

OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS

OUTUBRO DE 2009
RUI FERNANDO MASCARANHAS DE CARVALHO

RELATÓRIO

Rui Fernando de Mascarenhas Carvalho por oposição ao Estado Português

I. DOS FACTOS E DA PERTINÊNCIA DO ESTUDO DO CASO

O cidadão Rui Fernando de Mascarenhas Carvalho foi detido em 13 de Julho de 2006, por sobre ele impender uma suspeita de envolvimento num incidente de tráfico de diamantes. Na sequência da detenção foi proferida acusação pública por Despacho de 7.03.09 pela prática do crime de Contrabando Qualificado. O visado requereu a abertura de instrução e encontrava-se em liberdade até à data do último contacto estabelecido com o ODH, após a denúncia efectuada a esta entidade.

Imediatamente a seguir à detenção, nos dias 14 e 15 de Julho de 2006, o denunciante terá sido confrontado com diversas notícias divulgadas em canais de televisão e jornais diários que o terão identificado com pormenor e em que terão sido tecidas considerações várias sobre a sua personalidade e sobre a sua vida pessoal. Intentou por isso uma acção de responsabilidade civil na 3^a Secção, da 7^a Vara Cível do Porto, sob o Proc. nº 372/07.6TPR, cujo desfecho não terá contudo relevância no âmbito da presente apreciação nem caberá tão pouco ponderar nesta sede, desde logo porque o ODH tem como preocupação fundamental sinalizar situações de violação de direitos fundamentais dos cidadãos perpetradas pelo Estado e não propriamente por entidades privadas.

Os meios de comunicação social em questão, por ocasião da detenção, terão mencionado, designadamente, o nome do denunciante, que este era casado, tinha 45 anos de idade, residia na zona do Infante, no Centro Histórico do Porto, perto da Ribeira, era chefe da PSP, trabalhava na 15.^a Esquadra na Foz do Douro, auferia um vencimento mensal de cera de €1 400,00 líquidos e encontrava-se suspenso das funções policiais na sequência de um processo disciplinar que lhe teria sido instaurado. Ou, de acordo com uma outra versão, teria entrado de baixa logo após a detenção. Além dos elementos indicados, terá ainda sido veiculado pela imprensa que o denunciante fora apanhado em flagrante com 33 pedras preciosas que no seu conjunto valiam 50 000 contos e com que ia fazer "*uma pipa de massa*", que as pedras vinham do Brasil e se destinavam a ser traficadas, que o denunciante fora detido e ficara proibido de se ausentar do país, e que as investigações que o teriam envolvido decorreriam na ocasião há já cerca de seis meses. Foi igualmente difundido que o denunciante era "*dado à boémia*", vinha ostentando sinais exteriores de riqueza e que a sua residência tinha sido alvo de buscas domiciliárias.

Não competindo ao ODH aferir da autenticidade das informações divulgadas através da comunicação social nem tão pouco da justeza dos argumentos transmitidos ao ODH e vertidos noutras sedes pelo denunciante, os quais serão melhor apreciados no âmbito dos dois processos judiciais em curso, cabe contudo notar que uma boa parte daquelas informações é veementemente contestada por aquele e ainda que, a ter-se por certa a versão dos factos que nos foi dada conhecer, a mesma configurará claramente uma situação de conflito entre direitos fundamentais, que cumpre aqui analisar e

resolver com os elementos de que dispomos, uma vez que, interpelado o Senhor Ministro da Justiça e o Senhor Procurador-Geral da República a propósito dos factos denunciados, o ODH não obteve qualquer resposta até à presente data.

