir ser inerentes a determinado processo. Ainda assim, e em matéria de segredo de

justiça, atentemos noutra visão doutrinária, desta vez, pelo entendimento do **Professor Paulo Pinto de Albuquerque**.

Diz-nos o próprio, na sua obra “ **Comentário do Código de Processo Penal**”, na sua 4ª edição na página 254, que, e passando a citar (...)”*o segredo de justiça é uma medida necessária numa sociedade democrática para proteger o direito à honra e à presunção de inocência dos investigados, manter a autoridade e a imparcialidade das autoridades judiciais e permitir uma perseguição eficiente do crime exactamente neste sentido (...)*”

Ora sem vaidade, mas antes atendendo a um carácter de identificação pessoal, o entendimento supra citado encontra-se também ele perfeitamente enquadrado no que se pretendeu ser capaz de explicitar nos parágrafos anteriores, e para tal, que fique bem claro, que não se considera que o princípio da publicidade seja menos relevante ou até importante que o próprio segredo de justiça. Ambos são relevantes nos momentos processuais a que devem estar ligados, o que é exactamente a mesma coisa que dizer que tão importante é, o segundo quando se esteja em fase preliminar do processo como a primeira quando nos encontremos em fase de audiência.

Mais; considerar que a sociedade não deve ter acesso a informações de natureza processual, seria no entendimento desta dissertação um grosseiro desrespeito a uma outra circunstância que deve estar sempre adstrita a um processo judicial, e que é inclusive garantida por um princípio penal, através da transparência processual, pelo que nessa medida se considera também que a publicidade processual na sua vertente externa deve ser capaz de responder à pretensão legítima da sociedade em estar conhecedora das realidades que a envolve, e quanta melhor publicidade o processo penal tiver, maior eficácia terá também a acção da justiça, sendo que, contudo, no plano intrinsecamente interno ao processo, a publicidade poderá consubstanciar hipotéticas vantagens às partes. Nesse mesmo sentido, parece também considerar o **Professor Paulo Pinto de Albuquerque**, ao entender que a publicidade do processo penal poderá interessar à vítima, de maneira a sustentar a imputação do crime ao arguido existente e a discutir a contraprova apresentada pelo próprio. Por outro lado, poderá também interessar ao arguido para que possa conhecer a prova da acusação, questionando-a plenamente, e anexando a sua contraprova o mais cedo possível.

Ora não só daqui, mas também do próprio entendimento do autor desta dissertação resulta que o princípio da publicidade é muito importante no processo penal

português, porém este não pode ser interpretado unilateralmente, tendo ao invés, que ser articulado com os restantes princípios do processo penal e com os princípios constitucionais.

Tal entendimento não invalida contudo, a necessidade de se entender necessário balizar a tal “liberdade”, pelo que deve estar esta sujeita à concordância prática com outros direitos, designadamente os direitos pessoais presentes nos artigos **25, número 1, e 26 da CRP**, bem como restrições impostas pelo segredo de justiça pelo **artigo 20, número 3 da CRP**, e demais restrições de origem constitucional e legal.

Aliás, como podemos observar da opinião do **Professor Costa Andrade na sua obra, Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal – Uma perspectiva jurídico criminal, Coimbra Editora, na página. 43 e seguintes**, passando a citar (...) *“o estatuto de direito fundamental da liberdade de imprensa impõe limites aos limites a impor à liberdade de imprensa. Aponta ainda para o facto de a ordenação jurídica democrática não reconhecer a qualquer direito, em definitivo, o valor absoluto” (...).*

Uma vez aqui chegados, pode a exemplo colocar-se a questão, “bem mas de entre os vários entendimentos existentes nesta matéria, e entrando em cena os meios de comunicação social, podem os mesmos actuar como bem lhes aprouver?”; Até onde podem os mesmos ir?

A colocar-se, esta é uma questão lógica e importa nessa medida dizer que todo o universo da comunicação social e em consequência da própria actividade jornalística é regulamentado pela Lei Fundamental, estando nela e por ela obviamente prevista, a atrás já mencionada liberdade de expressão, mas ainda a de informação, encarnando esta a chamada liberdade de imprensa e meios de comunicação social, que nessa medida se acabam por considerar fundamentais para que possa existir esta actividade, importando por isso, ainda que não sendo objecto directo do tema desta dissertação, realizar uma breve exposição a esta temática, dado que se considerou até aqui que realmente a comunicação social, através de se constituir assistente, tem toda uma relevante incidência na dimensão que determinados processos acabam por ter, pondo em causa assim as preocupações que se pretendem acautelar com o segredo de justiça, importando, desde logo, mencionar a actuação nesta matéria, da própria Constituição.

Prevê a mesma, e em primeiro lugar, ainda no seu **artigo 39**, a Regulação da comunicação social, ao passo que depois remete para a lei, a tarefa de se mostrar capaz

de definir a composição da entidade reguladora, sendo que esta actualmente é denominada por ERC (Entidade Reguladora para a Comunicação Social). Resulta daqui que com a criação desta mesma entidade, se entende legalmente que deve ser a própria a demonstrar ser capaz de garantir e exercer os poderes necessários à regulamentação e supervisão da Comunicação Social, mas ainda dever ter um papel activo e bem presente de regulação.

Com isto resulta também que a própria não pode actuar como um elemento passivo, ou se quisermos, numa linguagem jornalística como espectadora, do que possa acontecer a nível de actuação dos meios de comunicação social, mas em medida distinta deve ser capaz de agir sempre que, por si só, e no cumprimento das suas valências entenda necessário, e não apenas quando externamente solicitada, mesmo que tal solicitação se venha a realizar por parte do próprio sistema judicial.

Mas chegar aqui coloca outra questão, que tem a ver com a própria actuação não dos meios de comunicação social, mas do seu principal veículo, que é objectivamente o jornalista, daí não nos podendo nunca esquecer ou deixar de ter em conta que estes agentes da sociedade acabam por ser pessoas que objectivamente detêm um verdadeiro poder de aproximação à mesma, e como é sabido, todo o poder, necessita de ser controlado, sob pena de se tornar abusivo. Porém, trazendo à colação o elemento “jornalista”, o próprio, à imagem de tantas outras actividades, inclusive a judicial, tem e consagrado legalmente, o chamado código de deontologia do jornalista, que sendo verdade que lhe confere direitos, lhe atribui, ou lhe deverá sempre atribuir necessariamente também deveres. Se nos munirmos do mesmo, conseguimos extrair do seu primeiro artigo alguns destes mesmos deveres que acima se mencionaram ter de existir.

Desde logo presume-se da redacção do mesmo, e para com o jornalista, o dever basilar de relatar com rigor, exactidão e honestidade pessoal e profissional os factos que pretenda tornar públicos, devendo estes ser sempre comprovados. Ainda assim, e não nos circunscrevendo a este entendimento, consegue-se também reter do preceituado no código deontológico dos jornalistas que tem de ser sempre clara, objectiva, e directa, a capacidade do jornalista, para com o público-alvo da sua reportagem, e ser capaz de nunca inverter o carácter noticioso da sua actividade em mera opinião pessoal, o que obriga a uma capacidade de grande assertividade e sobretudo imparcialidade. O que

maioritariamente, e sobretudo se tem vindo a sentir pelo abuso da assistência pelos meios de comunicação social, é uma clara inobservância destes mesmos deveres, o que acabou por levar, por diversas vezes, não só a processos disciplinares, como a processos judiciais, que acabam nessa medida por ser uma actuação de ressaltos a um primeiramente existente.

Mencionando estes mesmos “processos de ressaltos”, importa indicar que os mesmos têm tido os mais variados e distintos contrastes, indo desde processos de carácter indemnizatório a processos de natureza criminal, sendo claro que mediante a gravidade do caso em apreço, estaremos perante responsabilidades que poderão consubstanciar uma circunstância contraordenacional ou penal, como legalmente se sustenta por acção do **artigo 37, no seu número 3 da CRP**.

Hoje, aquela que diariamente chamamos de “opinião pública,” tem uma extrema relevância, servindo como um relógio à sociedade em que se insere, constituindo um verdadeiro movimento pendular, que ora balança entre um lado e outro como os existentes em qualquer relógio de sala Renascentista, e aqui chegados, indo mais longe nesta temática, importa trazer à colação o entendimento dos **Professores Gomes Canotilho e Vital Moreira, na “sua”, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume 1º, na página 230**, exprimindo os mesmos que, e cita-se (...)”*A liberdade de imprensa é “apenas uma qualificação da liberdade de expressão e de informação, ela compartilha de todo o regime constitucional desta, incluindo a proibição de censura, a submissão das infracções aos princípios gerais do direito criminal, o direito de resposta e de rectificação”, configurando-se “como um modo de ser qualificado das liberdades de expressão e de informação, consistindo, portanto, no exercício destas através de meios de comunicação de massa, independentemente da sua forma (impressos, radiofónicos, audiovisuais)”(...)*

Deste entendimento e de que no contexto de um Estado de Direito baseado na dignidade da pessoa humana a liberdade de imprensa é um elemento essencial, consiste a mesma numa instituição moral e política devendo por isso representar um elo basilar e irrenunciável da sociedade democrática, mas que não pode nunca confundir a sua função social com ingerência na esfera do sistema judicial Português, podendo-se concluir que a colisão de direitos inerentes a esta matéria será decidida tendo em conta o valor supremo da dignidade da pessoa humana, e o princípio decisório da proporcionalidade que lhe esteja adstrito.

Deste mesmo entendimento, são ilustrativas as palavras de **Maria Assunção Esteves**, quando já em 1998, e à época sendo Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional, no seu discurso na conferência intitulada “ **O Processo Penal em Revisão**” - **Comunicações, levada a cabo pela Universidade Autónoma de Lisboa, e depois editado em livro pela Autónoma Editora em 1998, na página 129 e seguintes**, considerava que, e cita-se (...) “ *Diria agora em jeito de comentário, que a relação publicidade – segredo é uma relação variável que não se pode abstrair da ideia rectora de que o arguido é o centro do Processo Penal. Nos casos difíceis, têm maior peso os direitos imediatamente subjectivados do arguido à defesa e à dignidade do que os direitos das pessoas da comunidade, mediatizados no desiderato de eficácia na Justiça. As garantias de defesa e da dignidade do arguido apontam mesmo para uma maior limitação do segredo de Justiça nas relações internas do processo – do arguido com o processo - e para uma maior limitação da publicidade nas relações externas – do arguido com a opinião pública. É verdade que, no Processo Penal, se entrecruzam diferentes valores constitucionais e que todos aí reclamam efectividade: a transparência no processo e o interesse público em receber informação, à eficácia da Justiça e os direitos dos arguidos e das vítimas. Mas é preciso advertir para a falácia de raciocinar por contraposição e para a falsa antítese que opõe os direitos do arguido ao interesse geral da sociedade. Uma sociedade democrática está ela mesma comprometida com uma ética dos direitos. Disso não se podem abstrair a legislação nem a jurisdição. (...)*”

Não se ficando por estas considerações, terminava ainda a autora considerando que e cita-se novamente (...) “ *Para mais, a transmissão de certos actos do processo pelos meios de comunicação não se concretiza, quase nunca, numa transmissão apenas actual e única. Ela torna-se transmissão reiterada e mesmo pré anunciada, converte-se de verdadeira publicidade em publicitação ou propaganda. Não serve, então, os fins de um controlo racional e público da Justiça: Antepõe, antes à Justiça o julgamento irracional do Público. Só isso, e a abertura por esse modo feita do processo ao público, é já um meio insuportável de realização da liberdade de informar ou ser informado, um meio desproporcionado perante o valor nuclear da dignidade do arguido. Um processo aberto, que se concretiza, enquanto tal, desde logo, na publicidade imediata (assistência pelo público em geral), e em outros modos de informação (narração dos actos processuais, consulta no auto), não pode comportar os excessos de uma mediatização capaz de lesar irremediavelmente a esfera pessoal do arguido. Neste conflito, o direito a uma esfera pessoal do arguido (o direito à imagem, ao bom nome, a ser deixado em paz) limita as possibilidades jurídicas da liberdade de informar. É pois, necessário, que as determinações da Lei se fechem no sentido de uma proibição definitiva da transmissão ou registo de imagens, ou tomadas de som, sem o consentimento dos visados (...)*”

Sub Capítulo

Os contornos do segredo de justiça nos ordenamentos jurídicos

Espanhol; Francês; Alemão; Inglês e Norte-americano

Pelo que até este momento já se expôs, está certamente claro, que qualquer sociedade política e juridicamente organizada, ao observar a ocorrência de um delito, acciona a sua capacidade de acção penal, o que representa o conjunto de actuações e diligências que visa avaliar a situação em causa e se necessário aplicar a pena jurídica que no seu ordenamento lhe seja correspondente. Na observância deste mesmo entendimento, e ainda em paralelo, procuram igualmente todos os países, exercer esta capacidade, dando extrema importância à chamada “investigação”, que consigo vai então trazer, assim como no decorrer da própria tramitação processual, a questão de segredo de investigação, ou numa dicotomia mais Portuguesa, o entendido “segredo de justiça”.

Pese embora se verifique esta semelhança temática na generalidade dos ordenamentos jurídicos dotados das características acima indicadas, há contudo diferenças de entendimento no que às circunstâncias de tramitação processual diz respeito, como a exemplo, haver ordenamentos jurídicos em que se entende a investigação como vinculada a um maior secretismo, ao passo que noutros ordenamentos jurídicos tal não se considera indispensável à mesma, ou até a possibilidade que em alguns ordenamentos jurídicos existe e que permite às partes processuais ter um maior acesso aos autos que constam do processo e contacto com terceiros, com a possibilidade deles prestar informações. Em outros ordenamentos jurídicos tal não é possível, obrigando-se as partes processuais a um maior recolhimento jurídico, que veda assim o contacto com terceiros que do processo pretendam tomar conhecimento, sendo que aqui entra a preocupação inerente aos meios de comunicação social, dado que, estes, nos nossos dias, representam uma indústria mediática capaz muitas vezes de extravasar o objectivo meramente informativo que durante muitos anos era sua função, o que a acontecer, acaba por ser prejudicial não só para o próprio processo como também para os arguidos, para as vítimas em causa, na sua segurança, e até na imparcialidade que se deve exigir a juízes e a procuradores. Assim, toda a

temática existente sobre o segredo processual obriga a um contínuo equilíbrio e avaliação de prioridades entre bens e valores jurídicos muitas vezes absolutamente antagónicos, e que podendo estar mesmo em contraposição, acabam todos, no entanto, por ter importância processual como por acção do direito a um processo justo, o direito à defesa, a eficácia da tramitação processual, e também a liberdade de informação e de imprensa.

