

O Crime de Violação de Segredo de Justiça e a Reforma Penal de 2007

(algumas considerações e um *caso-tipo* de jornalistas)

Rui Patrício

Advogado e Professor Convidado da Universidade Nova de Lisboa

Tiago Geraldo

Advogado estagiário

Sumário: I. Introdução; II. Recorte típico do crime de violação de segredo de Justiça (artigo 371.º, n.º 1, do CP); A) O dever de guardar segredo; B) A exigência de «*contacto com o processo*»; C) A Reforma Penal de 2007; III. Conclusões.

I. Introdução

O crime de violação de segredo de justiça, previsto e punido pelo artigo 371.º do Código Penal (doravante apenas «CP»), tem suscitado vasta discussão doutrinária e jurisprudencial em redor do seu significado e dos limites da sua relevância típica.

Com a reforma do Direito Penal e Processual Penal, ocorrida em 2007, a estrutura típica da incriminação foi objecto de alterações relevantes, reformulando-se, simultaneamente, a redacção do artigo 86.º, n.º 8, do Código de Processo Penal (doravante apenas «CPP») –

anterior artigo 86.º, n.º 4, do CPP –, norma que se ocupa da tutela processual do segredo de justiça.

Como quase sempre sucede, a aludida reforma legislativa, operando uma sucessão de leis penais no tempo, veio suscitar entre a comunidade jurídica o aparecimento de posições distintas em torno da resolução de algumas questões centrais, designadamente as que se relacionam com a natureza do *novo* regime (*i.e.*, quanto ao seu carácter mais ou menos favorável) e, conseqüentemente, com a solução aplicável em matéria de aplicação da lei penal no tempo.

Para melhor compreensão do que se acaba de dizer, pense-se, por exemplo, na hipótese de, em momento anterior ao da entrada em vigor da Reforma Penal, «A» e «B», jornalistas, divulgarem em artigo publicado na imprensa o conteúdo de actos processuais cobertos pelo segredo de justiça, sem que, contudo, tivessem tomado contacto com o processo.

Pergunta-se: ser-lhes-á aplicável a *lei nova*, resultante das alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, e pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto? Ou, pelo contrário, será que a *lei antiga* lhes era concretamente mais favorável e que, por isso, de acordo com as regras vigentes em matéria de aplicação da lei penal no tempo, só essa lei lhes pode ser aplicada?

Particularmente relevante para esta discussão é, ainda, saber se a alteração da redacção dos citados preceitos produziu, efectivamente, alguma alteração substantiva relativamente ao recorte típico da conduta proibida pelo artigo 371.º do CP ou se, pelo menos, trouxe nova luz a este problema.

Deste modo, atentas as finalidades enunciadas, o tema que nos propomos tratar diz justamente respeito à resolução da problemática da aplicação da lei penal no tempo suscitada pelas alterações introduzidas pela Reforma Penal de 2007 no artigo 371.º do CP e no artigo 86.º do CPP, sendo privilegiada, ainda que sem preocupações de exaustividade, a análise das várias conseqüências jurídico-penais decorrentes de tal sucessão de leis, designadamente as que, imediata ou mediatemente, importam para a imputação ao(s) agente(s) do comportamento proibido pelo crime de violação de segredo de justiça.

II. Do recorte típico do crime de violação de segredo de justiça (artigo 371.º, n.º 1, do Código Penal)

A tutela penal é, como se sabe, de *ultima ratio*, sendo, em virtude dessa mesma característica, necessariamente fragmentária. Dessa forma, nem todos os bens jurídicos ⁽¹⁾, nem, por maioria de razão, todos os comportamentos que, em abstracto, possam atentar contra aqueles ascendem – ou sequer *podem* ascender – ao severo patamar da *dignidade penal*.

É o que acontece, como se verá, no caso do bem jurídico poliédrico protegido pelo crime de violação de segredo de justiça, p e p. pelo artigo 371.º, n.º 1, do CP, e, especificamente, no caso do comportamento típico aí descrito. Nessa medida, para que se possa imputar a um qualquer agente a comissão de um determinado tipo de ilícito, cumpre, antes de mais, delimitar o mais rigorosamente possível a conduta que lhe estava penalmente vedada praticar e que aquele, alegadamente, praticou, devendo o intérprete proceder, impreterivelmente e em qualquer circunstância, à aferição rigorosa do preenchimento dos requisitos formais da tipicidade.

Subjacente a esta necessidade está o princípio de legalidade da intervenção penal, que exige que se encontre no «*sentido possível das palavras*»⁽²⁾, *rectius*, nos enunciados linguísticos vertidos nas várias incriminações, o limite para lá do qual se entrará no domínio da analogia proibida (e tomamos esta no seu sentido – penal – mais amplo).

Constituindo tal operação momento irrenunciável na averiguação da responsabilidade jurídico-penal, não pode o intérprete abster-se de valorar o específico juízo de ilicitude contido na norma incriminadora.