II. DA QUESTÃO JURÍDICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos em conflito

Os direitos invocados pelo denunciante, que do ponto de vista do relato factual transmitido por este teriam sido seriamente ofendidos, enquadram-se na tutela geral da personalidade (artigo 70.º CC), na tutela do direito à imagem, na tutela da reserva da intimidade da vida privada e do direito ao bom nome e reputação. Sendo embora discutida a consagração de um direito geral de personalidade e até a natureza dos direitos de personalidade como verdadeiros direitos subjectivos, certo é que estes direitos traduzem uma protecção conferida à pessoa humana e assumem uma determinada carga valorativa no nosso ordenamento jurídico. Seja a título geral, através da afirmação do primado do respeito pela dignidade da pessoa humana (artigo 1.º CRP), seja a título especial, designadamente, pela consagração do direito ao bom nome e reputação (artigo 26 CRP), do direito à imagem (artigo 79.º CC), ou do direito à reserva da intimidade da vida privada (artigo 80.º CC), estamos em presença de direitos com clara relevância constitucional.

Não se pode com isso pretender que os direitos de personalidade, só por si, sejam assimiláveis a direitos fundamentais (o mesmo se diga aliás para a liberdade de imprensa, consagrada no artigo 38.º CRP, outro dos direitos em conflito na situação em análise). Antes diremos que os direitos de personalidade representam um conceito afim do conceito de direitos fundamentais. São posições jurídicas fundamentais do homem, condições essenciais do seu ser e devir, traduzem aspectos imediatos da sua exigência de integração e revelam o conteúdo necessário da personalidade. Mas os direitos de personalidade pressupõem relações de igualdade e têm uma incidência privatística, ainda quando sobreposta à dos direitos fundamentais. Estes últimos, ao contrário, pressupõem relações de poder e apresentam uma incidência publicística imediata, mesmo nas relações entre particulares, são situações em que a norma jurídica estabelece uma faculdade de agir e exigir em favor de pessoas ou grupos. No mesmo plano dos direitos fundamentais, a CRP trata ainda as garantias institucionais, que deles se distinguem pelo facto de a norma jurídica se confinar a um sentido organizatório objectivo, independentemente de uma atribuição ou de uma actividade pessoal. Assim é para a liberdade de imprensa, uma garantia institucional cujo regime não pode ser diferente do dos direitos fundamentais, quer quanto à preservação do conteúdo essencial do direito quer quanto à competência legislativa; e assim é também para outros direitos indissociáveis dessa garantia institucional, como sejam os direitos dos jornalistas previstos nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 36.º CRP. É que da liberdade dos jornalistas depende a liberdade de

comunicação social, essa sim, elevada a direito fundamental.

Já vimos então que o direito à reserva da intimidade da vida privada, ou a proibição de acesso de terceiros a ficheiros de dados pessoais (artigo 35.º n.º 4 CRP), como direitos de personalidade que são, mas também os direitos dos jornalistas e dos órgãos de comunicação social podem incidir tanto nas relações com entidades públicas como nas relações com e entre particulares. São ainda assim, uns e outros, direitos que surgiram historicamente frente ao Estado. Na mesma esteira, o princípio da presunção da inocência dos arguidos (artigo 32.º, n.º 2 CRP), que surge inicialmente por oposição ao Estado, pode por sua vez adquirir sentido também na relação entre particulares (ao contrário das demais garantias de direito e processo penal, que apenas podem ter por destinatário o Estado). A presunção da inocência dos arguidos traduz assim uma eficácia horizontal dos direitos, liberdades e garantias constitucionais, operando perante terceiros ou em relações bilaterais, por oposição a uma mera eficácia externa em que existe um dever universal de respeito e de não ingerência.

Mas os direitos fundamentais são inevitavelmente afectados por restrições que comprimem o seu conteúdo, que lhes amputam determinadas faculdades com vista a assegurar objectivos constitucionais e que os afectam a título permanente. Nessa óptica, a liberdade de expressão (artigo 37.º CRP) tem de se coadunar com o direito ao bom nome e reputação (igualmente com consagração constitucional no artigo 26.º). São restrições tácitas ou, para alguns, limites imanentes que encontram a sua razão de ser na necessidade de salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente tutelados. Trata-se no fundo de privilegiar e atender a uma interpretação sistemática da Constituição. É desta necessidade de conjugação dos direitos, liberdades e garantias entre si e com outros direitos fundamentais que nasce a figura da colisão de direitos (veja-se ainda a este respeito o artigo 29.º DUDH). Difícil será sim delimitar o conteúdo essencial de cada direito e fazê-lo articular com o de outros direitos, garantindo a sua concordância prática e a coerência do sistema jurídico.