No decorrer deste sub capítulo pretendem-se analisar, ainda que resumidamente por não fazer parte directamente da abrangência desta dissertação, quais os entendimentos e paradigmas processuais existentes nos ordenamentos jurídicos no título mencionados, observando ainda como entendem os mesmos proteger o segredo de justiça, dividindo-se esta observação entre Portugal, Espanha e França, como países de natureza latina, a Alemanha como natural representante do entendimento Germânico, e os EUA e Inglaterra como representantes do paradigma jurídico anglo-americano, onde existe fortemente e vigora a chamada “common law”.

O segredo de justiça à luz do Processo Penal Espanhol

Uma vez aludindo ao sistema jurídico Espanhol, e estando em causa dissertar sobre a temática do segredo de justiça segundo a sua vigência e paradigma, importa desde já mencionar uma primeira grande diferença entre si e a realidade análoga Portuguesa, na medida em que em Espanha a direcção formal de qualquer instrução penal encontra-se tutelada pelos órgãos judiciais, que assim têm a potencialidade de abrir uma investigação judicial e disporem dela, e nela, com total iniciativa de movimentos.

Com esta particularidade, e nesta fase, ficam inerentes aos procuradores sobretudo duas funções, caracterizando-se estas pelo controlo da legalidade das investigações em curso, e a capacidade de solicitar aos juízes de instrução todas as medidas de averiguação que nesse âmbito considerem dever ser tomadas. Contudo e como menciona **Fernando Gascón Inchausti, Professor titular de Direito Processual, acreditado para o Corpo de Catedráticos da Universidade Complutense de Madrid, na obra “Segredo de Justiça”, editado pela Fundação**

Francisco Manuel dos Santos, na página 23, não se considera que os procuradores sejam os donos da fase processual de investigação.

Assim, em Espanha, (e aqui com algum paralelismo com a realidade processual Portuguesa), existe o chamado segredo interno e externo, o que normativamente se encontra tutelado pela *Ley de Enjuiciamiento Criminal* nos seus artigos **301 e 302**. Concretamente, e nas próprias palavras da citada lei, diz-nos o primeiro artigo mencionado que, e cita-se “ *Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, com las excepciones determinadas em la presente ley*”, (o que leva a que se possa considerar que o conhecimento de actos processuais realizados está vedado a todos os sujeitos que não intervenham no processo, incluindo os meios de comunicação social), ao passo que o artigo 302 considera e uma vez mais citando “*Las partes prsonadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procidimiento*”, podendo daí depreender-se que o anteriormente considerado segredo geral, não é veículo de obrigação a todos quantos se encontrarem envolvidos processualmente de maneira a garantirem o direito de defesa.

Uma vez mais segundo o entendimento do **Professor Fernando Gascón Inchausti**, na obra supra citada, agora na **página 24**, entende o mesmo que e cita-se (...) “ *a jurisprudência e a doutrina coincidem em afirmar que o previsto no artigo 301 LECrim constitui uma excepção à regra geral de publicidade dos actos processuais (estabelecida no artigo 120º da Constituição Espanhola), que tem a finalidade de impedir a difusão do conteúdo das investigações precisamente para, com isso, garantir o seu êxito. (...)*”. Ainda seguindo esta exposição, apresenta o autor em seguida, a consideração de que o segredo deverá nesta medida apenas abranger os actos processuais da investigação, deixando retirado desta vicissitude a observância do segredo relativo ao facto delituoso que se investiga propriamente dito. Ainda no **artigo 302** da “*Ley de Enjuiciamiento Criminal*”, no seu número II é permitido ao juiz de instrução a capacidade de ordenar a aplicação do segredo interno da instrução, como a lei ilustra, dizendo, e cita-se “ *Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, si el delito fuere público, podrá el Juez de istrucción, a propuesta del Ministerio fiscal, de cualquiera de las partes pesonadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mês y debiendo alzarse necesariamente el secreto com diez dias de antelación a la conclusión del sumario*”.

Aqui chegados poder-se-ia considerar que Espanha representa um ordenamento jurídico envolto em grande secretismo no que à investigação penal propriamente dita diz

respeito, contudo tal hipotético entendimento considera-se desfasado da realidade sobretudo porque continuando em causa a observação ao **artigo 301**, acaba por se proteger o segredo, enunciando-se aplicar sanções com carácter disciplinar ou penal consoante o que se venha a verificar acontecer para todos quantos realizem quaisquer revelações que não devam. Há porém uma diferenciação no mesmo artigo uma vez que se prevê que se quem violar o segredo da instrução for um advogado ou um procurador aplica-se uma multa que vai entre euro e meio e quinze euros, enquanto que, se quem violar o segredo for um funcionário público, encontra-se prevista uma pena bastante mais severa, como disso é demonstrativa a letra da lei ao mencionar e cita-se “ *La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio a cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo a cargo público por tiempo de uno a três 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 três años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de três a cinco años*”.

Pelo exposto, e ainda que a letra da lei procure como se percebe acautelar o segredo já citado, a verdade é que entre uma realidade e outra, é legítimo considerar que é muito mais violenta a punição que se pretende aplicar a um funcionário público, do que a um advogado ou procurador propriamente dito. É realmente esta uma particularidade até curiosa, uma vez que por esta diferenciação levada a cabo pela lei Espanhola, acaba por directa ou indirectamente se entender que os advogados e procuradores têm uma maior amplitude de movimentos no que a esta matéria diz respeito. Paralelamente ao entendimento Português esta é uma realidade que não se nos apresenta, pelo menos até ver, como atendível.

Ainda em matéria de protecção, agora do segredo interno, por acção do **artigo 302**, a protecção tem maior amplitude garantística, uma vez que neste caso, e já por acção do artigo 466 do *Código Penal Espanhol*, são previstas sanções com carácter penal que demarcam uma maior distinção perante o individuo que possa ter cometido uma violação e transposto assim para a esfera externa ao processo uma qualquer revelação que disso não pudesse ser exemplo. Ilustrativo de tal entendimento é que se prevê agora que se tal acontecer por acção de um advogado ou procurador a pena pode ser de multa de 12 a 24 meses, e ainda a possibilidade de inabilitação especial para cargo público, para uma profissão, ou até para um emprego de 1 a 4 anos, ao passo que se tal acontecer por acção de um representante do Ministério Público Espanhol,

qualquer funcionário Judicial, ou inclusive pelo Juiz, se aplicará o disposto no **artigo 417 do Código Penal Espanhol**.

Para que se perceba com maior clarividência a interpretação jurisprudencial Espanhola inerente ao segredo em instrução, o Tribunal Constitucional Espanhol em **STC de 13/1985 de 31 de Janeiro** pronunciou-se ajuizando, neste caso perante uma circunstância de proibição que havia sido decretada por um juiz de instrução a um meio de comunicação social de publicação de imagens relativas a um cenário de crime, que reconhecia a potencialidade do processo penal poder ter uma investigação segura por segredo, pretendendo alcançar o sucesso da própria investigação, mas reconhecendo também que tal se tratava aqui de uma excepção à garantia de publicitar actos processuais, o que devia por isso ser observado num entendimento restritivo por entrar em choque com a liberdade de informação.

Uma vez mencionada esta postura do Tribunal Constitucional Espanhol, considera o **Professor Fernando Gascón Inchausti, na obra já mencionada nas páginas 27 e 28** que, e cita-se (...) *“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 nº 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 de instrução. Á 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 existentes contra a mesma. Consequentemente, o segredo da investigação penal circunscreve-se ao conteúdo das declarações dos arguidos e testemunhas, tal como tenham viçado documentadas, aos laudos periciais e aos demais documentos que se juntam 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 (...))”*

A relação Espanhola entre segredo de investigação e os meios de comunicação social

Na senda desta matéria que até aqui de forma naturalmente resumida se procurou expor, importa realizar uma abordagem ao que o próprio título que se escreveu indica, e para isso nada melhor que uma vez mais trazer ao leitor o entendimento que o **Professor Fernando Gascón Inchausti, na obra já mencionada, agora na página 32** indica, considerando o próprio que, e cita-se (...) “ *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. (...)*”.

Além deste esclarecedor entendimento vai mais longe o Professor ao considerar, e continuando a citar-se, que (...) “ *Em princípio, a jurisprudência Espanhola parece ter entendido que o segredo de instrução representa um limite claro ao direito fundamental à liberdade de informação e ao direito a receber informação veraz, ambos consagrados no artigo 20º da Constituição Espanhola. (...)*”

Dada a complexidade que esta relação tem levantado no ordenamento jurídico Espanhol, à imagem do que também sucede na realidade Portuguesa, apenas mencionar que o Estado Espanhol, correndo o ano de 2004 e com a aprovação da “*Comisión de Comunicación del Consejo General del Poder Judicial*” elaborou o intitulado Protocolo de Comunicação da Justiça, de maneira a conseguir colaborar no estabelecimento dos critérios que devessem ser capazes de reger a revelação de dados processuais aos meios informativos Espanhóis de onde, desde logo, tem demarcada dimensão jurídica e até social, uma das considerações existentes no protocolo, mencionando-se e cita-se “ *los gabinetes de comunicación se rigen por el principio de transparencia informativa y de una colaboración completa com los medios de comunicación hasta la frontera que marcan las leyes*”.

Como já anteriormente se mencionou não é alvo desta dissertação avaliar qual o espectro de actuação deste protocolo, e dos efeitos práticos que o mesmo conseguiu ou não atingir, contudo parece legítimo o entendimento de que pelo menos à partida se pode crer que tal mecanismo jurídico representa um esforço de harmonização de convivência entre a lei e a comunicação, o que se aplaude, e pode até ser uma realidade a ter em conta no nosso país, naturalmente com os contornos inerentes à nossa própria realidade processual.

O segredo de justiça no ordenamento jurídico Francês

Continuando a abordagem que acerca desta matéria se propôs realizar tendo em atenção as suas características em alguns países Europeus, será agora abordada a realidade Francesa. Por isso torna-se de suma importância uma menção histórica ao ano de 1958, na medida em que é desde então pela respectiva promulgação do chamado **“Code de Procédure Pénale”** (vulgo para o caso, **Código Procedimento Penal Francês**) que se estabeleceram em França os termos em que se considera haver o segredo da investigação penal, que abrange tanto o momento preliminar, que neste país tanto pode ser exercida pela polícia quer pelo Ministério Público, como também em sede uma vez mais de instrução, esta sob a tutela do juiz de instrução.

De salientar que em França, entende-se que o segredo de investigar diz respeito não só às partes processuais, como inclusivamente sobre terceiros, onde uma vez mais surgem os meios de comunicação social, por acção dos seus demais jornalistas.

Assim, e atendendo primeiramente à ligação entre o “segredo” e as partes processuais, o que existe é uma instrução que para as mesmas não tem um carácter necessariamente secreto, conforme se pode constatar em **“S.Guinchard/J.Buisson, Prócedure pénale, 6ª edição, Paris, ano de 2010, na página 999**. Desta potencialidade resulta que as partes processuais podem ter acesso às diligências processuais realizadas, conhecendo assim o seu conteúdo, havendo para que tal suceda uma condição de parte que diz respeito ao arguido e à parte civil, o que numa linguagem mais acessível representa a potencialidade de ser o particular a promover o exercício da acção de natureza penal, naturalmente com uma assessoria do advogado, que nesta medida é quem tem a incumbência de ceder a documentação se assim se lhe requerer, fazendo-a chegar ao seu cliente. Tal procedimento encontra-se consagrado por acção do **artigo 114** do supra citado código, já alvo de alterações pela **lei nº 2007-291 de 15 de Março**, e pelo **artigo 114** no seu número 1, que surgiu por acção da **lei nº 96-1325, de 30 de Dezembro de 1996**.

Porém, haver esta potencialidade não significa que os advogados possam ter acção directa nesta matéria de maneira puramente de acordo com a sua vontade pessoal uma vez que continuam os mesmos proibidos, assim como as partes processuais, de contribuir para que documentos cheguem a terceiros não envolvidos processualmente, havendo mesmo uma previsão de pena pecuniária para quando suceda o contrário. A

única excepção que o paradigma processual Francês, nesta matéria prevê, é a possibilidade e revelação dos laudos de natureza pericial, podendo se assim entenderem para sua defesa, os advogados dar os mesmos a conhecer a terceiros como está consagrado pelo artigo **114, VI do código Penal Francês**. Uma vez mais, o que na prática daqui acaba por resultar, é que continua a ser o juiz o detentor do poder de controlo sobre tudo o que diga respeito a informação.

Se estivermos perante uma relação que tenha como característica principal ser para com terceiros, a regra é o secretismo dos actos de investigação, como consagra o **artigo 11 do Código Penal Francês** onde na letra da lei da actual redacção se observa que, e cita-se (...)” *Sauf dans les 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. Tout 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 penal. 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 (...)*”

Objectivamente, aquilo a que se assiste é à existência de um dever de guardar o segredo que esteja inerente aos actos, actuações e até documentos que possam conformar a instrução, o que contudo não impede alguma doutrina Francesa de considerar que tal não é inerente ao acto representante de delito, sendo essa potencialidade o objecto da fase de investigação, devendo temporalmente o secretismo manter-se no decorrer da mesma. No caso de um arquivamento, a instrução que lhe esteve adstrita deve manter-se secreta, o que já não acontece havendo julgamento onde desaparece o dever de manter segredo.