(1) Com efeito, e como bem realça MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Contributo para o conceito de contra-ordenação», *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume I, Problemas Gerais, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 97, nota 92, «O princípio de tutela de bens jurídicos (Rechtsgüterschutz) não esgota, como sublinha HASSEMER, o problema da criminalização. Este postula, para além daquele princípio, um princípio de técnica de tutela (Schutztechnik) que obedece a critérios de valor e adequação autónomos. O bem jurídico não garante, assim, à criminalização a legitimação positiva (...) – no sentido de que (...) a simples existência de um bem digno de tutela não legitima de per se a norma penal».

(2) Expressão cunhada por MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal – Parte Geral*, AAFDL, Lisboa, 1994, p. 97.

Importa, em todo o caso, notar que, sendo sempre indispensável o rigor na prossecução de tais operações, torna-se ainda mais premente quando a definição dos comportamentos penalmente relevantes conhece alguma plasticidade na definição das condutas penalmente proibidas e os próprios valores em jogo entram, não raramente, em conflito.

Ora, é esse, precisamente, o caso do crime de violação de segredo de justiça, p. e p. pelo artigo 371.º, n.º 1, do CP, atendendo, entre o mais, à relação de complementaridade funcional que esta disposição encerra com a norma processual penal que determina o âmbito subjectivo da vinculação ao segredo de justiça (*cf.* artigo 86.º, n.º 4, do CPP na redacção anterior à Reforma Penal de 2007, hoje correspondente ao n.º 8 do mesmo preceito) e ao latente conflito entre o segredo de justiça e a liberdade de expressão e de informação. Daí que a análise da responsabilidade jurídico-penal de qualquer agente pela prática do crime de violação de segredo de justiça deva ser especialmente judiciosa.

Posto isto, cumpre recordar que, quer o artigo 371.º, n.º 1, do CP, quer o artigo 86.º, n.º 4, do CPP, foram alterados, respectivamente, pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, e pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

Contudo, por força dos princípios que regem a aplicação da lei penal no tempo – em particular, por força da proibição de retroactividade *in malem partem* –, e pelas razões que se explicitarão de seguida, ao crime de violação de segredo de justiça praticado em momento anterior à Reforma Penal de 2007 só podem ser aplicadas as redacções das citadas disposições legais anteriores à aludida reforma. Vejamos de perto.

A) O dever de guardar segredo

Antes da Reforma Penal de 2007, a redacção do artigo 371.º, n.º 1, do CP era a seguinte: «*Quem ilegitimamente der conhecimento, no todo ou em parte, de teor de acto de processo penal que se encontre coberto por segredo de justiça, ou a cujo decurso não for permitida a assistência do público em geral, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias (...).*»

Por outro lado, na mesma altura, podia ler-se no artigo 86.º, n.º 4, do CPP: «*O segredo de justiça vincula todos os participantes processuais, bem como as pessoas que, por qualquer título, tiverem tomado contacto*

com o processo e conhecimento de elementos a ele pertencentes (...).» De acordo com este preceito, o *dever* de manter segredo impendia, portanto, sobre (i) «*todos os participantes processuais*» e (ii) todas as pessoas que, cumulativamente – é esse o significado da conjunção aditiva «e» – (ii.a) tomassem contacto com o processo e (ii.b) tomassem conhecimento de elementos a ele pertencentes⁽³⁾. Ou seja, para além dos participantes processuais, só estavam vinculadas ao dever de segredo aqueles que, *cumulativamente*, tivessem tomado contacto com o processo e, por essa via, obtido conhecimento dos seus elementos.

A relação entre os dois preceitos que acabam de se citar – artigo 371.º, n.º 1, do CP e artigo 86.º, n.º 8, do CPP (n.º 4 na redacção anterior à Reforma Penal de 2007) – era, e ainda é, a todos os títulos evidente. Com efeito, é dado indesmentível que só pode *violar o segredo* quem, de antemão, a ele se encontra sujeito, quem efectivamente o detém (*ao segredo*). Dito por outras palavras, só pode estar *obrigado a guardar segredo* aquele sobre o qual – passe o pleonasma – recaia uma obrigação com um tal teor⁽⁴⁾.

Na verdade, e ainda que não se questione (pelo menos, aqui) a conformidade do crime de violação de segredo de justiça com o princípio da ofensividade⁽⁵⁾, a descrição típica deste crime sugere intuitivamente uma *infracção de dever, in casu*, uma *infracção ao dever de guardar segredo*, sendo que essa aproximação simbólica, não consti-

(3) Neste exacto sentido, à luz da redacção anterior à Reforma Penal de 2007, cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, «O segredo de justiça em processo penal», *Estudos Comemorativos do 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, Ministério da Justiça, Lisboa, 1995, pp. 223-234 e, ainda, MANUEL SIMAS SANTOS / MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Código de Processo Penal Anotado*, Vol. I, Rei dos Livros, Lisboa, 2.º Ed., 1999, p. 455 e MANUEL MAIA GONÇALVES, *Código Penal Anotado*, 14.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001, p. 973. A nível jurisprudencial, veja-se, a título meramente representativo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 03.10.89 (Proc. n.º 0025136) e o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26.05.99 (Proc. n.º 882/98), ambos disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

(4) Veja-se, a este propósito, a esclarecedora definição da palavra «segredo» extraída do *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*, ACADEMIA DAS CIÊNCIAS DE LISBOA, Verbo, Lisboa, 2001, p. 3362: «*segredo [sigrédu]. s. m. (Do lat. secretus 'separado', 'particular'). 1. Informação, conhecimento a que apenas alguns devem ter acesso e que o seu detentor não deve revelar (...)*».