O conteúdo do direito à liberdade de expressão desenha-se, no essencial, como a liberdade de expressão do pensamento (artigo 19.º DUDH). A liberdade de expressão constitui de resto uma das garantias dos arguidos em processo penal (vejam-se os números 3, 5, e 8 do artigo 32.º CRP), como o são a presunção da inocência e o direito de defesa dos arguidos (este último com uma tutela reforçada pela disposição do n.º 6 do artigo 19.º CRP). Mas a liberdade de expressão também se relaciona, como vimos atrás, com a liberdade de informação e de comunicação social.

A liberdade de informação consiste em poder apreender e/ou dar a apreender factos e notícias. Compreende o direito de informar, de se informar e de ser informado (artigos 37.º CRP e 16.º n.º 2 DUDH). E encerra também um direito de criação.

A liberdade de comunicação social, como garantia institucional que traduz, reúne a liberdade de expressão e de informação, direitos individuais fundamentais, ainda quando exercidos no colectivo ou institucionalmente. Mas a verdade é que a liberdade de comunicação social, apresentando-se embora como um feixe de direitos, representa igualmente um poder de facto.

O conflito de direitos que aqui se nos depara terá por isso ser também perspectivado pela óptica do dever de tutela, por parte do Estado, de determinadas garantias que deverão ser asseguradas a todos os cidadãos, e da maior ou menor adequação e eficácia desse sistema de garantias, seja do ponto de vista legal seja do ponto de vista material. Não cabendo pois ao ODH apreciar, como atrás ficou referido, a actuação dos órgãos de comunicação social propriamente dita.

Nessa perspectiva, prescreve o n.º 3 do artigo 20.º CRP que *a lei assegura a adequada protecção do segredo de justiça*, o que acontece por via da tipificação do crime de violação de segredo de justiça no artigo 371.º CP, cujos contornos são melhor concretizados pela disposição do artigo 86.º CPP, ao delimitar o âmbito, conteúdo e circunstâncias daquela protecção. O tipo incriminador contido no mencionado artigo 371.º tem um âmbito material mais limitado que a disposição CPP, mas apresenta, ao contrário, um âmbito subjectivo mais vasto. São dois regimes autónomos, que não coincidem totalmente, sendo que são as regras da lei processual penal que nos dão a conhecer o âmbito temporal e material do segredo de justiça. O artigo 37.º, n.º 3 CRP refere-se também à possibilidade de intervenção do direito penal quando se cometam infracções no exercício dos direitos à liberdade de expressão e de informação.

O segredo de justiça encerra um dever especial em que são investidas as pessoas que intervêm no processo penal, de não revelar factos de que tenham conhecimento em razão dessa qualidade. Os sujeitos da relação jurídica assim estabelecida são, de um lado, o Estado, enquanto titular da acção penal e dos interesses legalmente protegidos com o segredo de justiça, e de outro os intervenientes no processo e aquela obrigação é garantida, pelo menos em parte, pela possibilidade de aplicação de uma sanção penal.

Temos assim que, de acordo com o artigo 86.º CPP e desde 15 de Setembro de 2007, o processo penal passou a ser, por via de regra, público. Desde então, só em certas circunstâncias e com a concordância do juiz de instrução, o Ministério Público pode determinar a aplicação do segredo de justiça. E limitado este à fase de inquérito. Antes das alterações introduzidas ao CPP, diferentemente, a regra era a de que o segredo de justiça abrangia toda a fase de inquérito, vigorando até ao momento em que não fosse já possível requerer a instrução. Mas após essa fase, a publicidade do processo continuava ainda assim a ser condicionada, em certas situações, e justamente para protecção de dados relativos à vida privada. Ora, a verdade é que essa ressalva se mantém na redacção do actual n.º 7 do artigo 86.º CPP, o qual prevê que a publicidade do processo não deve abranger os dados relativos à

reserva da vida privada que não constituam meios de prova.