No que concerne aos “sujeitos”, todos os que estiverem afectos à investigação, estão abrangidos ao segredo, pelo preceituado no artigo **11 do Código Penal Francês**, sendo de salientar também neste ordenamento jurídico os representantes do Ministério Público, todos os representantes de secretarias judiciais, e também os polícias, seus auxiliares e peritos como se pode observar em “*E. Vergès, Procédure Pénale*”, Paris, 2005, página 147.

Noutro prisma de actuação, estão os sujeitos que não concorrem à investigação, onde pelo entendimento de vários penalistas Franceses, incluindo o supra citado, na

mesma obra, nas **páginas 147 e 148**, se entende que desde logo uma destas personalidades é o arguido, e também as partes civis, as testemunhas e os próprios advogados, munindo-se os transmissores desta opinião jurídica sobretudo de dois argumentos, sendo o primeiro o entendimento de que os sujeitos não se encontram abrangidos como sendo sujeitos activos nos moldes dos artigos 226, 13 e 226,14 do Código Penal Francês, e o segundo, o de que o artigo 11 do mesmo código atribui o segredo de investigação sem dano aos direitos de defesa (ver nesta matéria a obra já mencionada de **Guinchard/Buisson na página 1000**), daí resultando que para a defesa se terá de permitir a utilização da informação que se possa ter obtido por via da instrução e nessa medida colocá-la ao conhecimento e dispor de terceiros.

Uma vez aqui chegados importará trazer à colação a relação entre o segredo de investigação e os meios de comunicação social à luz da realidade do país que agora se trata. Em França, como acontece na maioria dos países Europeus sentem-se de forma palpável as chamadas fugas de informação tendo as mesmas sempre como base de destino os meios de comunicação social pelo que o problema reside assim numa óptica investigadora. Contudo importa mencionar o já citado artigo 11 do Código Penal Francês que consagra a potencialidade de permissão de comunicados de imprensa com natureza oficial, o que contribui para o diminuir de propagação noticiosa inexacta que possa perturbar a opinião pública e o próprio decorrer processual. Em França, e ainda que aqui também não se vá desenvolver minuciosamente essa matéria, existe ainda a preceituação legal de aplicar determinados limites à lei de imprensa, nomeadamente nos seus **artigos 35, alínea c) 38 e 39 alíneas b) e e)**.

Uma vez não sendo cumpridas as disposições existentes em matéria de segredo, entende-se por norma que a infracção destes mesmos princípios, nomeadamente os inerentes ao segredo de investigação não porá em causa a validade do processo em curso na sua totalidade, porém e por acção da “ *Chambre Criminelle de la Cour de cassation*” admite-se a nulidade dos actos se estiver em causa uma violação da publicidade no decorrer de determinada diligência, resultando como consequências para com os infractores e pelo artigo 226, 13 do *Code Penal*, penas de 1ano de prisão e 15000 euros de multa quando estiverem em causa pessoas que estejam obrigadas ao cumprimento do segredo de investigação em sentido estrito.

No prisma dos danos que tais possíveis incumprimentos possam causar na pessoa dos prejudicados em causa, os mesmo entende-se poderem ser de natureza de honra e da própria imagem (o que também sucede na realidade Portuguesa), e também de natureza processual, uma vez podendo acontecer a violação do princípio da presunção de inocência, o que nesta concreta vertente se pretende acautelar por acção do artigo 9 do *Code Civil*, onde se estabelece e cita-se “(...) *Chacun a droits au respect de la présomption d’innocence; Lorsqu’une personne est, avant tout condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l’objet d’une enquête us 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 d’une rectification ou la diffusion d’un 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. (...)*”, o que representa a potencialidade do sujeito cuja presunção de inocência se tiver assistido violada ou posta em causa ter a potencialidade de do juiz conseguir uma adopção de medidas adequadas para que tal circunstância termine.

O segredo de justiça no ordenamento jurídico Alemão

Após se ter, resumida, mas sustentadamente, trazido à colação os contornos do segredo de justiça em países como Portugal, Espanha ou França, o ordenamento jurídico que agora será alvo de apreciação será o Alemão, sendo que desde logo deste para com os anteriormente citados, existe uma vincada diferença na medida em que a regulação normativa é praticamente inexistente dado que nesta sociedade está, ao contrário das anteriores, enraizada, uma maior cultura de respeito e cumprimento do segredo de justiça por acção do veículo de investigação.

Esta mesma realidade é abordada por **Lemonde, em Delmas-Marty/Spencer na página 697**, ao considerar-se que o respeito acima mencionado, é, se necessário, ilustrado pela regra de que os meios de comunicação social Alemães ao informar sobre eventuais acusações de natureza penal, omitem os nomes dos arguidos, excepto quando estes sejam pessoas que já tiveram importância a funções activas na esfera pública.

Assim, observando o sistema jurídico Alemão pode dizer-se que a regra existente quanto à investigação penal propriamente dita é a do secretismo desta, também neste caso sob a alçada do Ministério Público, não tendo o arguido participação na prática das diligências que sejam adstritas à investigação em curso, como se pode

observar em *B. Huber, “Germany”, em R.Vogler/B.Huber, Criminal Procedure in Europe, Berlim, 2008, na página 304*. Pelo exposto parece seguro considerar que à luz do entendimento da doutrina e jurisprudência Alemã considera-se, como o segredo, comparando com os ordenamentos latinos, aquele que representa o segredo interno processual, sendo que contudo não existe nenhuma norma que directamente pelo “*Strafprozessordnung*” (vulgo para o caso, código procedimento penal Alemão e **STPO** doravante), consagre explicitamente este entendimento. Desta particularidade, certamente são muito mais assertivas nesta matéria, as normas existentes nos ordenamentos Português, Espanhol e Alemão, por acção dos artigos, **86 CPP, 11CPP Francês, e 301 do “LECRIM”** de Espanha respectivamente, dado que no **STPO** os casos que se encontram regulados são aqueles em que os arguidos têm direito a marcar presença nalguns momentos da própria investigação, acabando por não terem essa mesma possibilidade nas demais ocasiões processuais que possam surgir, o que concretamente, e na prática, representa a possibilidade do arguido apenas poder em norma estar presente quando se esteja perante declarações de testemunhas ou peritos, ainda estas no decorrer da investigação e na presença de um juiz. (**ver artigo 168 c) e d) do STPO**).

É de salientar que a fundamentação jurídica Alemã para este entendimento resulta da posição que podemos observar na obra já neste capítulo citada, quer pelas palavras uma vez mais de **Huber na página 304, quer também nas de Roxin/Schunemann na página 292**, sustentando-se que as declarações que anteriormente se indicaram, poderão ter eficácia probatória processual posteriormente ao momento em que tiverem sido ditas, o que já não acontecerá quando estejam em causa diligências levadas a cabo pelo Ministério Público, dado que o arguido como já vimos não está presente, daí não se lhe reconhecendo capacidade probatória em sede de resultado dessas mesmas diligências.

Naturalmente que pese embora as considerações que aqui se explicam, considera ainda o legislador Alemão, que o arguido deve ter um momento em que tem o direito de conhecer aquilo que se lhe imputa, e daí por acção do artigo **163 I do STPO**, consagra que tal deve acontecer antes da ocorrência do interrogatório à sua pessoa, que se considera dever acontecer antes do termo da investigação. Uma particularidade curiosa neste ordenamento jurídico é ainda a possibilidade de se poder proceder a um segredo interno reforçado, que pode surgir enquanto os actos processuais estiverem tutelados

pelo Ministério Público em sede de investigação, podendo ser negado ao advogado de determinado arguido aquilo a que chamamos o acesso ao expediente processual, sempre que se sinta que a haver essa possibilidade tal possa vir a comprometer o sucesso da investigação. Daqui resulta e de uma forma também muito particular que tal entendimento, se verá como que em excepção, quando o arguido em causa se encontre em situação de prisão preventiva ou de detenção, onde o seu advogado nessa medida terá acesso às informações que a essa situação conduziram e que lhe sejam necessárias a poder sustentar os seus objectivos de actuação em sede de defesa do arguido.

Quanto às disposições que regem as violações de segredo processual, por acção do *artigo 353 alínea b) do “Strafgesetzbuch” (doravante STGB)*, sobre a epígrafe (traduzindo naturalmente para português), “*violação de segredo oficial ou de dever especial de silêncio*”, consagra-se uma punição com pena de prisão até 5 anos quando esteja em causa um funcionário ou agente público que tenha violado conteúdos processuais abrangidos pela regra de secretismo processual. Porém, e ainda na mesma codificação, a exemplo, agora no *artigo 353* sob a epígrafe uma vez mais traduzida “*Informações proibidas acerca de situações judiciais*” existe a previsão de pena de prisão até um ano ou ainda pena de multa para quem, contra uma proibição legal torne públicas informações acerca de determinada actuação judicial não abrangida pela regra da publicidade ou tenha dado a conhecer o conteúdo de determinado documento relativo à mesma.

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

Em relação à matéria que agora se aborda, interessa para que se perceba melhor a razão pela qual se considera haver como que uma cooperação entre os dois elementos em causa, a chamada “*directiva 23*”, do “*Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren*” (daqui a diante denominado *RiStBV*), que é no fundo uma codificação legal Alemã, caracterizada por uma colectânea de directivas com carácter regulamentar, existentes para melhor aplicação do processo penal que remonta a Janeiro de 1977. Pelo exposto, e voltando à “*directiva 23*”, sob o título e traduzindo “

Cooperação com a imprensa e com a rádio” pode-se depreender pela observação dos seus vários pontos, que aqui não serão extensa e individualmente abordados, que as autoridades que têm participação da acção penal devem colaborar com os meios e comunicação social, tendo em conta o relevante papel que estes representam junto da sociedade civil e opinião pública. De entre os vários pontos que nos apresenta esta directiva, há um que tem especial importância e que releva sobre a possibilidade de havendo a prestação de uma informação, a mesma não vá ou não venha a colocar uma vez mais em causa os objectivos da investigação, pelo que nessa medida se parte do pressuposto que as autoridades de prossecução penal são as entidades dotadas da capacidade de poder transmitir informações aos meios de comunicação social.

Noutro âmbito de actuação, um distinto veículo da colaboração que ora se procura demonstrar haver na Alemanha, é a existência de gabinetes de imprensa que estão por sua vez ligados ao Ministério Público e aos próprios tribunais, onde “ad hoc” estão juízes e magistrados, que acabam por desempenhar um papel de porta-vozes daquilo a que também se poderia denominar de imprensa judicial, ou imprensa sob a tutela da justiça.

Se ainda assim se verificar um excesso nas informações que se fizerem tornar públicas, em **H.H. Kuhne, *Strarprozessrecht*, 7ª edição, Heidelberg, 2007, na página 395**, assiste-se à indicação de que a doutrina reconhece que uma alternativa possível a esta realidade é a tutela de natureza civil, por acção e presença dos direitos de personalidade da pessoa que esteja a ser prejudicada, por acção da violação dos mesmos. Já numa óptica distinta, está outra vertente da doutrina Alemã que admite considerar como eventualmente possível, o arquivamento de determinados processos, quando em causa estejam circunstâncias que possam consigo trazer como que um prejuízo a nível social e civil, mediático até se quisermos.

Entre os maiores defensores deste entendimento encontra-se **Hillenkamp**, que já em 1989, e na sua obra “ ***Verfahrenshindernisse von Verfassungs wegen*”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1989, nas páginas 2841 e seguintes**, afirmava que em alguns casos no decorrer da fase de investigação, desenrola-se quase que um julgamento paralelo, que a acontecer pode gerar uma objecção processual, capaz por sua vez, de impedir a abertura de um julgamento oral, posição esta que até aos dias de hoje continua respeitada e com alguma observância prática. Por outro lado, e em contraposição

marcada à posição e entendimento anteriormente indicados, surgiu posteriormente **O. Hohmann**, que na sua obra *“Verdachtsberichterstattung and Strafverteidigung-Anwaltsstrategien im Umgang mit den Medien” em Neue Juristische Wochenschrift, 2009, nas páginas 881 e seguintes*, considerando que em casos de extrema exposição mediática os próprios advogados dos arguidos se deveriam poder servir dos meios de comunicação social de maneira a conseguirem defender os seus constituintes relativamente aos juízos que a própria opinião pública deles pudesse vir a formar, o que levaria assim à consagração do tal julgamento paralelo.

O segredo da investigação no processo penal Inglês

Chegados ao Reino Unido, deve-se a bem da verdade primeiramente indicar que a fase de investigação não é indiscutivelmente secreta, isto porque em grande medida, aquilo a que nos Códigos Processuais Português, Espanhol e Francês se entende como segredo de instrução, não tem uma figura jurídica paralela em Inglaterra.

Na verdade, não existe uma qualquer norma de *“common law”* que preveja e sustente tal “entidade” jurídica, até porque pelo entendimento de **R. Vogler**, em *“A world view of Criminal Justice”, Aldershot, de 2005*, entende-se das considerações do próprio que na verdade nem sequer se pode entender que a investigação dita preliminar seja parte do processo penal propriamente dito, dado que tal está sob alçada das polícias, o que segundo o próprio leva ao entendimento de que só ocorre o dito processo em si mesmo, quando se esteja perante uma detenção de determinado suspeito, ou quando determinado juiz autorize uma busca ou até interceptação telefónica. Daqui resulta a publicidade das intervenções dos juízes aquando das actuações que devam levar a cabo em sede de investigação, o que regra geral sucede com as audiências que têm como objectivo decidir sobre a situação processual de determinado detido ou arguido.

Ora aqui chegados, pode-se assim considerar que na verdade o ordenamento jurídico Inglês tem uma abrangência que coloca o seu foco de actuação na aceitação de que a aplicação da justiça deve sempre estar acima da própria liberdade de imprensa, muito e em grande medida, pela presença de uma “entidade” jurídica a que os Britânicos denominam de *“contempt of law”*. Como explicita **C.J. Miller em Contempt of court, 3ª edição, Oxford, do ano 2000**, tal entidade jurídica caracteriza-se por um

agrupamento de condutas que revelam desrespeito pelos tribunais e em consequência da própria justiça, o que leva a sanções muito graves a quem na sua pessoa o representar.