(5) Entendido, de acordo com a formulação de FÁBIO ROBERTO D'AVILA, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*, STVDIA IVRIDICA, 85, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 40, enquanto concretização do «*modelo de crime como ofensa a bens jurídicos*».

tuindo, porventura, uma *intuição* adequada do ponto de vista dogmático, possui um valioso potencial explicativo. Com efeito, no crime de violação de segredo de justiça está efectivamente em causa a violação de um dever: precisamente, *o dever de manter ou guardar segredo*, sendo certo que, pela natureza das coisas, a (prévia) existência do *dever de manter ou guardar segredo* se constitui como indispensável supedâneo da sua violação.

Ora, o âmbito subjectivo da sujeição ao *dever de manter o segredo de justiça* retira-se, precisamente, do citado artigo 86.º, n.º 8, do CPP (n.º 4 na redacção anterior à Reforma Penal de 2007). Na verdade, é com base neste preceito que se recorta a amplitude do aludido tipo de ilícito quanto ao seu círculo de agentes idóneos, fazendo a lei depender a imposição desse mesmo dever, antes da Reforma Penal de 2007, do «*contacto*» que o agente tenha tido com o processo.

Em suma, antes da reforma legislativa ocorrida em 2007, era sempre necessário, constituindo requisito fundamental da punição da violação do segredo de justiça, que o agente tivesse efectivamente «*contactado com o processo*».

B) A exigência de «*contacto com o processo*»

Pode concluir-se, face ao exposto, que o preceituado no artigo 86.º, n.º 8, do CPP (n.º 4 na redacção anterior à Reforma Penal de 2007) constitui um verdadeiro *precedente lógico* da conduta tipificada no artigo 371.º, n.º 1, do CP, pois é naquele preceito que se delimita o âmbito subjectivo da vinculação ao segredo de justiça. Daí que a norma incriminadora extraída do artigo 371.º, n.º 1, do CP deva considerar-se, para todos os efeitos, uma norma penal em branco, isto é, uma «*norma incompleta*»⁽⁶⁾, integrando o conjunto de tipos incriminadores que remetem parte da sua concretização para outra fonte normativa.

(6) Para utilizar a expressão de LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, «Acórdãos 299/92, 427/95 e 534/98 do Tribunal Constitucional», *Casos e Materiais de Direito Penal* (org. Maria Fernanda Palma), Almedina, Lisboa, 2004, p. 214. Veja-se ainda, quanto ao sentido e formulação geral do problema, RUI PATRÍCIO, «Norma Penal em Branco (Em comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 17.4.2001)», *ul. ob. cit.*, pp. 329-330, que caracteriza as normas penais em branco («*Blankettstrafgesetz*») com base na «*típica cisão entre a norma de comportamento, com origem, em regra, noutras leis e até noutros ordenamentos que não o penal, e a norma que contém a ameaça penal*».

Ou seja, delimitando a conduta proibida por referência aos conceitos de «*acto processual coberto por segredo de justiça*» e acto processual a «*cujo decurso não for permitida a assistência ao público em geral*», sem, todavia, precisar o seu conteúdo, o crime de violação de segredo de justiça previsto e punido pelo artigo 371.º, n.º 1, do CP, ainda que contenha em si o núcleo fundamentador da sanção criminal⁽⁷⁾, depende, para alcançar a indispensável *completude* ao nível da descrição da conduta proibida, do *complemento* que lhe é prestado por outra fonte normativa. Para o efeito, o artigo 371.º, n.º 1, do CP opera uma «*remissão implícita*» para o regime processual aplicável em matéria de segredo de justiça⁽⁸⁾.

Assim, o crime de violação de segredo de justiça, p. e p. pelo artigo 371.º, n.º 1, do CP só alcança a sua *completude*, a sua *perfeição típica*, quando devidamente articulado com o citado artigo 86.º, n.º 8, do CPP (n.º 4 na redacção anterior à Reforma Penal de 2007), existindo, em suma, uma vinculação do tipo penal substantivo à regulação processual do âmbito material e subjectivo do segredo de justiça. Nessa medida, o preenchimento do crime de violação de segredo de justiça exigirá invariavelmente que os agentes revistam o conjunto de características resultante da conjugação das duas disposições.

Tendo presente a articulação operada entre o artigo 371.º, n.º 1, do CP e o artigo 86.º, n.º 4, do CPP – em vigor até à mencionada Reforma Penal de 2007 –, conclui-se que, nessa data, o preenchimento do crime de violação de segredo de justiça exigia simultaneamente que os agentes, (i) tendo contactado com o processo penal sujeito a segredo de justiça (ii) e adquirido conhecimento dos elementos que o compõem, (iii) comunicassem a terceiros o teor de actos processuais integrantes do mesmo.