Por sua vez, o artigo 88.º n.º 1 CPP permite aos meios de comunicação social, *dentro dos limites da lei*, a narração circunstanciada dos actos processuais que não se encontrem cobertos pelo segredo de justiça, o que faz dos relatos judiciários a manifestação de um direito consagrado constitucionalmente, decorrente também do princípio da liberdade de expressão e de informação e da liberdade de imprensa e meios de comunicação social, plasmados, respectivamente, nos artigos 37.º e 38.º CRP e já referenciados atrás.

Ainda considerando as alterações ao Código de Processo Penal, poder-se-ia aqui ponderar a questão, nessa sede, e estando eventualmente em causa uma situação que configurasse a prática do crime de violação de segredo de justiça, da aplicação aos arguidos da lei nova, a qual, mediante a adição de novos elementos ao tipo legal incriminador, veio claramente restringir a extensão da punibilidade da conduta em causa. A lei nova alterou o *quantum* da qualidade do facto comum às duas leis (o período processual da vigência do sigilo), necessário para que esse facto fosse punível. Sendo mais favorável ao arguido, deveria por isso retroagir o seu âmbito de aplicação no que toca à aferição das qualidades tipificadoras da factualidade criminal. Cremos contudo que a discussão não tem relevância para a análise que aqui nos ocupa, além de que no caso em apreço, e apesar de os factos terem ocorrido na fase de inquérito, antes abrangida pelo segredo de justiça e agora subordinada ao princípio da publicidade, as informações divulgadas integram claramente a previsão do já mencionado n.º 7 do artigo 86.º CPP, que estabelece que a publicidade não deve implicar a divulgação de factos da vida privada que não constituam meios de prova.

É certo que o segredo de justiça pretenderá assegurar, em primeira mão, a defesa da funcionalidade e eficiência na administração da justiça, sobretudo nos casos de criminalidade mais complexa, em que se mostra necessário salvaguardar as diligências de prova e de investigação, e mesmo garantir uma certa transparência da função judicial, na medida em que promove e facilita a fiscalização da legalidade do procedimento. Mas é também inegável que, pelo menos reflexamente, a esse instituto está subjacente um objectivo de tutela do bom nome dos visados e da presunção da inocência. Diga-se ainda, quanto a estes valores, que não é o facto de os mesmos deverem em qualquer caso ser objecto de tutela do Estado até à fase de julgamento, extravasando-se claramente o âmbito temporal da aplicação do segredo de justiça (seja na nova redacção da lei, seja na anterior), que lhes retira força como fundamentos da limitação da publicidade na fase de inquérito. E se por si só não justificariam a aplicação do segredo de justiça na fase de inquérito, aqueles valores deverão assumir inegável relevância depois dessa fase, até à decisão judicial. Está em causa com o segredo de justiça, está em mira, pelo menos em parte, a protecção do arguido contra imputações que poderão não ser verdadeiras e que poderão lesar o seu bom nome, e até mesmo a protecção do público em geral contra a eventual e infundada

especulação dos media.

Das alterações ao CPP não parece pois resultar, entendemos nós, que o direito do arguido ao bom nome e o seu interesse em não ver esse direito afectado pela divulgação pública do decurso de uma investigação baseada em suspeitas que podem vir a revelar-se inconsistentes, tenham perdido relevo. A verdade é que a mera publicidade à constituição de arguido de pessoas que não chegam depois a ser acusadas pode afectar irremediavelmente o bom nome das mesmas e motivar assim pedidos de indemnização civil ao Estado. Não que a constituição de arguido gere em si qualquer responsabilidade para o Estado, mas já o pode gerar a violação do segredo de justiça. O direito ao bom nome justificará assim o chamado *segredo externo*, ou a faceta externa do segredo de justiça, a qual beneficia o arguido, também no novo regime legal. É precisamente o direito ao bom nome que é agora capaz de motivar o direito de o arguido requerer ao juiz a sujeição do processo ao segredo de justiça na fase de inquérito. Tanto que para indeferir esse pedido, o juiz terá que fundamentar essa decisão com um interesse legal e processualmente relevante que se sobreponha àquele direito, não lhe bastando para tal invocar a regra da publicidade do processo.