Nesta matéria importa também salientar, ainda que mais uma vez resumidamente, que se prevê no ordenamento jurídico Britânico três “dimensões” de “*contempt of court*”, nomeadamente “*contempt in the face of the court*” (caracterizado pelas posturas que coloquem em causa o desenvolvimento processual, sobretudo pela coacção a juízes ou testemunhas), “*Contempt by scandalizing the courts*” (caracterizado pela utilização de críticas exacerbadas contra as autoridades judiciais), e “*Indirect Contempt ou contempt by interfering with pending or imminent court proceedings*” (que diz respeito a condutas que mesmo por negligência venham a colocar também em causa o desenvolvimento processual, onde se incluem as abusivas publicações de informações adstritas a processos de natureza penal, quer em sede de investigação quer em sede de julgamento).

Outra figura jurídica que tem relevante importância no ordenamento que agora se apresenta é ainda o “*contempt of court by publication*”, que tem como principal função o controlo dos meios de comunicação, chegando o momento de a estes serem fornecidos os dados inerentes a determinado processo penal, sobretudo quando esteja em causa a possível imputação de determinado crime a uma pessoa concreta, o que assim contribui para a preservação do secretismo inerente à investigação penal.

Quanto à regulação deste mecanismo jurídico, a mesma não é linear, uma vez que por um lado, as regras do “*common law*”, como é sabido, têm carácter jurisprudencial e consuetudinário, e por outro, existe ainda distinto preceito legal, a saber, “*Contemp of Court Act*” que tendo sido aprovado em 1979 pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos pretende ser capaz de definir a modalidade de “*contempt of court by publication*” existente, a que nesta medida dão os Britânicos o nome de “*strict liability contempt*”, que tem a particularidade, agora sim, de conviver de boa maneira com os princípios da common law. Para uma mais incisiva apreciação desta matéria ver “*N.L. Nathanson em “The Sunday Times Case: Freedom of the Press and Contempt of Court under English Law and the European Humans Rights Convention.”*”

Em linhas gerais, o “*strict liability contempt*” acaba por ser uma modalidade que consiste em realizar uma publicação que possa ter impacto na observância de procura de

uma correcta aplicação da justiça, caracterizada por ser aplicável em publicações quer amplas quer menos abrangentes, sendo para tal necessário que a publicação em causa possa vir a gerar um risco substancial ao desenvolvimento processual. Posteriormente, para que seja avalizada a existência de “*contempt*”, não se prevê a necessidade de entender qual a intenção inerente à publicação de determinada publicação, mas apenas do risco que esta possa causar ou ter causado. Finalmente, entende-se ser necessária a abertura do processo judicial, considerando-se existir esta condição a partir do momento em que se produza uma vez mais a detenção de determinado indivíduo, ou seja, quando emitida por um tribunal uma ordem de detenção, o que leva a que por estas características se possa entender que o “*strict liability contempt*” não diz respeito aos primeiros momentos das investigações criminais, havendo sim uma preocupação com a protecção das informações deste momento processual pelas regras do já mencionado. “*contempt of court*”.

Não se ficando por aqui, o “*Contemp of Court Act*”, consagra também quais os limites de actuação que se entendem permitidos aos meios de comunicação social Britânicos, e nessa medida pela *secção 4 (1)* deste mesmo diploma legal, entende-se poderem os mesmos informar de forma neutra, e no momento adequado, ainda que sendo necessário, terem os tribunais a possibilidade de determinar uma proibição de publicidade, no tempo que lhes pareça necessário, quer na totalidade, que de partes das actuações processuais. Existe ainda, pelo estipulado na *secção 5* do citado diploma legal, a chamada “*discussion of public affairs*”, que no fundo diz respeito ao tratamento informativo e respectivas publicações que possam ou não surgir inerentes a processos judiciais em curso, e posteriormente na *secção 6* do mesmo diploma legal, ainda que o mesmo não vá aqui ser abordado, importará em linhas muito abstractas mencionar que se reconhece a subsistência do “*common law contempt*”, o que quer dizer que não se excluem do âmbito deste, as publicações de informações adstritas a processos de natureza judicial, à aplicação das regras que já se teve oportunidade de aludir inerentes ao “*contempt of court*”.

Tal circunstância pode levar a que se possa considerar que os meios de comunicação Ingleses se encontram obrigados a não publicar informações sobre investigações de natureza penal que estejam em curso, dada a possibilidade hipotética das mesmas poderem vir a colocar uma vez mais, aqui também em causa no desenrolar da correcta tramitação processual, pelo que se pode com legitimidade entender que o

ordenamento jurídico Inglês é dotado, se quisermos, de um maior pragmatismo na matéria que ora dissertamos, na medida em que nos dias de hoje a investigação é maioritariamente de natureza contraditória e o segredo da investigação não procura impedir o arguido de conhecer o conteúdo instrutório, procurando-se antes evitar que este seja alvo de “julgamentos em praça pública”, o que acontecendo comprometerá toda a tramitação processual. Daqui resulta que à luz deste ordenamento jurídico não é intocável a manutenção e preservação de secretismo durante a investigação, procurando-se antes garantir que os meios de comunicação optem por não publicar informações sobre a investigação que possam uma vez mais, como se disse anteriormente, comprometer os valores e objectivos que a caracterizam.

O processo Penal Norte -Americano e o segredo de investigação

Uma vez pertencendo o território em causa também à “common law”, a primeira consideração é que por essa razão contém ainda alguns traços de semelhança com o ordenamento jurídico que anteriormente se elencou, nomeadamente na presença, aqui também, da figura jurídica do “**contempt of court**”.

Ainda assim, nos Estados Unidos, a liberdade de imprensa tem uma força superior à que existe na Europa, acabando muitas vezes por prevalecer sobre questões de direito propriamente ditas, sendo de notar esta particularidade no facto de tal estar previsto desde a primeira emenda Americana ao seu texto Constitucional.

Mas como já se mencionou, existem, em alguns aspectos, algumas semelhanças entre este e o ordenamento jurídico Inglês. Exemplo disso é o entendimento processual penal Americano, que tal como o Inglês, não prevê a existência do segredo da investigação como a maioria dos países Europeus, alguns deles também aqui já abordados. Diferentemente, o que nos Estados Unidos se consagra é a publicidade inerente aos actos judiciais, entendendo o legislador que existe um legítimo interesse dos meios de comunicação social, em dar conhecimento à sociedade civil, de crimes que se tenham cometido, e da resposta que o aparelho penal lhes aplicou. Por outro lado, também aqui a investigação, que se entende como investigação criminal, um cunho marcadamente policial, estando na alçada do Ministério Público, intervindo os juízes quando se tenha decidido proceder a detenção de determinado indivíduo, sendo que em

tal circunstância, cabe também a estes, decidir sobre a decisão de levar a cabo as diligências que se apresentem necessárias, sobretudo quando estas se mostrem porém restritivas no que toca a direitos fundamentais, como se pode observar em **J. Israel/Y.Kamisar/WLaFave/N.King, Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court and Introductory Text, St. Paul, ano 2006, nas páginas 4 e seguintes.**

Pese embora esta realidade, existe, como também se pode observar na obra já mencionada, na página 192 e seguintes, uma preocupação e consequente chamada de atenção para alguns perigos que podem surgir pelos meios de comunicação social, nomeadamente quando se assiste a uma exposição mediática abusiva o que colocará em risco o próprio processo. Tal eventualidade é então nas páginas que se mencionaram, projectada em três domínios, nomeadamente na possibilidade desta expressão mediática abusiva poder colocar em causa a imparcialidade de juízes e Ministério Público; poder colocar em causa a imparcialidade também dos júris que se devam apresentar a tribunal, e ainda na possibilidade de vir a residir comprometida a própria actuação e imagem da justiça processual em si mesma.

Observando estas vicissitudes, podemos também aqui com legitimidade considerar, que uma vez mais a investigação é um dos momentos mais importantes na tramitação processual Norte Americana, onde se entende que uma comunicação social exagerada, sem qualquer tipo de contenção, e até abusiva pode contribuir para a degradação da actuação da justiça, e consigo também colocar em causa na pessoa dos próprios arguidos, o direito que lhes é inerente de terem acesso a um julgamento justo, o que levou o ordenamento jurídico em causa a criar alguns instrumentos que têm como principal objectivo evitar a realidade supra possível.

Desde logo, a doutrina Americana decidiu colocar de lado o “**contempt of court by publication**” como elo de ligação entre os meios de comunicação social e a investigação, o que na realidade como se pode observar em “ **Bornkamm, Pressefreiheit und Farine des Strafverfahrens**”, páginas 101 a 127, levou a um progressivo abandono deste mesmo mecanismo, uma vez se tendo entendido que poderia estar colocada em causa uma restrição da liberdade de imprensa. No seguimento deste entendimento surgiu a aprovação da Lei Federal de Março de 1831 em que se decidiu passar somente a aplicar o “**contempt of court**” aos comportamentos que

ocorressem durante uma presença em sede de tribunal, excluindo a parte da punição das publicações em sede de “**contempt of court by publication**”, ainda que estas colidissem com o decorrer da tramitação processual.

Os meios de comunicação social Americanos e as medidas de combate à exposição mediática

Tendo como já vimos, o ordenamento jurídico Americano, decidido não ter uma marcada interferência no desenrolar da tramitação processual, sentiu o legislador a necessidade de contudo criar um conjunto de medidas que tutelassem esta mesma posição, o que resultou num cenário revestido de alguma dualidade, dado que mesmo se entendendo que deve prevalecer a liberdade de imprensa, não se admite que a mesma seja excessiva.

Como podemos observar em W/LaFave/J.Israel, N.King/O. Kerr, Criminal Procedure, 3ª edição, Thomson-west, 2007, no volume 6, nas páginas 262 a 292, foram, nessa medida, criados alguns instrumentos jurídicos que propunham acautelar o supra mencionado, de onde, ainda que não caiba aqui minuciosamente elencar todos, se devem no entanto mencionar o “ **change of venue**”, que representa a ordenação de celebrar determinado julgamento em local distinto do da ocorrência do crime em causa; o “**continuance**”, que representa a possibilidade de celebração de determinado julgamento no momento em que a existência do mediatismo por parte dos meios de comunicação social seja menor; ou ainda o “**sequestration of the jury**”, que representa o isolamento do júri durante o decorrer de determinado julgamento, procurando-se assim acautelar quaisquer influências externas ao processo que estes pudessem sentir.

No que às parte activas concretamente diz respeito, os tribunais passaram a ter a faculdade de proibi-las de informar terceiros acerca dos pormenores e conteúdos processuais, e, inclusivamente, havendo essa necessidade, de prestarem quaisquer declarações aos meios de comunicação social, sustentando-se este poder directivo nos contornos legais de direcção processual, em que os tribunais estão dotados de autonomia decisória para garantir a adequado desempenho das suas funções, o que neste ordenamento jurídico acontece sob a denominação de “ **restricting public statements**”,

podendo ser vários os destinatários destas directivas, desde logo os arguidos, os Membros do Ministério Público, as testemunhas, os peritos, os advogados, e até mesmo as próprias entidades policiais envolvidas. Com esta particularidade de proibição de prestar declarações públicas, o que no entendimento jurídico em causa se chama de **“gag orders”**, acaba por se criar um cenário equivalente ao chamado segredo externo em sede de instrução dos ordenamentos jurídicos, que neste sub capítulo já se abordaram, na medida em que os participantes processuais estão proibidos de informar quem quer que seja, de tudo quanto tenham tomado conhecimento por terem sido parte activa processual, não resultando daí uma conexão entre os processos e os meios de comunicação social, o que sendo violado vai levar a sanções e punições, que variando de Estado para Estado podem ir desde multas à privação de liberdade.

Aqui chegados, e porque já se fez alusão aos **“gag orders”**, dizer que estes se subdividem em duas modalidades através das chamadas ordens singulares e ordens gerais. As primeiras produzem-se por acção de um juiz quando na observância de um caso, decide balizar quais os aspectos que desse processo não se podem dar a conhecer a terceiros, o que numa óptica jurisprudencial acaba por ter uma observância de excepção tendo por isso de ser enquadrada nas necessidades que o processo em apreço coloque quando estando em causa o receio de se ver melindrado ou mesmo violado o julgamento justo. Contudo estas ordens singulares por só chegarem ao juiz após a detenção de um determinado indivíduo, podem acabar por não ser abrangidas pelas anteriores investigações já realizadas, o que coloca na esfera do bom senso das polícias e Ministério Público, que são quem as executa, a decisão de tornar público ou secreto o que nessa medida possa ter acontecido ou se tomado conhecimento.

Quanto às ordens gerais as mesmas dizem mormente respeito a regras de conduta e actuação que os tribunais Americanos acordam entre si, dado terem essa autonomia nos seus poderes, sendo destinatários destas regras todos os intervenientes participantes dos processos. Havendo proibição de transmissão de informações processuais, quem não respeitar tal indicação será posteriormente sancionado por via do **“contempt of court”**, havendo ainda possibilidade de sanções adstritas a ordens profissionais específicas, como sendo no caso de tal acontecer por acção de um advogado, o que em grande medida acontece inclusivamente em Portugal, pela Ordem dos Advogados Portugueses.

Conclusões:

Concluída esta dissertação, é agora o momento de reunir o conjunto de conclusões que dela, e pelos objectivos inicialmente traçados se consideram ter conseguido extrair, interligando assim toda a matéria tratada com as “research questions” que representam a matriz desta dissertação. Nessa medida, assenta este capítulo nas conclusões e respostas encontradas sobretudo a quatro grandes questões bailares, sendo estas:

I - Qual a realidade processual penal existente antes da grande reforma de 2006/2007?

II - Com a chegada da grande reforma, qual o entendimento que levou a toda uma mudança de paradigma e criação da figura actual do “assistente”?

III - Perante a sua actuação, quais os benefícios ou problemas que o “assistente” processual levanta?

IV; Será o “assistente” benéfico para o segredo de justiça?

I

De uma primeira abordagem histórico/temporal, e tendo como objectivo, conseguir responder, à primeira questão das quatro acima mencionadas, conclui-se pelo primeiro capítulo desta dissertação que anteriormente à grande reforma Processual Penal de 2006/2007, o Processo Penal Português pautava-se sobretudo pelo entendimento processual penal apresentado pela codificação de 1987, por acção do já mencionado **Decreto-lei 78/87 de 17/02**, que à data, trouxe consigo uma concreta

delimitação às funções que se encontravam adstritas ao Juiz de instrução, ao Juiz de julgamento e ao próprio Ministério Público. Por outro lado, propunha ainda este mesmo diploma conseguir ser o primeiro grande passo para um objectivo a que o Processo Penal Português se propunha então conseguir responder, sendo este a articulação entre a realização da justiça, e os direitos, as liberdades e as garantias de todos os sujeitos processuais na busca da descoberta da verdade, concluindo-se ter então também pela primeira vez surgido a delimitação concreta das fases processuais do inquérito, instrução e julgamento.

A nível da esquematização prática do processo penal propriamente dito, conclui-se ainda pelo tratado nesta matéria, que o mesmo assentava por esta altura na realização das fases de inquérito, instrução e julgamento, de maneira a se ser capaz de garantir a imparcialidade do juiz que julgasse da causa, (o chamado juiz julgador), o que seria fundamental na procura de uma decisão que se apresentasse justa, surgindo esta individualização de fases, pela natureza acusatória do processo penal, que aliás se encontra consagrada no **artigo 32º, nº5 da Constituição da República Portuguesa**.

Muito directamente, por esta altura, o inquérito constituía o ponto alto da consagração da estrutura e paradigma acusatório que caracterizava então o Processo Penal Português, havendo posteriormente um momento a que se chamou “*instrução*”, momento esse que sendo facultativo pretendia controlar judicialmente a decisão final que tivesse sido proveniente do apurado em sede de inquérito, o que levaria ou não, consoante a posição que se adoptasse ao julgamento, pelo que se conclui que a instrução pautar-se-ia por um carácter variável sendo apenas existente quando requerida pelo arguido ou assistente, ao passo que a derradeira fase do Processo Penal, que é o julgamento, representava o momento em que se decidia da possibilidade ou não de haver lugar a responsabilidade criminal de determinado arguido

Com o passar dos anos, novas realidades e exigências foram surgindo pelo que se sentiu a necessidade de realizar algumas revisões jurídicas nestas matérias como disso são exemplificativas as realizadas em 1998 e 2000, o que leva também a que se conclua que se procurava agora adequar estas às necessidades jurídicas inerentes à viragem do milénio, questões essas que representavam concretamente a morosidade na justiça e a disciplina processual que se sentia dever exigir na tramitação processual, nunca para isso descurando a postura dos intervenientes processuais, situação que se

vinha sentido pelo cada vez maior mediatismo que certos processos tinham na esfera social.

Ainda que não explanando na totalidade a matéria aqui mencionada, dado o mesmo já ter sido realizado no primeiro capítulo desta dissertação, importa contudo indicar que se conclui ter sido desde logo muito importante a reforma Processual Penal de 1998 onde se deve destacar uma especial contundência reformista nomeadamente em sede de instrução, propondo-se a já citada reforma, a ser capaz de alterar a disciplina processual dessa mesma fase, passando a dar mais importância à comprovação judicial em torno da decisão de acusar ou não realizar qualquer acusação, tendo-se para isso consagrado a irrecorribilidade de todas as diligências probatórias que fossem requeridas ao Juiz de instrução criminal, limitando-se ainda o número de testemunhas, e clarificando-se a posição de consagrar que, os actos de instrução não estariam sujeitos a contraditório, o que leva ainda a uma conclusão adjacente representando esta, o facto, da instrução ter saído nesta altura reforçada com esta revisão legal, sendo que se mantinha uma realidade nefasta que representada pelos muitos recursos de constitucionalidade existentes, quer por acção do ofendido, quer pelo direito de defesa do arguido.

II

Perante a questão número II, e do estudo da matéria que lhe diz respeito, a primeira grande conclusão prévia que se retira do estudo desta dissertação, e que se considera ter sido o primeiro motor para que se tenha dado a grande reforma Processual Penal de 2006/2007, acompanhada da sua grande mudança de paradigma jurídico, foi toda a importância, que neste aspecto, tiveram processos como o processo “Casa pia”, o que leva a que se entenda poder com legitimidade concluir que foi este o primeiro grande processo que desencadeou e despoletou o “despertar” na “praxis jurídica” e também na sociedade, para um sentimento de alerta que advinha de alguma impunidade que se acreditava hipoteticamente existir no ordenamento jurídico Nacional, resultando daí que a sociedade civil começava agora a entender, e exigir, dever estar informada dos contornos processuais que dissessem respeito a questões que como as deste processo e outros análogos, tivessem a capacidade de chocar o cidadão comum.

Do anteriormente mencionado, conclui-se que foi em grande medida, pelo surgir de processos como o que se indicou que surgiu uma nova grande reforma processual

penal em Portugal, e que à data representava a procura, de conciliar numa escala de acordo com a sua importância questões como a defesa da vítima, a eficácia processual e também as garantias de defesa, o que resultou numa reforma extensa e diversificada, que veio a abranger uma variada gama de institutos processuais, como sendo os actos processuais, os sujeitos processuais, a prova quer na sua obtenção como na sua admissibilidade, também quanto às medidas de coacção e garantia patrimonial e em consequência disso mesmo também para com as três fases processuais propriamente ditas.

Neste âmbito, devem-se destacar de entre as novidades que agora se vislumbravam, o alargamento do “princípio da publicidade”, que passava agora de excepção a regra, o que colocou pela primeira vez em possível confrontação directa realidades como a assistência de pessoas até então considerados externas aos processos, aos autos processuais propriamente ditos e o risco que a este entendimento estaria, a partir desse momento ligado, todo o universo do segredo de justiça e das partes processuais.

Nesta sequência lógica conclui-se ainda que concretamente uma vez se mencionando que se sentia agora a necessidade de permitir a pessoas até então externas aos pormenores processuais, o acesso aos mesmos, estão na linha dianteira de actuação desta particularidade os denominados “assistentes processuais”, que contudo se pretendia que representassem essencialmente a particularidade de serem colaboradores do Ministério Público.

Aqui chegados, e por nesta dissertação se haver exposto a matéria que quanto à figura de assistência diz respeito em capítulo próprio, não havendo assim a necessidade de repetir toda a exposição doutrinária e jurisprudencial já realizada, importa em sede de conclusão, porque se considera contudo muito importante, indicar que é dela resultante o entendimento de que o “assistente processual” não representa, ou não se pretende que deva representar um elemento processual, que pese embora tendo a possibilidade de se constituir por seu impulso, possa lá por isso actuar conforme bem lhe aprouver actuando por sua “conta e risco”, sem que para tal esteja assegurado por um outro qualquer elemento jurídico que garanta o não extravasamento das possibilidades processuais que se lhe entendem dever estar adstritas.

Simplisticamente, poder-se-á dizer concluir-se que o “assistente” é um agente jurídico que se prevê actuante enquanto colaborador do Ministério Público competindo-lhe assim, a exemplo, intervir no inquérito e na instrução através também a exemplo, pela capacidade jurídica de se assim entender “oferecer” provas, sendo ainda para além disto um agente jurídico dotado da capacidade de recorrer das decisões que o afectem e lhe digam respectivamente respeito (**artigo 69.º, número 1 CPP**).

III

Quanto à resposta que se pretendeu conseguir dar à “research question”, “Perante a sua actuação, quais os benefícios ou problemas que o “assistente” processual levanta?”, a primeira conclusão que se entende dever indicar é a de que uma das principais vantagens inerentes a quem, pelo entendimento jurídico actual, entender dever requerer (quando para isso tendo legitimidade) a “constituição como assistente” é a possibilidade de com ela passar a ser parte no processo criminal que esteja em causa, possibilidade que pode ser entendida como o meio para uma possível interposição de recurso das decisões que afectem directamente a pessoa que se tenha constituído assistente, mesmo que o Ministério Público não o tenha feito, tendo para o efeito, completo acesso aos elementos processuais que se apresentem imprescindíveis à decisão da causa, sem prejuízo do regime aplicável ao “segredo de justiça”. (**ver o artigo 69.º, número 2, alínea d) do CPP**), como se explanou em capítulo próprio.

Quanto ao poderes processuais que se consideram adstritos ao assistente, a conclusão que do estudo se retira é a particularidade destes serem instrumentais quanto à realização das finalidades do processo penal em si, ou seja, com isto consubstanciam a averiguação de determinado crime e naturalmente a isso intrinsecamente ligado, a determinação do seu autor e a aplicação da pena que ao caso se entender dever caber.

Quanto ao Ministério Público, conclui-se competir-lhe a realização dos interesses considerados atendíveis, devendo assim prosseguir através do exercício da acção e da tramitação de natureza processual penal, efectivamente, a acção punitiva do Estado, o que contribui para que a intervenção do assistente, represente na prática, interesses convergentes, só se compreendendo como colaborador do Ministério Público

quando actuando pela e na prossecução de interesses comuns, pelo que, nessa medida, conclui-se estar a actuação do assistente subordinada à actividade do Ministério Público.

Por outro lado, pode ainda concluir-se que uma outra vantagem prática e essencial da constituição como assistente é a possibilidade deste poder acompanhar o processo, ainda que se deva mencionar dever estar este numa primeira fase pautada como atrás se indicou pelo segredo de justiça, pelo que sem ser este colocado em causa, pode o assistente entre outras coisas reunir com o Ministério Público, pedir informações sobre o que entender dever saber, desde que tal lhe esteja directamente ligado ou a interesses que represente, e naturalmente, assistir o Ministério Público durante todo o Processo, requerendo como também já se indicou, a junção de provas novas que possam ser recolhidas contribuindo assim para um total apuramento da verdade material do crime em causa.

Ainda neste âmbito, e frisando uma vez mais, apenas aqui se citando conclusões directas, dado que ao pormenor se tratou esta matéria no capítulo 2 desta dissertação, dizer que se conclui ainda que uma vez perante crimes de natureza Pública ou semipública a constituição de assistente detém um carácter facultativo, podendo a sua intervenção acontecer em qualquer momento da tramitação processual, o que lhe permite uma acentuada autonomia na medida em que pode deduzir uma acusação independente da realizada pelo Ministério Público, ao passo que uma vez perante crimes de natureza particular, a constituição enquanto assistente tem um carácter obrigatório, como preceituado no **artigo 50º do CPP, no seu número 1.**

Assim, no que concretamente agora se considera e conclui, e nunca se esquecendo a questão norteadora de princípio a que se pretendeu conseguir responder, pôde-se deste capítulo concluir também que o “assistente processual” tem nos dias de hoje uma inegável importância e dimensão jurídica bastando para isso que se observe de novo o **artigo 287, nº1, alínea b) do CPP**, que consagra que ao assistente está conferida a possibilidade de requerer a abertura de instrução relativamente a circunstâncias pelas quais o Ministério Público possa não ter deduzido acusação, ainda que a mesma tenha existido por desconhecimento, ou “negligência” de análise processual.

Na observância de que seria extremamente útil e proveitoso ao estudo desta dissertação, partiu-se depois para um capítulo próprio, assente numa óptica de Direito Comparado, onde se pretendeu conseguir observar distintos entendimentos jurídicos internacionais nesta matéria, de maneira a conseguir também apresentar-se ao leitor paradigmas distintos do nosso, e que por isso mesmo pudessem apresentar diferentes vantagens ou desvantagens inerentes à figura jurídica da assistência.

Deste mesmo estudo, com capítulo próprio nesta dissertação, concluiu-se com clareza que o ordenamento jurídico Espanhol é muito mais “fechado”, a comparar com a realidade Portuguesa, sustentando-se esta conclusão pela circunstância de Espanha não prever qualquer entidade jurídica equivalente na sua abrangência e poderes de actuação ao “assistente” no ordenamento jurídico Português, havendo antes uma maior valoração aos critérios de “ilícito penal” e “ilícito civil”, de forma, a, consoante o que existir, se verificar então quem e em que moldes tem legitimidade de impulso processual e de se estar processualmente informado, sendo que existe mesmo a previsão legal das pessoas afectadas por um determinado crime, e que não tenham renunciado ao direito processual poderem ser parte do caso se tal procedimento acontecer uma vez mais antes do momento de classificação da infracção pelo que assim podem vir a exercer acções de natureza civil estipuladas como a si melhor e dentro da lei lhes convir.

Assim, como já vimos anteriormente, tal conduz à conclusão de que o ordenamento jurídico Espanhol o que prevê com grande intensidade jurídica é a pessoa do “actor civil”, mas que contudo é uma figura jurídica completamente diferente do titular com direito penal de agir, através de um impulso processual de natureza penal reiterado por intenção pessoal, sendo disso exemplificativo o entendimento que alguns penalistas Espanhóis defendem quando dizem que para com o actor civil, há a propensão a denominá-lo como parte civil quer para efeitos legislativos quer doutrinário. No geral, como anteriormente também já vimos, tal pessoa acaba por ser o ofendido ou os seus representantes legais, tendo estes a possibilidade de actuar em registos distintos, nomeadamente optando entre comparecer como actor civil na medida em que lhes não é permitida a constituição como acusador particular e comparecer como autor civil.

Contudo e pese embora se tenha começado por dizer que o ordenamento jurídico Espanhol é mais “fechado” que o Português, importa mencionar que há a possibilidade

se existirem os chamados tribunais de júri, respondendo estes ao entendimento que vigora em Espanha, em que o legislador considera que não há necessidade de um completo afastamento ou inacessibilidade absoluta do cidadão comum ao exercício da justiça, não se supondo daí que não possa ser possível ao cidadão comum participar da mesma, pois considera-se que se a justiça emana do povo, parece lógico também entender que de igual maneira ao povo retorne no decorrer e no enquadramento da administração de justiça.