Perante a análise típica realizada, e acompanhando a delimitação legal traçada a partir do cotejo das aludidas disposições legais, pode com segurança dizer-se que, à luz da redacção anterior à Reforma Penal de

(7) Podendo, nessa medida, orientar «*suficientemente os destinatários quanto às condutas que são efectivamente proibidas*» (de acordo com a formulação do Acórdão do TRIBUNAL CONSTITUCIONAL n.º 427/95, acessível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>) e inculcar no agente o desvalor da sua conduta.

(8) Nestes termos, MEDINA DE SEIÇA, anotação ao artigo 371.º, *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, Tomo III (org. Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 648.

2007, eram agentes típicos do crime de violação de segredo de justiça, *rectius*, só eram agentes típicos do crime de violação de segredo de justiça aqueles que, simultaneamente, tivessem tomado *contacto com o processo* e, por essa via, *adquirido conhecimento* sobre os elementos que o compunham.

Como se vê, a *pedra-de-toque* da incriminação aqui em causa residia, precisamente, no «*contacto com o processo*», expressão constante do citado artigo 86.º, n.º 4, do CPP (na redacção anterior à Reforma de 2007).

Note-se, em todo o caso, que com a expressão «*tomar contacto com o processo*» não se pretende significar, como é evidente, o contacto com o processo enquanto realidade meramente física, composto pelos seus vários volumes, mas antes o contacto com o processo enquanto *realidade dinâmica*, enquanto realidade unitária e estruturada, enquanto conjunto ordenado de actos funcionalmente orientados à prossecução de uma finalidade comum.

C) A Reforma Penal de 2007

Como se referiu atrás, quer o artigo 371.º, n.º 1, do CP, quer o artigo 86.º, n.º 4, do CPP, foram alterados, respectivamente, pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, e pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

É chegada a altura de analisar cuidadosamente as implicações que tais alterações produziram no conteúdo típico do crime de violação de segredo de justiça, aferindo, designadamente, a sua relevância para casos futuros e procurando extrair das vicissitudes próprias do processo legislativo algumas pistas úteis para a compreensão do tipo de ilícito contido no artigo 371.º, n.º 1, do CP.

Assim, o artigo 371.º, n.º 1, do CP foi alterado pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, onde se passou a prever que «*Quem, independentemente de ter tomado contacto com o processo, ilegitimamente der conhecimento (...)*». Em suma, ao tipo incriminador foi acrescentada a expressão «*independentemente de ter tomado contacto com o processo*».

Em consonância, o artigo 86.º, n.º 4, do CPP (agora n.º 8), sofreu igualmente uma alteração que, não obstante o seu carácter cirúrgico, veio trazer consequências relevantes quanto à amplitude típica do crime de violação de segredo de justiça. Assim, onde anteriormente se lia «*O*

segredo de justiça vincula todos os participantes processuais, bem como as pessoas que, por qualquer título, tiverem tomado contacto com o processo e conhecimento de elementos a ele pertencentes (...)», lê-se agora, por força da alteração introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, no correspondente n.º 8 do mesmo preceito, «*O segredo de justiça vincula todos os participantes processuais, bem como as pessoas que, por qualquer título, tiverem tomado contacto com o processo ou conhecimento de elementos a ele pertencentes (...)*».

Ou seja, o legislador substituiu a conjunção aditiva «e» – manifestação de cumulatividade – pela conjunção disjuntiva «ou» – indicadora de alternatividade.

Conclui-se então que, com as aludidas alterações, o comportamento típico contido no artigo 371.º, n.º 1, do CP, complementado com o disposto no artigo 86.º, n.º 4, do CPP (na redacção anterior à entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto) foi sensivelmente alargado, passando a dispensar-se – ao contrário do que anteriormente resultava da interpretação conjugada desta incriminação com o artigo 86.º, n.º 4, do CPP – que o agente típico tenha *tomado contacto* com o processo.

Ora, por força da proibição de retroactividade *in malam partem* (cfr. artigo 2.º, n.ºs 1 e 4, do CP e artigo 29.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa) – corolário do princípio da legalidade criminal e que vale, como se sabe, relativamente a todos os elementos da punibilidade –, e uma vez que, como se referiu, a alteração operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, alargou, de forma sensível, a descrição típica da conduta proibida, a responsabilidade jurídico-penal do agente que divulgue o conteúdo de actos processuais cobertos pelo segredo de justiça, antes da entrada em vigor da mesma, só pode ser aferida ao abrigo da redacção anterior à designada Reforma de 2007 ⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Note-se ainda que, sendo hoje incontroverso o entendimento de que as chamadas *normas processuais penais materiais* (i.e., aquelas normas que, independentemente da sua localização sistemática ou da sua categorização formal, desencadeiam *efeitos penais substantivos*) se sujeitam aos princípios que regem a aplicação temporal da lei penal, não restam dúvidas de que o artigo 86.º, n.º 4 (actual n.º 8), do CPP, constituindo-se, para além do mais, como verdadeiro complemento da descrição típica do comportamento p. e p. pelo artigo 371.º, n.º 1, do CP, se encontra sujeito a tais princípios, designadamente à proibição de retroactividade *in malam partem*. Veja-se, neste sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra Editora, Coimbra, 3.ª Ed., 2008, pp. 347-377 e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Processo Penal*, I, Verbo, Lisboa, 2000, p. 105.

Em suma, vigorando, *in casu*, a proibição de retroactividade, no aludido caso hipotético de «A» e «B», jornalistas, divulgarem o conteúdo de actos processuais cobertos pelo segredo de justiça em momento anterior à reforma legislativa de 2007, deverá aplicar-se a *lei antiga*.

Em todo o caso, isto é, ainda que a *lei nova* (materializada no tipo de ilícito do crime de violação de segredo de justiça tal como este se encontra actualmente configurado), decorrente das alterações introduzidas ao CPP pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto e ao CP pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, não seja, como se demonstrou, aplicável à hipótese avançada dos jornalistas «A» e «B», a verdade é que as alterações introduzidas pela Reforma de 2007 revelam, mesmo neste caso, um significativo potencial interpretativo.

Com efeito, as alterações concertadas dos artigos 371.º, n.º 1, do CP e 86.º, n.º 4 (actual n.º 8), do CPP, demonstram à saciedade que, entre os dois preceitos, existe uma evidente relação de complementaridade normativa. Sendo certo que tais alterações, no caso específico dos jornalistas, são tão ou ainda mais relevantes porquanto, ao considerar-se, como faz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, que «o aditamento feito no artigo 371, n.º 1, do CP da expressão ‘independentemente de ter tomado contacto com o processo’ visou também incluir os jornalistas no âmbito das pessoas obrigadas ao segredo de justiça»⁽¹⁰⁾, pode igualmente concluir-se, *a contrario sensu* que, antes de tal aditamento, os jornalistas não estavam obrigados ao segredo de justiça.

Ou melhor, que só o estariam se, cumulativamente, enquanto *terceiros* em relação ao processo, (i) tivessem tomado contacto com o processo e (ii) adquirido conhecimento sobre os elementos a ele pertencentes – mas *só* se e quando essas duas condições se encontrassem reunidas.

Concretizando: à luz das anteriores redacções dos artigos 371.º, n.º 1, do CP e 86.º, n.º 4, do CPP, todos aqueles que, não tendo contacto com o processo, comunicassem a terceiros o teor de actos processuais cobertos pelo segredo de justiça de que tinham tido conhecimento por outra via, não podiam considerar-se agentes do crime de violação de segredo de justiça.

⁽¹⁰⁾ *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, UCP, Lisboa, 2007, pp. 244-245.

E não se diga, como por vezes sucede em caso de alterações legislativas, que a nova redacção dos artigos 371.º, n.º 1, do CP e 86.º, n.º 8, do CPP (anterior n.º 4) se limita simplesmente a esclarecer ou confirmar o sentido que, já anteriormente, decorria do texto legal.

Na verdade, com a alteração destes dois preceitos o legislador introduziu uma verdadeira ruptura com o regime anteriormente vigente.

E fê-lo em sentido claramente *desfavorável* ao agente, abdicando de um requisito («o contacto com o processo») que, antes da Reforma Penal de 2007, era pressuposto necessário da imputação do crime de violação de segredo de justiça. Mais. Fê-lo, ao contrário, aliás, do que decorria do regime originariamente plasmado na redacção do artigo 371.º, n.ºs 1 e 2, constante do Anteprojecto de revisão do Código Penal da Unidade de Missão para a Reforma Penal (UMRP), onde, por um lado, se previa que o crime de violação de segredo de justiça abrangesse apenas aqueles que efectivamente contactassem com o processo (ou seja, as pessoas que «*estão vinculadas pelo segredo de justiça*») e, por outro lado, se determinava que os *terceiros*, *i.e.*, aqueles que não estão vinculados pelo segredo de justiça, só seriam punidos em caso de prejuízo para a investigação.

Como se vê, a questão nunca foi pacífica, muito pelo contrário – o que impressivamente se infere, desde logo, do facto de, no decurso do longo processo legislativo que veio a culminar na entrada em vigor da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, e da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, terem surgido soluções antagónicas quanto a esta matéria⁽¹¹⁾.

Nessa medida, não resta outra conclusão senão reiterar a plena aplicabilidade, à hipótese traçada dos jornalistas «A» e «B», do *princípio da irretroactividade da lei penal*, sendo, portanto, aplicáveis as redacções dos dois preceitos (artigos 371.º, n.º 1, do CP e 86.º, n.º 4, do CPP) anteriores à Reforma de 2007.

⁽¹¹⁾ Atente-se ainda, a este propósito, na original e curiosa posição adoptada na Sessão Plenária de 22 de Fevereiro de 2005, do Conselho Superior de Magistratura, onde foram aprovadas as conclusões referentes ao II Encontro Anual do Conselho Superior de Magistratura, realizado em Faro, nos dias 3 e 4 de Dezembro de 2004 (acessíveis em http://www.asjp.pt/divulgacao/csm05_01.html). No capítulo relativo ao «*Segredo de Justiça e ao Dever de Reserva*» já aí se propunha que (i) só as pessoas que tiverem contacto efectivo com o processo podem ser punidas pelo crime de violação de segredo de justiça, sendo que (ii) aos jornalistas apenas poderão ser imputados os crimes de injúria, difamação ou abuso de liberdade de imprensa.

De outro passo, ainda que se considerasse, por absurdo, que as alterações introduzidas nos dois preceitos pela Reforma de 2007 se limitaram a esclarecer ou clarificar os elementos objectivos do tipo de violação de segredo de justiça – e que, portanto, o «*contacto com o processo*» não constituía elemento típico do crime de violação do segredo de justiça –, a verdade é que, em todo o caso, tal assunção nunca esvaziaria o espaço de dúvida existente em torno da natureza de tais alterações.

Isto é, por mais argumentos que se pudessem esgrimir a favor do entendimento de que as alterações introduzidas nos aludidos preceitos pela Reforma de 2007 se limitaram a clarificar a delimitação típica do crime de violação de segredo de justiça – não introduzindo, portanto, uma *alteração de paradigma* –, sempre subsistiriam argumentos (e, quanto a nós, argumentos bem mais ponderosos) em sentido contrário.

Em suma, e em qualquer caso, sempre subsistiria, no mínimo, um relevante *estado de dúvida*, sendo certo que, em caso de dúvida, não é legítimo ao julgador penal decidir *contra* o agente, devendo antes convocar e obedecer a um princípio de *in dubio pro libertatis* e dirimir a querela existente em sentido que lhe seja favorável.

Isto é, em caso de dúvida, deve presumir-se que o novo regime é menos favorável ao agente, devendo aplicar-se, por conseguinte – e de acordo com o citado princípio da *irretroactividade da lei penal* – o regime anteriormente vigente.

Para além disso, não pode igualmente ignorar-se que, mesmo admitindo, por absurdo, que as alterações introduzidas nos dois preceitos pela Reforma de 2007 se limitaram a clarificar os contornos típicos da incriminação por violação do segredo de justiça, a existência de uma corrente jurisprudencial consolidada no sentido de que o «*contacto do processo*» constituía elemento típico do artigo 371.º, n.º 1, do CP não pode ser abruptamente modificada – tendo ou não havido alteração efectiva da lei – em sentido prejudicial ao agente.

Com efeito, ainda que «*a aplicação da nova corrente jurisprudencial que determina a punição do facto praticado ao tempo da jurisprudência anterior, que o considerava criminalmente irrelevante, não (...) [constitua] propriamente uma violação do*

princípio da legalidade»⁽¹²⁾, é igualmente indesmentível que essa mutação jurisprudencial pode vir a fazer perigar alguns dos valores que lhe estão habitualmente associados, sobretudo no que toca à proibição de retroactividade⁽¹³⁾, como sejam as lícitas expectativas do agente na licitude (ou não punibilidade) do seu comportamento.

Assim, as *mudanças de rumo* da jurisprudência – que determinem a punição de factos que no momento da sua comissão eram considerados pelos tribunais como penalmente irrelevantes – deverão processar-se de forma cuidadosa e prudente, exigindo-se, conseqüentemente, um «*particular ónus de contra-argumentação nas decisões que se afastem da jurisprudência estabilizada*»⁽¹⁴⁾, exigência que, de resto, e num plano *de jure constituto*, se pode retirar do artigo 445.º, n.º 3, do CPP.

Tudo visto, e ainda que, como se referiu, se considere, o que se faz por mera hipótese, que as alterações introduzidas pela Reforma de 2007 se limitaram a precisar o sentido da incriminação contida no artigo 371.º, n.º 1, do CP, e que, portando, *nada mudou* no plano legal, a verdade é que a corrente jurisprudencial anteriormente formada no sentido de que o «*contacto do processo*» é elemento típico do crime de violação de segredo de justiça nunca poderia, por força dos invocados argumentos, ser abruptamente invertida em sentido prejudicial ao agente.

Assim, se «*A*» e «*B*», investigados pela prática de alegados factos típicos em momento anterior à Reforma de 2007, nunca tivessem *contactado com o processo*, fosse este entendido enquanto realidade meramente física, composto pelos seus vários volumes (o que, como se referiu, sempre seria irrelevante), fosse antes entendido, melhor, enquanto conjunto ordenado de actos funcionalmente orientados à prosse-

(12) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral – Tomo I, As Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 185-186. Sobre a relação entre a interpretação jurídica e a retroactividade da lei penal, *vide*, com proveito, NUNO BRANDÃO, «Contrastes jurisprudenciais: problemas e respostas processuais penais», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 1302-1305.

(13) De acordo com MARIA FERNANDA PALMA, *op. cit.*, p. 108, «a retroactividade de uma lei tenderá a depender também das definições jurisprudenciais do direito relativamente a certas categorias de casos anteriormente decididos».

(14) ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, «O Princípio da Legalidade Criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, sep. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1984.

cução de uma finalidade comum, ter-se-ia forçosamente que concluir que «A» e «B» nunca estiveram vinculado ao *dever de guardar segredo* (de justiça).

Com efeito, nesse caso «A» e «B» nunca teriam encetado qualquer relação, fosse a que título fosse, com a *realidade dinâmica* que constitui o «processo». Nessa medida, logo por aí soçobriria qualquer possibilidade de lhes imputar a prática do crime de violação de segredo de justiça, por falta de preenchimento de um irrenunciável elemento típico (o «*contacto com o processo*»), ou, mais impressivamente, por falta do necessário pressuposto ôntico na violação de qualquer *dever*: a sua existência.

De outro passo, não se diga, para contornar o aludido elemento típico, que este é, de alguma forma, *transmissível* a terceiros por aqueles que verdadeiramente se encontram efectivamente obrigados a guardar o segredo e que, por via dessa capciosa *transmissão*, «A» e «B» se encontravam igualmente vinculados ao cumprimento dessa obrigação (*de guardar segredo*).

Na verdade, se, como se adiantou, só pode *violar o dever de guardar segredo* aquele que, na sua esfera jurídica, se encontra vinculado ao cumprimento desse mesmo dever, é igualmente indesmentível que a definição do âmbito subjectivo de vinculação ao *dever de guardar segredo* decorre directamente da lei, e apenas da lei, não sendo, portanto, tal dever *transmissível* ou *comunicável*, para efeitos da realização do crime p. e p. pelo artigo 371.º, n.º 1, do CP, àqueles que, de acordo com o disposto no artigo 86.º, n.º 8 (correspondente ao anterior n.º 4), do CPP, a ele não se encontrem legalmente vinculados.

A admitir-se, por absurdo, entendimento contrário, teriam forçosamente de ser concebidas cadeias intermináveis e potencialmente infinitas de *violadores de segredo de justiça*, todos eles, excepto o primeiro (e, em sentido próprio, o *único*) violador, igualmente responsáveis pela violação de um segredo anterior e repetidamente violado mas que, para efeitos da realização do crime p. e p. pelo artigo 371.º, n.º 1, do CP, manteria uma espécie de «*inviolabilidade*» normativamente ficcionada. Na verdade, é pressuposto da incriminação por violação de segredo de justiça, à luz da redacção do artigo 371.º, n.º 1, do CP anterior à Reforma de 2007, que seja a divulgação, operada pelo concreto agente do crime, a *tornar público o que até aí era secreto*. Ora, se, à data da divulgação,

o segredo se encontrava já corrompido, ou seja, se, por essa altura, o segredo fora já violado, não pode, como é evidente, imputar-se a *violação* desse segredo a uma divulgação que ocorra em momento posterior.

Finalmente, mesmo que se entendesse que o contacto com o processo era irrelevante e que, portanto, a autoria do artigo jornalístico de «A» e «B» era susceptível de preencher o tipo incriminador contido no artigo 371.º, n.º 1, do CP, mesmo nessa hipótese, dizíamos nós, não poderiam os agentes ser condenados pela prática do crime de violação de segredo de justiça, porquanto sempre teria de concluir-se que a sua actuação assentara num estado de erro não censurável sobre o carácter ilícito do facto.

Com efeito, a consciência da ilicitude, isto é, a apreensão do sentido social (alegadamente) desvalioso das suas condutas, encontrava-se, *in casu*, inelutavelmente prejudicada. Senão veja-se. À data em que «A» e «B» escreveram o hipotético artigo (*i.e.*, em momento anterior à Reforma Penal de 2007), existia uma relevante querela interpretativa, não só doutrinária como jurisprudencial, em redor do crime de violação de segredo de justiça p. e p. pelo artigo 371.º, n.º 1, do CP, consistente basicamente em saber se aqueles que não tinham *tomado contacto* com o processo podiam, ou não, realizar o aludido tipo de ilícito. Ou seja, para os Arguidos, o âmbito e significado daquela concreta incriminação nunca poderiam ser totalmente claros, dada a diversidade de posições existente sobre a natureza e a extensão do tipo de ilícito contido no artigo 371.º, n.º 1, do CP.

Ora, quando assim suceda, *i.e.*, quando o agente «*reputa provável que o seu comportamento seja permitido, mas conta também com a possibilidade de que ele seja proibido*», confrontando-se com uma «*situação fáctica cuja valoração jurídica é, ela mesma, pouco clara ou mesmo duvidosa*»⁽¹⁵⁾, é provável que actue sem (plena) consciência da ilicitude do facto ou, se se preferir, actue com uma mera «*consciência condicionada (ou eventual) do ilícito*»⁽¹⁶⁾.

Nessa medida, a falta de consciência da (alegada) ilicitude da actuação de «A» e «B» nunca seria susceptível de revelar uma atitude

(15) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, pp. 514-515.

(16) *Ibidem*.

ético-pessoal de indiferença perante o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora contida no citado artigo 371.º, n.º 1, do CP, não podendo, ademais, ser censurado aos agentes o erro sobre a (alegada) ilicitude do seu comportamento, na medida em que o mesmo se fundamentava num ponto de vista ético-jurídico que a ordem jurídica e os seus agentes (magistrados, professores, advogados, etc.) reconheciam (e ainda hoje reconhecem) como válido.

Em suma, e parafraseando JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «*deverá (...) assinalar-se que o cidadão que actuou com base em expectativas fundadas numa primitiva corrente jurisprudencial não estará completamente desprotegido, já que poderá por vezes amparar-se numa falta de consciência do ilícito não censurável, que determinará a exclusão da culpa e em consequência da punição*»⁽¹⁷⁾. Assim, mesmo admitindo, por mera hipótese, que os factos praticados por «A» e «B» eram típicos e ilícitos, sempre teria de concluir-se, à luz do disposto no artigo 17.º, n.º 1, do Código Penal, pela negação da culpa e, conseqüentemente, da correspectiva responsabilidade jurídico-penal.

De tudo o que se expôs resultam vários argumentos contrários à efectivação da responsabilidade jurídico-penal de «A» e «B». Desde logo, considerando que os contornos do comportamento proibido (re)definido pela Reforma Penal de 2007 vieram consagrar um regime concretamente menos favorável, abdicando de um elemento típico do crime de violação de segredo de justiça – o «*contacto com o processo*» –, sempre teria de concluir-se pela atipicidade do comportamento de «A» e «B».

De outro passo, e mesmo que se considerasse, por absurdo, que as alterações dos artigos 371.º, n.º 1, do CP e 86.º, n.º 4, do CPP, se limitaram a *esclarecer* sentido já anteriormente decorrente do espírito das normas – e que, por conseguinte, a exigência de «*contacto com o processo*» nunca constituiu elemento típico do crime de violação de segredo de justiça –, a verdade é que, tendo em conta que entendimento contrário já havia sido subscrito em muitos e importantes arestos, uma inversão abrupta de jurisprudência nunca teria lugar sem prejuízo de alguns dos valores essenciais protegidos pela proibição de retroactividade. Nessa medida, e

(17) *Op. cit.*, p. 186.

ainda que, para todos os efeitos, se considerasse que a Reforma Penal de 2007 nada veio alterar em termos substantivos, não poderiam os tribunais apurar a responsabilidade jurídico-penal de «A» e «B» à luz de uma corrente jurisprudencial contrária a uma outra já sedimentada, segundo a qual «A» e «B» teriam orientado o seu comportamento.

Por último, havendo uma divergência doutrinal e jurisprudencial efectiva quanto ao âmbito de agentes típicos recobertos pelo crime de violação de segredo de justiça, «A» e «B» nunca poderiam ver efectivada a sua responsabilidade jurídico-penal uma vez que teriam agido com falta de consciência da ilicitude não censurável e, por conseguinte, excludente da culpa. Com efeito, não podendo «A» e «B» apurar ao certo se, ao divulgarem o conteúdo de actos processuais cobertos pelo segredo de justiça – sem que contudo, importa lembrar, tivessem tomado contacto com o processo – seriam, ou não, criminalmente responsáveis pela comissão do crime de violação de segredo de justiça, antes havendo posições subscritas na doutrina e jurisprudência que expressamente o negavam, a verdade é que nunca poderia ser afirmada, *in casu*, uma efectiva e total consciência da ilicitude do facto.

III. Conclusões

Do percurso trilhado ao longo deste breve trabalho, e do que nele ficou dito, podemos retirar algumas conclusões. Algumas – as principais – merecem ser, agora, sumariamente enunciadas, com elas expressando o essencial do nosso entendimento sobre os pontos aqui tratados:

1) Existe uma relação de complementaridade funcional entre o artigo 371.º, n.º 1, do CP e o artigo 86.º, n.º 8, do CPP (anterior n.º 4). A evidência de tal relação saiu reforçada pela necessidade que o legislador sentiu, na Reforma de 2007, em alterar simultaneamente, e no mesmo sentido (*i.e.*, abolindo a exigência de «*contacto com o processo*» enquanto elemento típico do crime de violação de segredo de justiça), os dois preceitos;

2) As alterações de redacção introduzidas no artigo 371.º, n.º 1, do CP e no artigo 86.º, n.º 4, do CPP, respectivamente pela Lei n.º 59/2007,

de 4 de Setembro, e pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, constituem alterações relevantes do ponto de vista substantivo, não se limitando a esclarecer ou confirmar sentido já decorrente das redacções anteriores;

3) Com efeito, tais alterações vieram consagrar um regime concretamente menos favorável, alargando sensivelmente o âmbito típico do crime de violação de segredo de justiça;

4) Nessa medida, e por força da proibição de retroactividade *in malam partem*, tais alterações são insusceptíveis de aplicação retroactiva.