O interesse público do escrutínio da justiça era (e é) salvaguardado pela existência de fases do processo que são públicas, e pelo carácter limitado no tempo da eventual fase secreta do processo. Esse interesse público na transparência da justiça pode facilmente compadecer-se com a espera pela fase pública do processo. E não se confundirá com o interesse do público, com a curiosidade pública, com os interesses comerciais dos media.

O interesse público sobrepõe-se ao direito ao bom nome, é certo, mas não é afectado pela existência de uma fase secreta e transitória do processo, ou, mesmo esta não existindo, por algumas necessárias limitações à regra da publicidade. Deste modo, no âmbito da lei anterior, seria naturalmente admissível a derrogação do princípio do carácter secreto do processo penal quando esta fosse exigida pelo interesse da averiguação dos factos, desde que não houvesse violação do princípio da presunção da inocência do arguido consagrado no artigo 32.º CRP e não causasse dano injustificado ao interesse da protecção da intimidade da vida privada. Do mesmo modo, seria porventura lícito, em certas situações, sacrificar o direito à intimidade da vida privada em favor do interesse público na divulgação da informação, mas sempre e só quando esse sacrifício não pudesse ser evitado. Nunca encontraria, pois, nenhum fundamento, no âmbito da lei anterior, a difusão de informações que possibilissem a identificação pelo público, das pessoas envolvidas no processo, além de outros elementos que não visassem de todo satisfazer o interesse público. Como não encontra nenhum fundamento uma tal divulgação no âmbito da actual redacção do artigo 86.º CPP.

Independentemente da qualificação de determinados factos como crime e da punibilidade dos mesmos nessa sede, e independentemente também de podermos perspectivar a nossa análise no âmbito de dois regimes jurídicos

distintos, o certo é que nos parece que a tutela dos interesses do arguido não foi no caso concreto assegurada. Essa tutela não pode nem deve ser apenas ou necessariamente garantida pela via criminal. A protecção mais eficaz da reserva da intimidade da vida privada, do bom nome e reputação dos visados e da presunção da inocência, deve alcançar-se por meios legais indirectos, ou seja, pela correcta aplicação do segredo processual e do correspondente dever de sigilo que impende sobre determinados intervenientes no processo, incluindo a autoridade policial e judicial, e extensível à fase pública do processo nos termos do n.º 7 do artigo 86.º CPP, garantia essa que o Estado não soube assegurar no caso concreto, com claro prejuízo do denunciante.

II. Conclusões

1. Os direitos invocados pelo denunciante enquadram-se na tutela geral da personalidade (artigo 70.º CC), na tutela do direito à imagem (artigo 79.º CC), da reserva da intimidade da vida privada (artigo 80.º CC) e do direito ao bom nome e reputação (artigo 26 CRP);
2. Seja assim a título especial, seja a título geral, através da afirmação do