Posteriormente, da observância da realidade desta feita existente no Brasil, importa salientar que se conclui que este se aproxima mais da posição adoptada pelo Direito Alemão, que se caracteriza em grande medida nesta matéria, pelo entendimento de que o ofendido pode funcionar como “Assistente”, sendo que se considera ainda que o seu interesse não dirá propriamente respeito a uma mera reparação civil, mas também à contribuição para o decorrer do exercício do “poder-dever” que consubstancia uma demarcada margem de actuação do próprio Estado.

Assim, no Brasil, o “assistente” acaba por entrar na acção penal ao lado do Ministério Público, naquilo a que a doutrina Brasileira denomina de “relação adesiva”, que lhe atribui direitos enquanto parte processual com natureza penal, pelo que pode o assistente sempre que considerar útil apresentar provas, propor meios de prova, participar directamente nos actos processuais de natureza contraditória, pedir aditamentos aos articulados processuais, e até mesmo interpor recursos, ainda que o Ministério Público por seu lado não os decida interpor.

IV

Finalmente, importa agora apresentar as conclusões que do estudo e realização desta dissertação se retiraram no que à “research question”, “Será o “assistente” benéfico para o segredo de justiça? “diz respeito, salientando também que para o tratamento desta matéria, procurando a dinamização da mesma, realizou-se com capítulo próprio uma incidência de estudo na óptica uma vez mais do Direito Comparado.

Assim no que diz respeito à matéria de “segredo de justiça” importa desde já mencionar que se concluiu que anteriormente à grande reforma Penal e Processual Penal

de 2006/2007, em Portugal, vigorava um paradigma processual caracterizado por um “recolhimento” notório no que ao modo de actuação processual diz respeito, o que visava inclusivamente um maior elo de privacidade entre o objecto da causa, as partes processuais, e o próprio tribunal.

Contudo, posteriormente à grande reforma já mencionada, sentiu o legislador a necessidade de alargar o conhecimento das incidências processuais a mais elementos, que não só aqueles, que então tinham essa possibilidade, o que resultou, por essa via, numa alteração do paradigma jurídico existente e em consequência da própria realidade processual.

Porém, e pese embora tenha acontecido esta alteração, se actualmente observarmos a realidade jurídica nacional conjuntamente com o mediatismo de grande parte dos processos de natureza criminal/penal em curso, conclui-se desde logo, e com completa legitimidade pelo exposto nesta dissertação, que a maior abertura processual caracterizada pela reforma já mencionada, mormente pela existência de figura do “assistente”, sente hoje uma acentuada deriva no que a ela se lhe equacionou permitir, o que acaba por colocar em risco todo o universo processual e por inerência poderá condicionar também a decisão da causa em si mesma.

Mais, conclui-se ainda da observação desta matéria que, apesar dos ordenamentos jurídicos apresentados serem entre si todos eles diferentes, continuam apesar dessas mesmas diferenças, a existir com alguma identificação entre si os mesmos problemas.

Havendo esta conclusão, e até por intuição jurídica, torna-se possível perceber, que estes, mesmo que tal possa acontecer, não surgem principalmente por condutas realizadas por funcionários judiciais ou qualquer outro elo do sistema judicial, que leve com cem por cento de certeza a poder entender-se que existe propriamente uma tradição enraizada de patologia criminal no organograma judicial, capaz de reiteradamente preferir as quebras do segredo de justiça, ao próprio segredo de investigação.

Por outro lado, sendo resultado desta mesma conclusão, e sustentando-se este entendimento por todos os exemplos que nesta matéria se apresentaram nesta dissertação, conclui-se que o real problema desta temática, é a violação do segredo da investigação com carácter penal pela acção dos meios de comunicação social, sendo o

expoente máximo desta consideração a exposição mediática que desta acção resulta sobretudo quando estejam em causa assuntos de carácter penal que possam ainda assim estar em início de investigação.

Ora pelo que se conseguiu observar dos exemplos apresentados nesta dissertação, o entendimento presente nos países trazidos à colação é que os meios de comunicação social acabam muitas vezes por fornecer demasiados pormenores sobre as notícias que para com processos penais dizem respeito, sendo este excesso informativo quer sobre a própria existência em si mesma de investigações criminais, quer do seu próprio conteúdo, o que acontece pela violação, aí sim, reiterada do segredo da investigação.

Por essa razão, posteriormente, todos os ordenamentos jurídicos observados quando decidem regular o segredo de investigação acabam por deparar-se com a real necessidade de estabelecer limites de acção aos meios de comunicação social, procurando atingir um equilíbrio entre o direito que os mesmos têm em informar a sociedade do que a rodeia e o dever de pese embora terem essa função, a mesma não poder nunca ser realizada a qualquer preço, e sem o respeito que se deve exigir haver para com as instituições de aplicação de justiça de qualquer país que se considere democrático e juridicamente evoluído.

Se nesta medida olharmos para os modelos de natureza Continental, pode-se concluir que os mesmos contam com delimitações legais de forte componente codificação em papel, procurando-se com esta atitude definir concretamente qual o âmbito de segredo que deve estar adstrito às investigações penalistas, mas pese embora tendo esta preocupação, acabam por outro lado por ser pouco eficientes na aplicação prática destas mesmas consagrações legais que fizeram, tornando-se nessa medida absolutamente excepcional aplicar-se uma sanção prevista anteriormente quando surge uma real infracção ao segredo de investigação, sendo a máxima expressão do que agora se conclui, a realidade Espanhola, em que acontece uma clara falta de força de combate por parte do poder judicial Espanhol para com os meios de comunicação social, levando esta quase a uma passividade completa nos casos em que os meios de comunicação social demonstrem estar a conseguir actuar, sendo o motor dessa mesma actuação, uma eventual fuga de informação que deveria apenas estar sobre a tutela do sistema judicial.

Da observação dos modelos de natureza anglo-saxónica apresentados nesta dissertação pode-se concluir que nestes, o entendimento dominante não é o de procurar regular de maneira pouco clara o que é o segredo de investigação em si mesmo, mas antes, haver a real capacidade de dar aos juízes os instrumentos necessários dotados de força efectiva jurídica de maneira a conseguirem preservar os processos das interferências nefastas resultantes uma vez mais da exposição mediática que sempre resulta da intervenção dos meios de comunicação social, o que porém tem alguma diferença nos ordenamentos jurídicos Inglês e Norte - Americano, dado que estes são dois territórios que historicamente dão grande importância ao valor da liberdade de imprensa e actuação dos meios de comunicação social, porque como já nesta dissertação se procurou explicar se prevêem mecanismos jurídicos concretos como o **“contempt of cours by publication”** que actuam muitas vezes como elo dissuasor de excessos provocados pela actuação dos “media”.

Uma vez se tendo podido retirar do estudo realizado estas ilações, conclui-se ainda também que observando a sociedade actual, e o peso que os meios de comunicação social têm nas chamadas sociedades modernas, esta mesma realidade, aliada à tendência de noticiar todo e qualquer processo de natureza penal, sobretudo se nele estiver envolvido algum nome conhecido, não se vislumbra um futuro risonho no que ao segredo de justiça diz respeito.

Se o leitor reparar, os sistemas de auto regulação e os códigos propriamente ditos acabam unicamente por ser efectivos em territórios como a Alemanha, que se caracteriza por ser um país em que a sociedade sente e faz questão de manter um grande respeito a tudo quanto seja parte do sistema jurídico, o que por outro lado já não acontece noutros territórios tornando exigível uma maior actuação por parte do legislador em si.

Uma vez havendo este entendimento, dele pode-se retirar também a conclusão de que nos dias de hoje se torna cada vez mais necessário dotar as legislações desta matéria de normas que sendo extensamente pormenorizadas, sejam capazes de ser também altamente precisas no conceito do que se entende dever ser secreto ou não secreto no âmbito de uma qualquer investigação penal, conseguindo balizar realidades absolutamente distintas entre situações excessivas de interpretação que acabam por

levar à tolerância de hipotéticas violações ao segredo de justiça, e a realidade oposta caracterizada por um completo desgoverno de delimitação conceptual.

Nesta medida, conclui-se que desde logo é extremamente urgente conseguir prever antecipadamente quais as consequências que virão de uma futura possível conduta que vise a violação do segredo de justiça, e principalmente quando tal disser respeito a casos ou investigações com objectos de incidência dotados de reiterada maior gravidade penal. Se aliás no enquadramento desta conclusão, se relembrar a posição do ordenamento jurídico Francês, poderia optar o legislador por aplicar nulidade às diligências processuais, alvo de violação, ou até decretar o arquivamento de determinada causa/anulação da sentença de condenação uma vez se conseguindo comprovar a privação do arguido ao seu direito a um critério de julgamento justo, pela acção do excesso de mediatização jurídica e criminal pela actuação dos meios de comunicação social.

Crê-se que mesmo que ao leitor, possam parecer eventualmente exageradas, ou pelo menos discutíveis estas possibilidades, certamente se conseguirá contudo perceber, que a existir, estas certamente diminuiriam a aceitação ao excesso de informação, ou desrespeito ao segredo de justiça, que nos dias de hoje por ser constante quase que já se torna aceitável por parte de alguns agentes jurídicos com intervenção directa nos processos e investigações criminais.

Por último, conclui-se ainda nesta matéria que é urgente uma regulação mais eficaz das consequências que se devam aplicar às pessoas que violem o segredo de justiça, considerando-se nessa medida importante a possibilidade de se criarem consequências que sejam severamente proporcionais à gravidade da conduta que ora se discute, e dos prejuízos que dela sem excepção sempre acabam por resultar.

De notar porém, que defender esta possibilidade não quererá necessariamente dizer que se admita o reaparecimento de qualquer mecanismo legal à imagem da “censura prévia”, mas antes se observe um critério em que a lei consiga ser o primeiro motor de uma capacidade importantíssima não só na realidade jurídica como em qualquer outra transmitida pela capacidade de bom senso, e quando necessário pela escolha entre “o mal menor”.

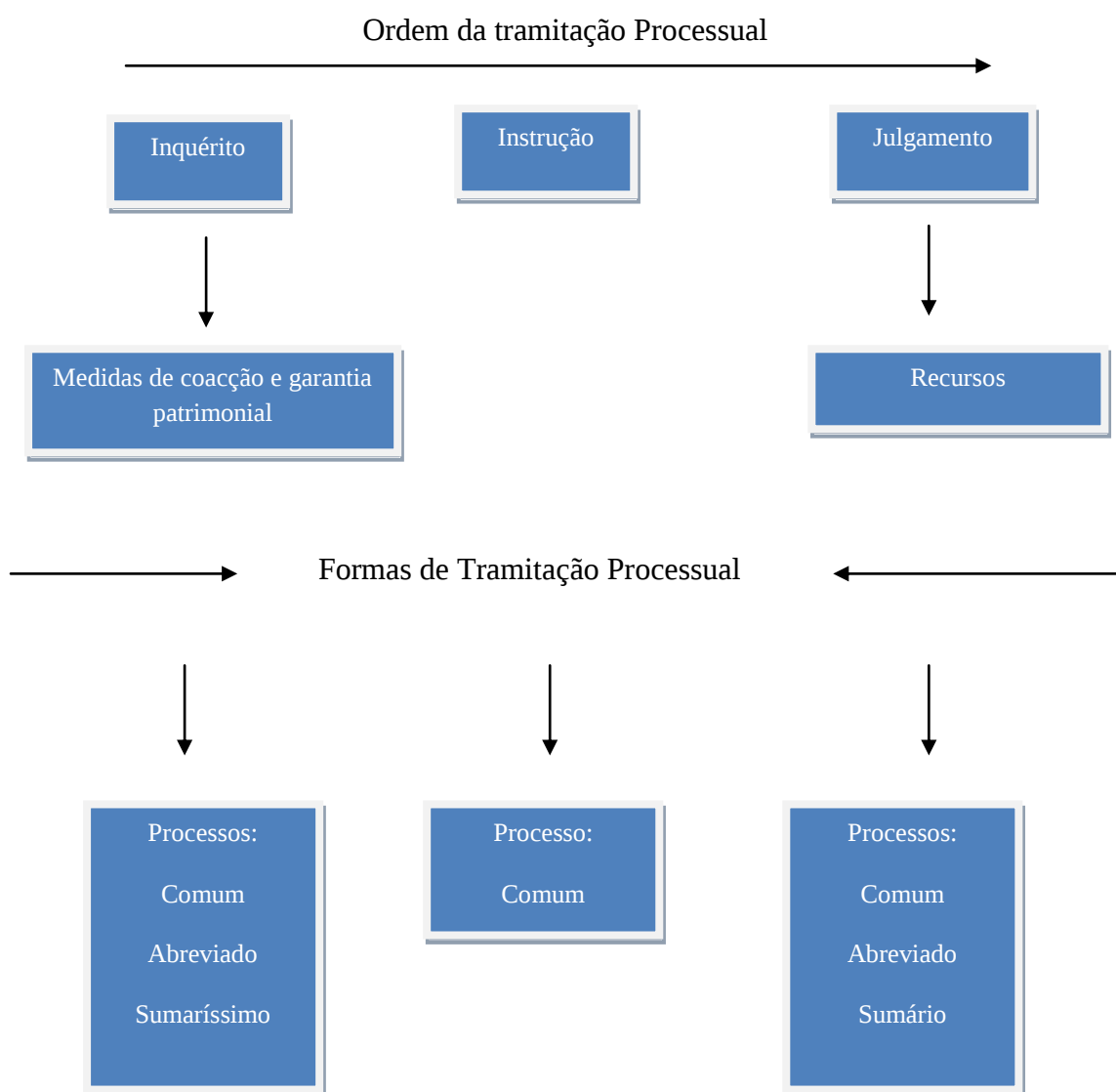
Resultando do anteriormente mencionado considera-se ainda poder-se concluir que, mesmo que tal entendimento se venha a tornar “prática”, a mesma só se tornará realmente eficaz na sua plenitude se as consequências a aplicar ao indivíduo que praticou o desrespeito ao segredo de justiça sejam aplicadas de forma rápida, um pouco à imagem do que acontece no ordenamento jurídico Britânico através das disposições que já vimos do “**contempt by publication**”.

Admitindo porém que não seja certamente fácil, ou sequer pacífico realizar uma actuação jurídica Continental paralela a esta figura jurídica Britânica, entende-se e por isso se conclui que eventualmente seriam melhores e até mais eficazes a aplicação de sanções de natureza disciplinares, capazes de dotar os juízes de dirigir e se necessário supervisionar as próprias investigações penais, o que se traduziria em poderes correctivos ou disciplinares a decretar exclusivamente pelos senhores juízes, contribuindo assim ao efectivo e contínuo respeito à sua figura jurídica e paralelamente a todo o sistema jurídico e segredo de justiça de que são o expoente máximo da hierarquia.

Esquematização de algumas matérias tratadas

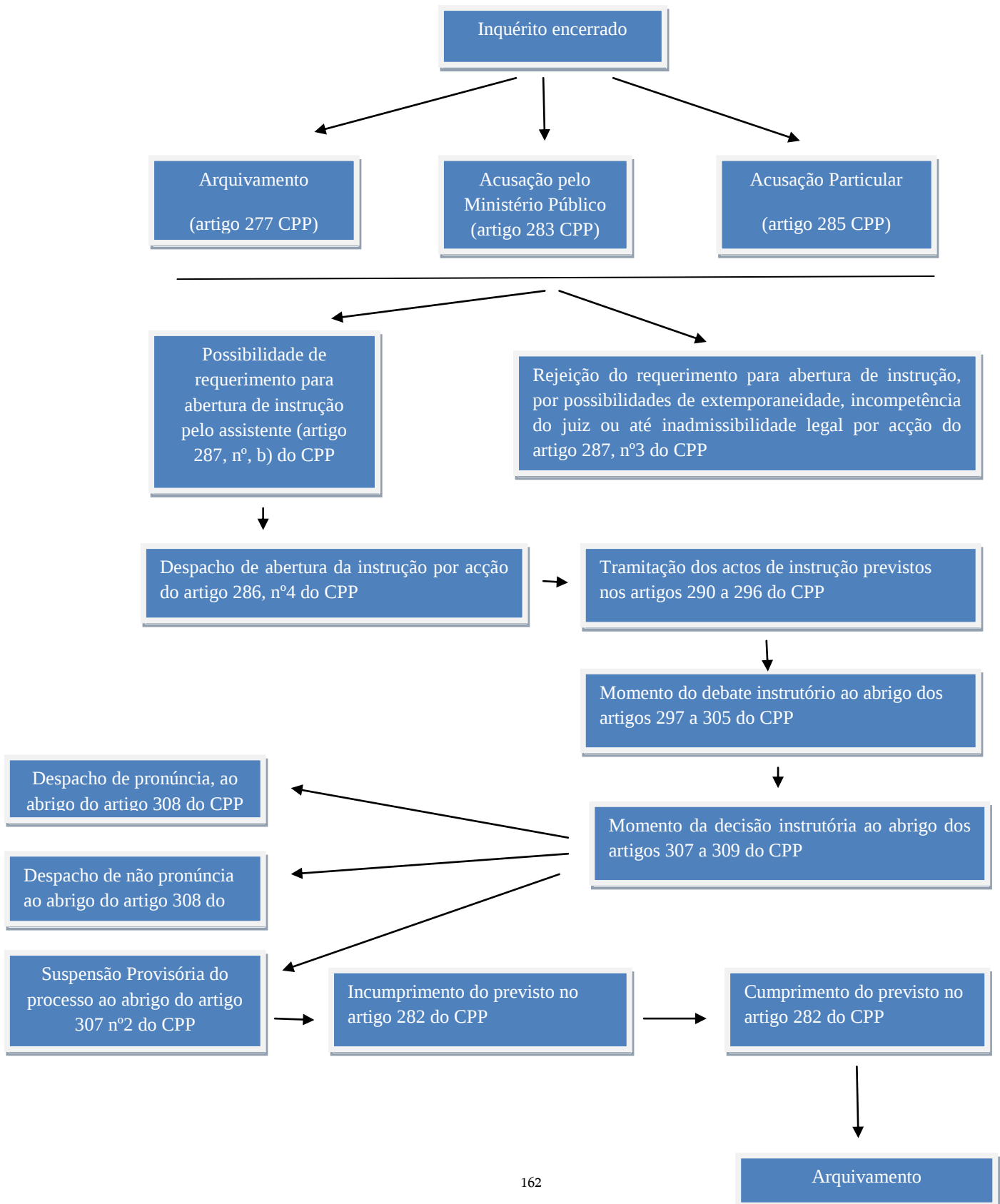
Esquema nº1

Prática das Fases Processuais



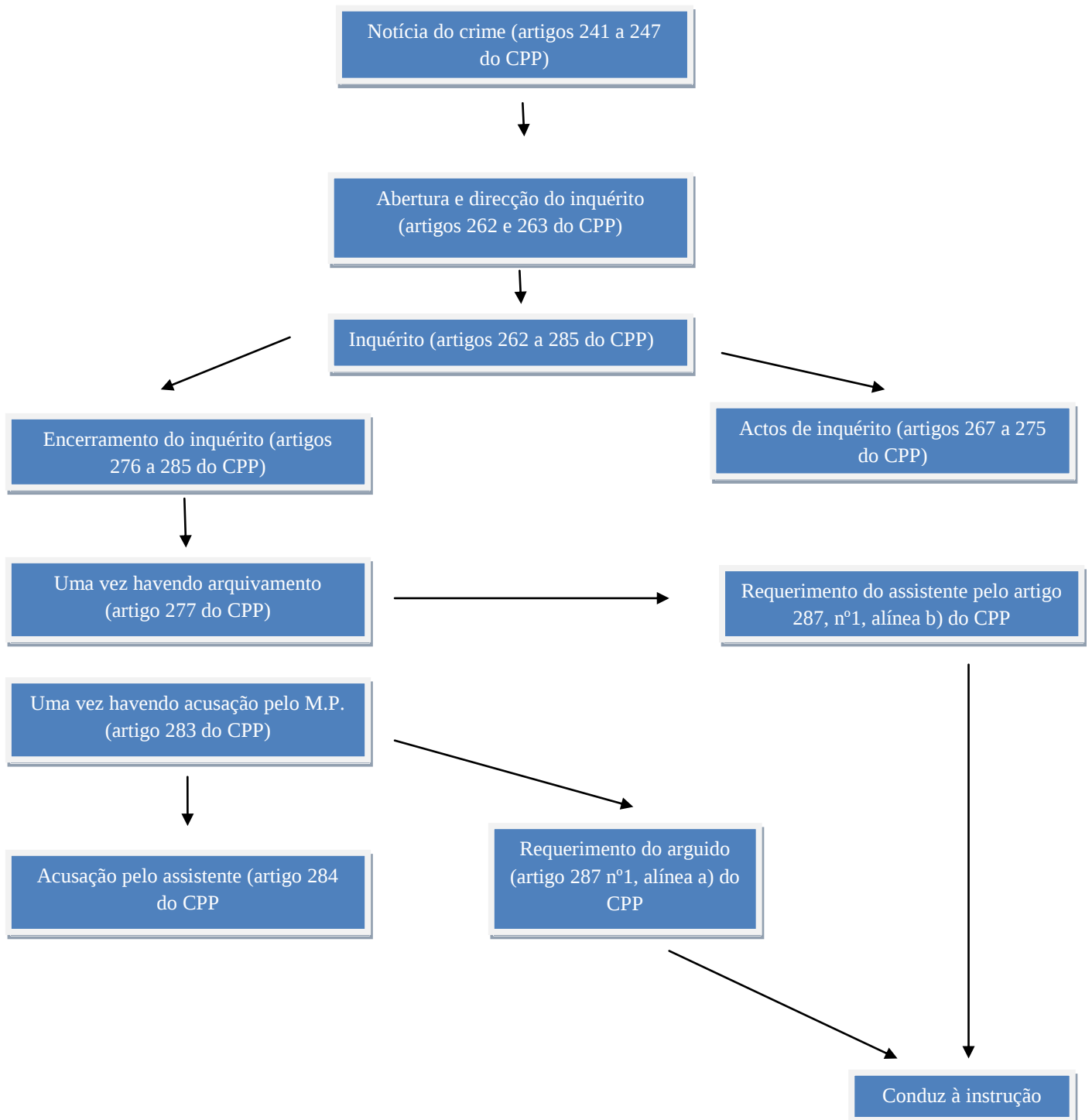
Esquema nº 2

Tramitação da Fase Processual de Instrução



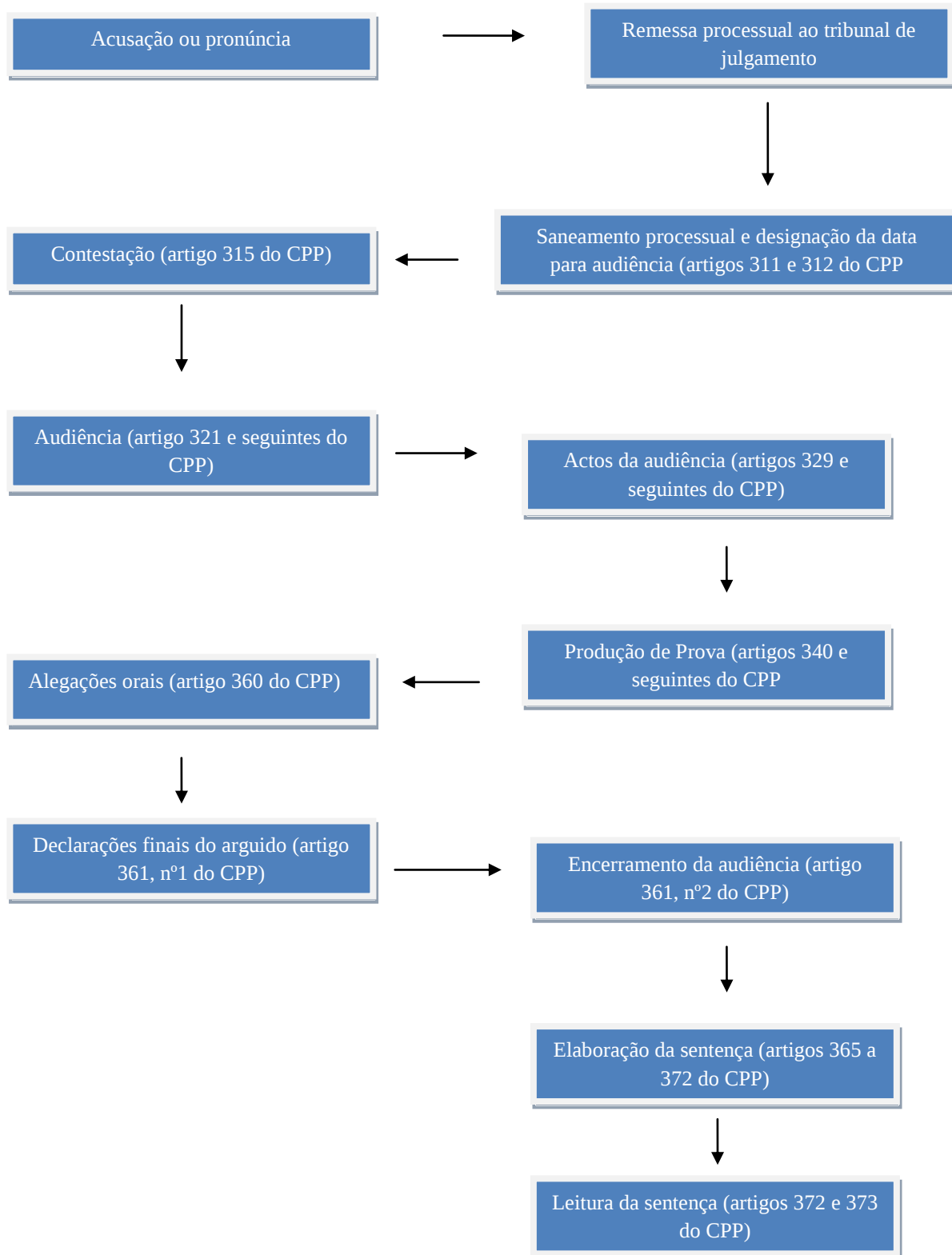
Esquema nº3

Tramitação Parcial da Fase Processual de Inquérito



Esquema nº 4

Tramitação da Fase de Julgamento no do Direito Processual Português



Tabelas

Tabela nº 1

Regime jurídico da Assistência

Regime jurídico da Assistência		
Quem pode requerer a constituição como “assistente”	A pessoa do “ofendido”; A pessoa que tenha a legitimidade para apresentar queixa ou acusação particular, dependendo desta possibilidade o procedimento de natureza processual penal; Aquele que seja familiar ou parente do ofendido no caso deste, ter falecido; Aquele que for o representante legal, familiar ou parente próximo do ofendido, quando este for incapaz, salvo se estiver verificado o seu auxílio ou participação no crime que estiver em causa, ou na ausência deste, a instituição que tiver como função a protecção tutelar e/ou educativa a quem tenha sido entregue a pessoa incapacitada; Todas as pessoas a quem quaisquer leis de carácter especial assim o prevejam; Qualquer pessoa, quando se estiver perante crimes de natureza atentatória da paz e da humanidade, bem como nas situações que digam respeito a qualquer conduta criminosa cujo lesado seja o Estado, como a exemplo corrupção, peculato, abuso de poder entre outros.	Ver nesta matéria o artigo 68, nº1, do CPP nas suas demais alíneas
Quando	Até cinco dias antes do início do debate instrutório ou da audiência de julgamento; No prazo estabelecido para a prática dos respectivos actos, quando nos casos previstos pelo artigo 284 do CPP, e na alínea b), nº1 do artigo 287 do CPP	Ver artigo 68, nº3, alíneas a) e b) do CPP
Quem decide sobre essa possibilidade	É dotado desta capacidade de decisão a pessoa do Juiz, após dar conhecimento ao Ministério Público e ao arguido a possibilidade de se pronunciar sobre o requerimento, decidindo então por despacho e sendo as partes anteriores disso notificadas.	Ver o artigo 68, nº4 do CPP
Poderes inerentes à figura jurídica do “assistente”	Intervenção no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo ainda as diligências necessárias, conhecendo também os despachos que sobre tais iniciativas possam recair; Deduzir acusação independente da do Ministério Público, e quando em procedimento dependente de acusação particular, ainda que aquele mesmo assim não a tenha deduzido; Possibilidade de interposição de recursos das decisões que lhes afectem, mesmo que o Ministério Público o não tenha realizado.	Ver o artigo 69, nº2 do CPP nas suas demais alíneas, e o artigo 287, nº1, alínea b) do CPP.
Representação Judiciária do “assistente”	Os assistentes são sempre representados por advogado, sendo apenas um advogado, mesmo que haja vários assistentes. Divergindo os assistentes quanto à escolha do advogado, tem poder de escolha o juiz; Ressalva-se da possibilidade anterior os casos em que havendo vários assistentes haja também entre si interesses processuais incompatíveis, bem como o de serem distintos os crimes imputados ao arguido;	Ver o artigo 70 do CPP nos seus vários números

Tabela nº 2

O Segredo de justiça nos ordenamentos jurídicos estudados nesta dissertação

País	Portugal	Espanha	França	Alemanha	Inglaterra	Estados Unidos
Previsão jurídica do conceito de segredo de justiça	Encontra-se previsto através de regulação de natureza penal e processual	Encontra-se previsto através de regulação de natureza penal e processual	Encontra-se previsto através de regulação de natureza penal e processual	Apenas existe regulação de natureza penal	Presença do “contempt of court by publication”, que representa uma codificação parcial, mas com necessidade de se recorrer à jurisprudência	Não se encontra regulado. Existem as “gag orders” de natureza jurisprudencial, mas só os códigos de conduta são normativos
Tipo de codificação	Está presente na codificação Penal e Civilista embora a segunda com regras próprias	Está presente na codificação Penal e Civilista embora a segunda com regras próprias	Está presente na codificação Penal e Civilista embora a segunda com regras próprias	Está presente na codificação Penal e Civilista embora a segunda com regras próprias	Encontra-se codificado não só penalmente, como em situações jurídicas de natureza civil pela presença do “contempt of court by publication”	Está presente na codificação Penal e Civilista
Fases em que vigora o S.J.	Inquérito e Instrução	Durante a investigação	Durante a investigação	Durante a investigação	Durante a investigação	Possibilidade de incidência em qualquer momento processual das já mencionadas “gag orders”, e códigos de conduta
Legitimidade em decidir da sua ou não existência	JIC e M.P. com concordância do juiz	No segredo externo cabe à própria lei; no segredo interno cabe ao juiz	Não havendo segredo interno, tem de ser o juiz a autorizar aos advogados a entrega de documentos aos constituintes. No externo cabe à própria lei	Cabe ao Ministério Público, que tem a capacidade de vedar os conteúdos processuais a advogados e arguidos	Não há obrigatoriedade legal em que se tenha de decretar expressamente o segredo de justiça para que ele exista. Ainda assim cabe tal decisão ao juiz	Juízes
Legitimidade em solicitar que o mesmo seja decretado	Arguido e ofendido; O Ministério Público pode também decretá-lo com posterior controlo pela sua pessoa	Qualquer das partes e o M. P. podem solicitar o segredo interno; O segredo externo deriva da lei	O segredo externo deriva da lei pelo que não há necessidade de ser solicitado	Tudo quanto seja público e que se queira tornar secreto está sob a legitimidade de solicitação do M.P.	O segredo externo não está regulado; o interno é solicitado pelo Ministério Público	A pedido das mais variadas figuras jurídicas. Juízes, Ministério Público, arguido ou qualquer outra pessoa com legitimidade para solicitar tal condição

(continua)

Duração da sua vigência	Dura tanto quanto durar a fase de investigação	Pela letra da lei, o segredo interno deve durar apenas um mês. Contudo é sempre prorrogado	Dura tanto quanto durar a fase de investigação	O segredo interno apenas dura até ao interrogatório de arguido, o que corresponde ao encerramento da investigação	Não está prevista uma duração máxima taxativa.	Não está prevista uma duração máxima taxativa.
Pessoas abrangidas pelo S.J .	Partes Processuais e terceiros alheios ao processo	O segredo externo está inerente a qualquer pessoa, o interno apenas às partes	Juízes Procuradores Polícias Peritos Funcionários Judiciais	Ainda que a lei não o diga expressamente, subentende-se dever estar adstrito a todos os sujeitos	Jornalistas e todos quantos sejam sujeitos passíveis de publicar notícias ou informações	Considera-se estarem sob esta possibilidade os intervenientes do processo, não sendo pacífico se tal se estende aos meios de comunicação social

Lista de abreviaturas

DL - Decreto-lei

CRP – Constituição da República Portuguesa

MP – Ministério Público

CPP – Código Processo Penal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

AC - Acórdão

JIC – Juiz de Instrução Criminal

LECRIM – Código Processual Penal Espanhol

JN – Jornal de Notícias

ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social

STPO - Código Processual Penal Alemão

Bibliografia

MARQUES DA SILVA, Germano, Direito Processual Penal Português - Noções Gerais - Sujeitos Processuais e Objecto, Editora: Universidade Católica | Ano: 2013,ISBN: 9789725403990

MARQUES DA SILVA, Germano, Direito Processual Português III - Do Procedimento (Marcha do Processo) Editora: Universidade Católica | Ano: 2014,ISBN: 9789725404270

MARQUES DA SILVA, Germano, Direito Processual Penal Português – Curso de Processo Penal II, Editora: Verbo, Edição: 2008, ISBN: 978-972- 223-043-8

MARQUES DA SILVA, Germano, Direito Processual Penal Português – Curso de Processo Penal I, Editora: Verbo, Edição: 2010, ISBN: 978-972- 223-011-7

CASTRO, Rui, Processo Penal – Inquérito, Editora: Quid Juris, Edição: 2.^a (2014), ISBN: 978-972-724-686-1

CASTRO, Rui, Processo Penal – Instrução, Editora: Quid Juris, Edição: 2.^a (2014) ISBN: 978-972-724-692-2

CASTRO, Rui, Processo Penal – Julgamento, Editora: Quid Juris, Edição: 2.^a (2014), ISBN: 978-972-724-645-8

MOREIRA DOS SANTOS, Gil, Processo Penal – Princípios e Prática Processual Penal; Editora: Coimbra Editora; Ano: 2014; ISBN: 9789723222029

SANTOS, Margarida –A Determinação do Segredo de Justiça na Relação entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal; Editora: Rei dos Livros; Ano: 2011;ISBN: 9789898305268

PINTO DE ALBUQUERQUE Paulo - Direito Processual Penal, Volume I - Projectos Legislativos; Editora: Almedina; Ano: 2006; ISBN: 9789724026985

PINTO DE ALBUQUERQUE Paulo - Direito Processual Penal, Volume II - Projectos Legislativos; Editora: Almedina; Ano: 2006; ISBN: 9789724028927

COSTA ANDRADE, Manuel – Liberdade de Imprensa e inviolabilidade Penal Pessoal, Uma perspectiva Jurídico Criminal, Editora: Coimbra Editora; Ano: 1996; ISBN: 978-972-320-750-7

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo - Comentário ao Código de Processo Penal – À luz da constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; Editora: Universidade Católica Portuguesa; Edição: 4ª edição, Ano: 2011; ISBN: 978-972-540-295-5

INCHAUSTI, Fernando Gáscon- Segredo de Justiça – Editora: Fundação Francisco Manuel dos Santos; Ano: 2013; ISBN: 978-989-842-469-3

EIRAS, Agostinho – Segredo de Justiça e Controlo de Dados Pessoais Informatizados – Editora: Coimbra Editora; Edição 1992; ISBN: 978-972-320-565-7

SANTIAGO, Rodrigo – Crime de Violação de Segredo Profissional no Código Penal de 1982 – Editora: Almedina; Edição: 1992; ISBN: 978-972-400-661-1

MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes – Código Penal Português – Anotado e Comentado – Editora: Almedina; Ano: 1968

MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes – Código de Processo Penal – Anotado e Legislação Complementar, Editora: Almedina; Edição: 2009; ISBN: 978-972-403-777-6

DA COSTA, FARIA – Alguns escritos; Editora: Coimbra Editora; Ano: 1988

DA COSTA PINTO, Frederico Lacerda – Segredo de Justiça e Acesso ao Processo – Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Editora: Almedina; Ano: 2004

DA COSTA PINTO, Frederico Lacerda – Publicidade e Segredo na última revisão do CPP, in revista do CEJ, número 9, ano: 2008, página 38 e seguintes

CANOTILHO, Gomes, e, MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada; Volume I; Editora: Coimbra Editora; Ano: 2014; ISBN: 978-972-322-286-9

FIGUEIREDO DIAS, Jorge – Clássicos Jurídicos, Direito Processual Penal, Editora: Coimbra Editora; Edição/reimpressão: 2004; ISBN: 978-972-321-250-1

BRANDÃO, Nuno – A nova face da instrução, in RPCC; Ano 18, nº2 e nº3; Coimbra Editora (Abril/Setembro de 2008), página 233

LEAL HENRIQUES, Manuel de Oliveira/SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho, O Código Penal de 1982, Volume I, 3ª Edição, Rei dos Livros, 2008

DOS REIS BRAVO, Jorge – Novas Regras, os mesmos segredos, in revista do Ministério Público, nº 119, Ano: 2008

GONÇALVES, M. Maia, Código de Processo Penal Anotado – 16ª Edição, Editora: Almedina, Coimbra 2007

EIRAS, Henrique, Processo Penal Elementar, Editora: Quid Juris, 7ª Edição, 2008.

DIAS, Figueiredo, A Reforma do Direito Processual Penal Português em Perspectiva Teórica Prática, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 18, nºs 2 e 3, Abril - Setembro 2008;Editora: Coimbra Editora

ROCHA, Laurentino da Silva Araújo Gelásio, Código de Processo Penal de 1929, Anotado, Editora: Almedina, página 187

DOS SANTOS, Beleza – Partes particularmente ofendidas em Processo Penal, revista jurídica, nº 57, página 2

DA CUNHA, Damião – Algumas reflexões sobre o estatuto do Assistente e seu representante, páginas 164 e 165

FORTES BARBOSA, Marcelo - Considerações sobre a natureza jurídica da Assistência de acusação no Processo Penal Brasileiro, in julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, volume 15, página 28

SEIÇA, Medina - Comentário Conimbricense ao CPP, Parte Especial, Tomo III, Artigo 371, página 644

GASPAR. António Henrique – Processo Penal; Reforma ou Revisão; As rupturas silenciosas, in RPCC, ano18, números 2 e 3, Abril – Setembro de 2008; Editora: Coimbra Editora; página 349

FERREIRA, Mário – O segredo de justiça na revisão do CPP: Princípios e repercussões na Comunicação Social, in Sciencia Jurídica, Julho – Dezembro; Ano: 1999

LEITE PINTO, Ricardo – Direito de informação e segredo de Justiça no Direito Português, in ROA, ano 51, página 509 e seguintes.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge – Boletim do CD da Ordem dos Advogados, número 21; Junho de 2012; página 27

KRAFT, G. – Derecho Penal, Buenos Aires; Ano: 1945; Tomo II; página 32

GARAPON – Le gardien des promesses, Justice et Democratie; Odele Jacob; página 73 a 82

JIsrael/ W/LaFave/J.Israel, N.King/O. Kerr - Criminal Procedure, 3ª edição, Thomson-west, 2007, no volume 6, nas páginas 262 a 292

GUINCHARD/BUISSON, Procédure pénale, 6ª edição, Paris, ano de 2010,página 99

VERGÉS, E., Procédure Pénale”, Paris, 2005, página 147

Lemonde - Delmas-Marty/Spence, página 697

HUBER,B.; “Germany”, em R.Vogler/B.Huber, Criminal Procedure in Europe, Berlim, 2008, página 304

H.H. KUHNE, Strafprozessrecht, 7ª edição, Heidelberg, 2007, página 395

HEILLENKAMP -“ Verfahrenshindernisse von Verfassungs wegen”, Neue Juristische Wochenschrift, 1989, páginas 2841 e seguintes

HOHMMAN, O - “Verdachtsberichterstattung and Strafverteidigung- Anwaltsstrategien im Umgang mit den Medien” em Neue Juristische Wochenschrift, 2009, páginas 881 e seguintes

VOGLER.R -“A world view of Criminal Justice”, Aldershot; Ano: 2005

MILLER.C.J - Contempt of court, 3ª edição, Oxford; Ano: 2000

NATHANSON, N.L. - “ The Sunday Times Case: Freedom of the Press and Contempt of Court under English Law and the European Humans Rights Convention

J.Israel/Y.Kamisar/WLaFave/N.King - Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court and Introductory Text, St. Paul, Ano: 2006, páginas 4 e seguintes.

Estudos de Direito Processual Penal, Edição: Forense, Rio, 1960, página 157

NORONHA, MAGALHÃES - Curso de Direito Processual Penal, Edição: Saraiva. São Paulo, 1969, na página 159

GARCIA, Basileu - Instituições de Direito Penal, Max Limonad; Edição: São Paulo, 1951, volume I, Tomo I, página 216

MARQUES, Frederico - Tratado de Direito Penal, Edição: Saraiva. São Paulo, 1955, 2ª ed., volume, II, página 25

PIMENTEL, Manuel Pedro - Advocacia Criminal – teoria e prática, Edição: Dos tribunais, São Paulo, 1965, nas páginas 159 e 160

L'azione e L'avvento nel reato, S/A Inst. Edição: Sc, Milão; Ano: 1928; página 81

CORDERO F – Procedura Penal – 9ª edição, 1987, páginas 216 e seguintes

SIRACUSANO, Delfino – Manuale di Diritto Processuale Penale, tomo I, páginas 100 e seguintes

EIRAS, Henrique – Processo Penal Elementar, 4ª edição, páginas 78 e seguintes

Código Penal Português

Código Processo Penal Português

Constituição da República Portuguesa

LECRIM

Código Penal Francês

Código Processual Penal Francês

Código Processual Penal Alemão