- primado do respeito pela dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da CRP), estamos em presença de direitos com clara relevância constitucional;
3. Os direitos de personalidade representam um conceito afim do conceito de direitos fundamentais, pois que são posições jurídicas fundamentais do homem;
 4. Os direitos de personalidade, tal como, por outro lado, os direitos dos jornalistas e dos órgãos de comunicação social, podendo incidir tanto nas relações com entidades públicas como nas relações com e entre particulares, são direitos que surgiram historicamente frente ao Estado;
 5. A liberdade de imprensa e comunicação social traduz uma garantia institucional cujo regime não pode ser diferente do regime dos direitos fundamentais;
 6. Assim é também para outros direitos indissociáveis da liberdade de imprensa, como sejam os direitos dos jornalistas previstos nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 36.º CRP;
 7. Os direitos fundamentais são inevitavelmente afectados por *restrições* que comprimem o seu conteúdo e lhes amputam determinadas faculdades com vista a assegurar objectivos constitucionais;
 8. Nessa óptica, a liberdade de expressão (artigo 37.º CRP) tem de se coadunar com o direito ao bom nome e reputação (artigo 26.º CRP);
 9. A liberdade de comunicação social, apresentando-se embora como um feixe de direitos, representa igualmente um poder de facto;
 10. O Estado deverá ser capaz de assegurar um sistema de garantias a todos os cidadãos;
 11. Prescreve o n.º 3 do artigo 20.º CRP que *a lei assegura a adequada protecção do segredo de justiça*. Essa protecção acontece por via da tipificação do crime de violação de segredo de justiça no artigo 371.º CP, cujos contornos são concretizados pela disposição do artigo 86.º CPP;
 12. O n.º 7 do artigo 86.º CPP prevê que a publicidade do processo não deve abranger os dados relativos à reserva da vida privada que não constituam meios de prova;
 13. No caso em apreço, e apesar de os factos terem ocorrido na fase de inquérito, antes abrangida pelo segredo de justiça e agora subordinada ao princípio da publicidade, as informações divulgadas integram a previsão do n.º 7 do artigo 86.º CPP;

14. Das alterações ao CPP não resulta que a garantia do direito do arguido ao bom nome tenha perdido relevo;
15. O direito ao bom nome justifica a faceta externa do segredo de justiça, a qual beneficia o arguido, também no novo regime legal;
16. O segredo de justiça pretende assegurar a defesa da funcionalidade e eficiência na administração da justiça e garantir a transparência da função judicial, mas, pelo menos reflexamente, a esse instituto está também subjacente um objectivo de tutela do bom nome dos visados e da presunção da inocência;
17. O interesse público sobrepõe-se ao direito ao bom nome, mas não é afectado pela existência de uma fase secreta do processo, nem mesmo, quando esta não exista, por algumas limitações à regra da publicidade;
18. O direito ao bom nome pode fundamentar no novo regime legal o direito de o arguido requerer ao juiz a sujeição do processo ao segredo de justiça na fase de inquérito;
19. Não encontra justificação, no âmbito da lei anterior, a difusão de informações que possibilitem a identificação pelo público, das pessoas envolvidas no processo; como não encontra nenhum fundamento uma tal divulgação no âmbito da actual redacção do artigo 86.º CPP;
20. A protecção mais eficaz da reserva da intimidade da vida privada, do bom nome e reputação dos visados e da presunção da inocência deve alcançar-se pela correcta aplicação do segredo processual e do correspondente dever de sigilo que impende sobre determinados intervenientes no processo, seja do ponto de vista legal ou material e mesmo durante a fase pública do processo;
21. A tutela desses interesses do arguido não foi no caso concreto assegurada.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

Miranda, Jorge - Manual de Direito Constitucional; Tomo IV, 3^a edição, Coimbra Editora, 2000.

Patto, Pedro Maria Godinho Vaz - O Regime do Segredo de Justiça no Código de Processo Penal Revisto; Revista do Centro de Estudos Judiciários, 1.º Semestre 2008, n.º 9, Editora Almedina, 2008.

Colecção de Pareceres da Procuradoria-Geral da República - Volume VI, Os Segredos e a sua Tutela; Segredo de Justiça (www.pgr.pt)

Acórdão da Relação de Coimbra, de 11.06.2008; Relator - Dr. Jorge Dias (Proc. n.º 1559/06.4TACBR.C1, do Tribunal de Instrução Criminal de Coimbra)

Évora, Silvino Lopes - O Segredo de Justiça e a Investigação Jornalística; Biblioteca on-line de Ciências de Comunicação da Universidade da Beira Interior (www.bocc.ubi.pt)

ABREVIATURAS

ODH – Observatório de Direitos Humanos

CC - Código Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal