

SEGREDO DE JUSTIÇA E CONFLITO DE DIREITOS: ESPAÇO DE CRIMINALIZAÇÃO OU DE DESCRIMINALIZAÇÃO?

JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS

Resumo: partindo de um ensaio de definição de conceitos em matéria de segredo de justiça, postulando que a tutela respectiva visa não apenas bens jurídicos de natureza pública mas também de natureza individual e atinentes aos intervenientes processuais, vários e sob vários ângulos, e indagando sobre os direitos correspondentes ao dever de guarda de segredo, o autor problematiza sobre o efectivo alcance daquela tutela e a fenomenologia das suas falhas, analisando as regras processuais pertinentes e o tipo legal do crime de violação do segredo de justiça, examinando os termos e as disfuncionalidades da concatenação desses planos, com sustentação de que do próprio enunciado normativo decorre a forte probabilidade da inoperância do sistema de tutela previsto. Ponderando os valores potencialmente em conflito a respeito da preservação ou quebra do segredo, passando pelas consequências das ditas falhas e disfunções tanto para os titulares daqueles outros interesses como para o bom funcionamento da administração da justiça, acaba por concluir que, em face da notória, reiterada e impune violação generalizada e vista a actual faculdade de constituição de assistente por qualquer pessoa e em processos relativos a uma multiplicidade de crimes com potencial mediático, o problema se tornou, afinal, “não sério”, de mera hipocrisia jurídica, importando forte comprometimento do prestígio do Direito Penal, que melhor se preservaria retirando a violação do segredo do catálogo dos crimes — ainda que na matéria os interesses em causa justificassem outro destino.

Palavras-chave: segredo de justiça; dever de segredo; interesses (bom funcionamento da justiça; eficácia da investigação); direitos (bom nome; privacidade; segurança); presunção de inocência; comunicação social; direito de informar; acesso; divulgação; descriminalização.

O texto que segue não é um ensaio académico, sim, a versão revista de uma intervenção oral, efectuada em Ponta Delgada, por ter havido a gentileza de considerar que eu poderia ter algo a dizer na matéria. Daí que me compreendam todos quantos na doutrina e na jurisprudência ponderaram a matéria e não se encontram citados num escrito que dá à crítica quanto penso sobre um assunto polémico e tão debatido. Espero, ironizando, que não me seja dito que, a haver ideias originais, não são válidas, e as válidas não são originais.

Permito-me pensar que trouxe duas facetas novas para o debate: o alargamento da área de tutela do crime de violação de segredo de justiça, pela valoração dos bens jurídicos pessoais e não dos meramente atinentes à funcionalidade da justiça; o suscitar, a partir daqui, a questão da existência

de direitos individuais, subjectivos diria, a operarem em convergência, para não dizer como contraponto, à existência do extenso, e actualmente alargado, dever de guardar segredo.

E, em remate, porque o evento no qual me foi facultado usar da palavra visava discutir a extensão das áreas de criminalização, concluí no sentido de que, ante a impunidade reiterada da violação de segredo de justiça, evidenciada pela revelação na comunicação social de notícias que só através dela são possíveis, se retire tal tipo de crime do catálogo dos crimes para que o Estado de Direito guarde, ao menos, o mínimo de autoridade, condição de dignidade do sistema judiciário, que é seu arrimo fundamental.

Eis os conceitos: a regra é a publicidade, a excepção o segredo de justiça; para além do segredo interno, que vincula os participantes processuais, há o segredo externo, referente aos que, face a ele, sejam terceiros; a violação do segredo de justiça é crime de natureza pública; o bem jurídico tutelado não são só os interesses atinentes ao bom funcionamento da justiça, também os individuais referentes às pessoas que a incriminação visa defender.

Esta última asserção — no que se refere à extensão do bem jurídico tutelado — implica uma justificação, porquanto a doutrina que se tem pronunciado sobre a matéria restringe o âmbito da tutela ao que releva para a protecção da funcionalidade da justiça.

Ora, se configuro os interesses legítimos a defender deste modo amplo, abrangendo não os valores públicos inerentes ao bom funcionamento da administração da justiça, é porque, por um lado, entendo que a presunção de inocência está em causa com a prática deste tipo de ilícito e também correlativamente a defesa do bom nome e da própria privacidade.

Vejamos, pois.

Não se diga que não pode haver na incriminação uma razão atinente à defesa da presunção de inocência do arguido, porquanto esta vale até ao trânsito em julgado de sentença que o condene e aquele segredo é restrito — e excepcional — à fase de inquérito processual, pelo que o primeiro círculo de tutela seria mais extenso do que o segundo e assim este não poderia apoiar-se naquele.

Em primeiro lugar, porque a própria geometria dos conceitos mostra que, se há uma defesa da presunção de inocência mais extensa do que a zona de defesa do segredo de justiça, esta bem pode arrimar-se naquela e só o inverso é que provaria o que pretendemos infirmar.

Em segundo lugar, porque, sendo a presunção de inocência uma garantia tão extensa no procedimento criminal — quase a acompanhar o seu alfa a ómega pois que desde a constituição de arguido até à passagem em julgado da decisão condenatória —, há fases do procedimento em que existem especiais razões para que tal valor deva merecer uma tutela mais intensa, sobretudo aquela, a do inquérito, em que a incerteza quanto à indiciação ainda subjaz, pois que esta só é tida por suficiente quando da acusação e, mesmo assim, havendo instrução, ainda aquela é sujeita à condição resolutiva de uma decisão instrutória que pode não a receber.

Assim, considerando o bem jurídico-constitucional presunção de inocência como um valor que exige níveis diferenciados de tutela processual consoante as fases do processo, teremos de entender que o binómio segredo de justiça/publicidade processual releva como instrumento adequado a garantir a defesa da mesma.

Do mesmo modo o bom nome e o direito à privacidade e por igual razão. São valores com assento constitucional, de que o processo penal deve ser garante, mas tal garantia, no que à questão do segredo de justiça respeita, deve operar de modo diferenciado consoante a fase processual em causa e ser mais exasperantemente garantida naqueles momentos preliminares em que o objecto do processo seja ainda indefinido, a prova indiciária incerta e, assim, o sujeito investigado — ou os demais que o segredo de justiça defesa — não possa(m) ficar à mercê de revelações que causem dano ou ponham em perigo não só aquela presunção de inocência como o respectivo bom nome e reputação.

Sucedo que de um segredo de polichinelo se trata: mesmo o cidadão desatento constata que os meios de comunicação social difundem e captam audiências à conta da revelação de factos e provas que são de processos tecnicamente em segredo de justiça; e não é preciso excesso de observação para ver que o jornalismo dito de investigação concorre com a investigação criminal em torno do que, revelado, perde o secretismo quando, por vezes, dali provém.

Não espanta, pois, que, desconsiderando as pessoas que o segredo de justiça possa afectar, patrocinando a tese segundo a qual apenas bens públicos e sobretudo o bom funcionamento da justiça estará em causa, esta coexista com tal situação, pois que, subjacente a tal convívio com a impunidade está a ideia de que nada naquele bom funcionamento pode estar em causa; mais: em certos espíritos floresce até a ideia segundo a qual da coexistência entre situações de clara violação de segredo de justiça e o colaboracionismo de algum jornalismo de investigação decorre, fruto da miscigenação, um ainda melhor desempenho da justiça criminal.

Um sistema em que as pessoas sejam esquecidas em detrimento da eficácia da burocracia repressiva sente-se confortável com a restrição do bem jurídico tutelado, essa forma de alargar ou restringir o âmbito da tutela penal a partir de valores que se inserem ou excluem do âmbito material da tipicidade, legitimando a criminalização ou a descriminalização.

Pois que o segredo de justiça é um dever, surge a natural questão de nos perguntarmos se, correspondentemente, ante ele, surgirão direitos, direitos pessoais, subjectivos, inerentes à individualidade e à cidadania. A prática demonstra que os direitos maioritariamente invocados são os dos jornalistas, que pretendem fazer valer o direito a informarem, mas pergunto-me se serão os únicos que o sistema jurídico tem de acolher.

Dado que se considera ser o bem jurídico objecto de tutela pela incriminação não só o bom e regular funcionamento da justiça, mas, também, interesses legítimos individualizados, abre-se a porta para que se pondere, uma

a uma, a situação dessas pessoas que, declaradamente protegidas pela incriminação, haverão de ter direitos a contrapor ao cumprimento desse dever.

Está aqui o foco da presente comunicação, para a qual vale uma restrição de âmbito: estamos em sede de segredo de justiça em processo criminal (protegido pelo artigo 371.º do Código Penal) e não contraordenacional (tutelado pelo artigo 58.º do Regime Geral das Contraordenações).

Permito-me ressaltar, já que de criminalização se fala neste encontro, o facto de ocorrer uma notável contradição entre a existência de uma norma incriminatória — o artigo 371.º do Código Penal — e, como disse, completa impunidade de reiteradas e despudoradas violações ao segredo de justiça que ao conhecimento de todos chegam pelo quotidiano da comunicação social. E é por isso que, antecipando, concluo pela lógica da descriminalização, para que o Direito Criminal conserve prestígio, abalado que é quotidianamente, e apoucado, pela impunidade do que proclama dever ser punido, mas, afinal, se torna numa espécie de criminalidade invisível, nunca revelada. O crime de violação de segredo de justiça tornou-se num crime secreto.

Começemos por uma tentativa de definição. Inúmeras discussões em torno deste problema surgem devido à ausência de cuidado em definir o que se discute.

O *segredo de justiça* é a ablação ou restrição do conhecimento do processo ou de partes de um processo aos cidadãos em geral ou a certas pessoas em particular: radica aqui a distinção entre o segredo de justiça interno e o segredo de justiça externo que tem assento legal nos artigos 86.º a 90.º do Código de Processo Penal (doravante, CPP), aquele abrangendo os que são sujeitos e participantes do processo, que podem a ele aceder, mas não podem revelar o que conheceram.

Trata-se da defesa do que não é conhecido nem deve ser revelado, não daquilo que, por qualquer outra via, já tenha sido tornado público, ainda que de modo ilegítimo: a revelação do que tiver sido segredo de justiça mas já haja sido publicitado por outrem está fora do âmbito da criminalização.

Fundamenta-se, é certo, na necessidade de proteger as finalidades do processo, gerando deveres legais de confidência, mas também na de dar tutela a direitos, tidos por fundamentais, dos sujeitos processuais e inclusivamente de terceiros: é inaceitável o ponto de vista daqueles que consideram que só o primeiro — ainda por cima restringido à garantia da eficácia da investigação — esteja em causa e seja relevante: não se trata de um favor ao investigador, nem de um benefício exclusivo a favor do arguido, sim de uma garantia para todos.

Garantia, seguramente, de eficácia da investigação, pois que haverá diligências processuais que, se conhecidas, ficam inutilizadas, assim como há actos do processo que, se revelados, fomentam a adulteração da prova; mas defesa também do bom nome e integridade moral dos que participem no processo — desde o suspeito ou arguido à própria vítima ou até à testemunha — e da própria segurança dos mesmos, que pode ficar posta em causa pela revelação do que deveria ser mantido sigiloso no que à sua intervenção processual respeita.

Trata-se de dever jurídico, que impende sobre os sujeitos processuais e também sobre aqueles que o não sejam e se devam considerar como terceiros relativamente à relação jurídica processual.

Mas, como referi, trata-se também de configurar a eventual existência de *direitos* em sentido técnico na titularidade daqueles que sejam sujeitos ou participantes do processo criminal de cujo segredo de justiça se trate, direitos que teriam como contraparte aqueles sobre quem impende o dever de serem os guardiões do sigilo.

A questão ganha pertinência desde que foi aprovado um sistema em que a regra processual — aparente, diga-se — passou a ser a publicidade do processo e quando o artigo 86.º, n.º 2, do CPP clausulou que: «[o] juiz de instrução pode, mediante requerimento do arguido, do assistente ou do ofendido e ouvido o Ministério Público, determinar, por despacho irrecorrível, a sujeição do processo, durante a fase de inquérito, a segredo de justiça, quando entenda que a publicidade prejudica os direitos daqueles sujeitos ou participantes processuais», acrescentando o n.º 5 que, «[n]o caso de o arguido, o assistente ou o ofendido requererem o levantamento do segredo de justiça, mas o Ministério Público não o determinar, os autos são remetidos ao juiz de instrução para decisão, por despacho irrecorrível.»

Com a mesma lógica o n.º 4 do citado preceito estabelece que, «[n]o caso de o processo ter sido sujeito, nos termos do número anterior, a segredo de justiça, o Ministério Público, oficiosamente ou mediante requerimento do arguido, do assistente ou do ofendido, pode determinar o seu levantamento em qualquer momento do inquérito.»

A partir deste enunciado, creio que passou, pois, a haver, a legitimação de um verdadeiro direito ao segredo de justiça por parte dos referidos sujeitos processuais: em dupla face, num processo agora em regra público, o direito de acção junto das autoridades no sentido de que o segredo seja garantido ou seja removido.

Reportando-me a direitos, e dando como assente que eles existem no que ao segredo respeita, circunscrevo o objecto da minha análise aos direitos com assento constitucional, logo ressaltando que o segredo de justiça está configurado no n.º 3 do artigo 20.º da Lei Fundamental sob a seguinte formulação: «[a] lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.»

Ou seja, trata-se de um princípio constitucional, de uma situação protegida pela Lei Fundamental, sem dúvida, mas tudo plasmado, porém, sob reserva de lei: os seus termos serão os que a lei regular.

Diversamente, os demais direitos que a seu tempo irei invocar são de aplicação imediata, vinculando directamente, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, da Constituição.

Há, pois, desde já, uma primeira ideia motora, a do desnivelamento do segredo de justiça ante os demais direitos individuais que se perfilam face ao mesmo, porquanto aquele beneficia de tutela constitucional, mas sob reserva de lei, e estes, como se verá, estão consagrados sem aquele limite.

Direitos esses que, no entanto, podem estar desprovidos de eficácia e ser, afinal, meramente programáticos, mau grado ser regra básica do sistema jurídico que a todo o direito corresponde uma acção destinada a concretizar o respectivo gozo e exercício: é quanto se estatui no n.º 2 do artigo 2.º do CPC: «[a] todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da acção.»

Havendo no domínio do Direito substantivo direitos em sentido próprio, tendo eles de encontrar no ordenamento processual meios de acção para vingarem, resta saber como responde o sistema jurídico a esta decorrência lógica. Fá-lo pela tutela penal, mas, sendo honestos, uma tutela penal totalmente ineficaz e arrastando o Direito Criminal para mais uma zona de desprestígio pela inutilidade dos seus comandos, comprometendo a autoridade do Estado de Direito.

Assumindo, pois, que direitos existam, providos de tutela criminal — por aparente que seja —, pedem-me que pondere nesta comunicação o problema da eventual colisão dos mesmos em cenário de segredo de justiça; e, numa outra dimensão, se, nesta matéria da tutela do segredo, estaremos no território da criminalização ou da descriminalização.

Ambas as facetas convergem: é que, creio, a ocorrer equilíbrio dos direitos em presença e não havendo desproporção de um ou alguns deles face aos demais, não há legitimação possível para a criminalização da conduta que ponha em crise o segredo de justiça, a qual só se justificará quando e na exacta medida em que houver de conferir-se tutela criminal — e outra forma de o fazer não exista no ordenamento jurídico — à compressão excessiva daqueles valores e bens jurídicos que o segredo de justiça visa acautelar; mas se, como aflorámos, o segredo de justiça estiver, na sua dimensão normativa, desguarnecido pela circunstância de a sua extensão estar delimitada sob reserva de lei — isto é, ser a que a lei ordinária definir —, já a resposta parece inclinar-se para a prevalência daqueles direitos sobre o que possa estar legislado quanto ao binómio publicidade/sigilo.

Posta assim a questão, passemos aos problemas em causa.

Vejam, pois, cada um destes conceitos, começando pelos aparentemente mais óbvios, logo o do objecto da protecção processual e da tutela penal.

O segredo de justiça é, pela sua natureza, segredo processual, pois que a justiça penal é pelo processo que se concretiza. Do que se trata é da tutela do ocorrido num processo e não dos factos de cuja relevância criminal nele se averigua.

Importa, porém, determinar, se ele se refere apenas à revelação do que forem *actos* ou *documentos* que constituam um processo em sentido material, ainda que, como hoje se generalizou, em suporte digital, ou também ao que for a *actividade* dos sujeitos processuais não traduzida em actos processuais nem documentada.

A letra da lei ajuda a encontrar uma tentativa de resposta quando no n.º 6 do artigo 98.º do CPP refere que a publicidade do processo gera os seguintes direitos:

- a) Assistência, pelo público em geral, à realização do debate instrutório e dos actos processuais na fase de julgamento;
- b) Narração dos actos processuais, ou reprodução dos seus termos, pelos meios de comunicação social;
- c) Consulta do auto e obtenção de cópias, extractos e certidões de quaisquer partes dele.

Visto sob este ângulo da sua previsão processual, ainda que num enunciado *a contrario*, o segredo de justiça reporta-se apenas a actos processuais e a documentos de um processo.

No mesmo sentido milita o n.º 9 do citado preceito quando refere, e agora com maior clareza, que:

A autoridade judiciária pode, fundamentadamente, dar ou ordenar ou permitir que seja dado conhecimento a determinadas pessoas do conteúdo de acto ou de documento em segredo de justiça.

E se cotejarmos o elemento histórico de interpretação — por comparação com a versão original do preceito, tal como estava plasmada no artigo 419.º do Código em 1982 — verificamos que a contração foi mesmo clausulada de caso pensado, pois antes o segredo cobria os actos, os documentos e até as «discussões» no processo crime.

Do enunciado legal resulta que a actividade dos sujeitos processuais que se não traduza em actos processuais estará — discutivelmente — excluída da tutela do segredo de justiça e, deste modo, a revelação feita sobre a mera existência de uma investigação em curso ou sobre os nela envolvidos como alvo da mesma não constituirá, *prima facie*, violação daquele segredo, sem prejuízo do que de seguida se dirá. Já não será aceitável excluir da punibilidade a revelação da existência do acto processual ainda que sem explicitação do respectivo conteúdo, porquanto qualquer das modalidades do bem jurídico tutelado se pode encontrar em crise com a mera menção ao ocorrido.

Mas mais: é que, se conferirmos o modo de expressão do artigo 371.º do Código Penal, verificaremos que, em sede de criminalização, este só se refere a actos processuais e — de novo discutivelmente — já nem sequer a documentos de um processo. Prevê-se no preceito em causa:

«Quem, independentemente de ter tomado contacto com o processo, ilegitimamente der conhecimento, no todo ou em parte, do 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 (...)».

Poderá causar estranheza este desguarnecimento da mera actividade processual, mas é facto que a fórmula legal não permite mais ampla interpretação, salvo se, em matéria de criminalização, aceitarmos a constitucionalidade de uma interpretação extensiva do conceito de «acto de processo penal»

— pois só a analogia seria vedada (artigo 1.º, n.º 3, do Código Penal), considerando que os documentos de um processo só nele estarão incorporados por virtude de acto processual, mesmo que não seja por virtude de um auto — nos termos em que o prevêem os artigos 99.º e 100.º do CPP — mas inclusivamente por força de um requerimento, ou até de uma mera “cota” processual “termo de juntada”, para usar expressões formulárias de conhecimento comum.

Em suma: a tutela processual do segredo de justiça abrange actos e documentos de um processo; a tutela penal abrange, porém, por expressão directa da lei, apenas os actos processuais penais e só por interpretação extensiva, a ser esta permitida, abrangerá os documentos de um processo que nele se encontrem por virtude de actos processuais; fica destarte excluída da protecção penal a mera actividade dos sujeitos processuais que não seja acto processual ou não esteja vertida em documento incorporado em processo por virtude de acto processual.

Aqui, o legislador protege menos do que se suporia. Num outro ângulo, ampliou a zona de protecção ao criminalizar a revelação «independentemente» de o agente ter tomado contacto com o processo. Eis o que resultou da alteração ao preceito citado por via da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, concomitantemente com a revisão efectuada ao artigo 86.º, n.º 8, do CPP.

Vistos estes prolegómenos, encaremos agora a questão da concorrência de direitos, não apenas dos que sejam sujeitos e participantes processuais, como ainda dos que sejam terceiros face ao processo. É aqui que a discussão pública do problema tem sido restringida e, por isso, minimizada, pois, em regra, põem-se apenas em relevo os direitos do arguido e os da comunicação social, como se outros sujeitos não fossem também objecto da protecção legal.

A questão tem sentido desde que, como vimos, se quebrou a interpretação jurisprudencial que considerava que os bens jurídicos tutelados pelo segredo de justiça tinham apenas a ver com valores de ordem pública e se admitiu a existência de ofendidos em relação a este tipo de crimes e, assim, a existência de valores pessoais que a criminalização respectiva tutelava.

Reportando-nos de modo mais abrangente à totalidade dos sujeitos processuais, importa, desde logo, considerar — e haverá quem o considere insólito — se os *magistrados* e *órgãos de polícia criminal* com intervenção em processo criminal não terão, também, até pela natureza das suas funções, direito pessoal à tutela do segredo de justiça em processos em que tenham intervenção, sendo, pois, consequentemente vedada a respectiva identificação pública por narrativa dos actos que pratiquem.

A questão é complexa, e a encontrar preceito constitucional que lhes garanta, enquanto magistrados, tutela neste domínio, só reflexamente valerá o da independência «dos tribunais», vertido no artigo 203.º da Constituição, através de uma construção jurídica pela qual se considere que a independência pode estar em causa quando, tuteladas as funções inerentes à administração da justiça pelo dever estatutário de reserva, não seja garantida a

discrição da função e dos actos sujeitos ao regime de segredo de justiça e, por isso, a serem praticados sob a cobertura do mesmo; direito que seria oponível a todos quantos estejam também adstritos ao dever de guardar sigilo nesta matéria.

A independência poderá estar em crise na medida em que relevemos estarmos ante um dos mecanismos de salvaguarda da mesma, o que, tutelando o segredo, permite o poder de decidir fora de expressões publicitadas do que seja o objecto da decisão.

Creio, porém, que não se trata de argumento suficiente, pois de outro modo estariam privados de independência todos os magistrados que tivessem de praticar actos em processos ou fases processuais não cobertas pelo segredo de justiça.

Estarão, assim, os magistrados adstritos ao dever de defenderem o segredo de justiça, mas, em caso de violação do mesmo por outros, de forma a atingi-los, revelando-lhes os actos, não terão propriamente um direito a tutelá-los face a essa lesão? Por insólito que pareça, a tentar encontrar arrimo em preceito constitucional onde se apoie a construção desse direito, não o encontro de modo a formar convicção suficiente.

Certo é que, em termos de ocorrência pública e configuração como problema, o essencial do tema em apreço reporta-se à violação do segredo de justiça que atinja o *arguido*, procedendo-se, através da respectiva violação, a revelações que sejam adequadas a colocar em perigo valores e direitos de que seja titular. É por aí que surge a questão, não descontando que o próprio arguido possa ter interesse em tornar público o que esteja coberto por segredo, de modo a defender-se da ideia que se haja formado em relação à suspeita sobre a sua participação no crime ou tendo em vista prejudicar a investigação contra si dirigida.

A isso iremos agora, não sem deixar expressa a realidade que conhecemos: ante práticas de reiterada difusão na comunicação social de factos processuais em prejuízo do arguido, gerando um clima adversário à sua pessoa e legitimador de valores com recorte jurídico-processual e mesmo penal, como o alarme público, as denominadas “expectativas punitivas da comunidade”, é, no mínimo, expectável que, ao menos como defesa, se não como retaliação, o arguido, ou alguém por ele, use das mesmas armas, dos mesmos meios e dessa “justiça” feita nos *media* antes de ser feita em tribunal, viva a sociedade de espectáculo que é a de hoje, o escândalo judiciário tornado grande notícia.

Ora, quanto ao arguido, a primeira questão relevante consiste em determinar se a presunção constitucional de inocência de que goza, mais do que princípio atinente à prova, se projecta também a nível do segredo de justiça, gerando a seu favor direito à não revelação por qualquer outro sujeito do processo, ou terceiro, de acto ou documento de uma investigação que o tome como objecto da substanciada suspeita, porquanto tal revelação, a ocorrer, seria abstractamente apta a gerar uma presunção sociológica de culpabilidade, criando assim situação de perigo para vectores que relevam a nível processual

penal, como por exemplo o alarme social que pode fundamentar uma medida coactiva (artigo 204.º do CPP) ou a expectativa de punição da criminalidade.

Creio que esse direito existe e se funda primariamente nessa presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 1, da CRP) e complementarmente no direito ao bom nome (artigo 26.º, n.º 1, da mesma Lei Fundamental), daí a eventualidade de ele ser constituído como ofendido no processo que conheça eventual crime de revelação de segredo de justiça que o atinja, isto, sem prejuízo de concitarmos também a noção de processo justo porque equitativo, que estará posta em causa se o arguido vir a sua situação ante o processo diminuída ante a formação junto da comunidade — em que o tribunal, afinal, se insere — de uma opinião estigmatizante em relação à sua pessoa gerada através de violações — tantas vezes selectivas — oriundas de processos em segredo de justiça.

Para além disso, importa saber se o mero *suspeito*, não formalmente constituído em arguido [conceito que o CPP define no artigo 1.º, alínea e), como sendo «toda a pessoa relativamente à qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar»], deverá ter protecção menos intensa do que o arguido no que se refere ao não conhecimento por outros da pendência processual que o envolva.

Entendo que, por maioria de razão, a tutela deverá guarnecê-lo ainda mais do que ao arguido, pois a mera suspeita demonstra incerteza processual quanto à sua responsabilização indiciária e a divulgação com violação de sigilo é apta a gerar, por distorção, incremento do juízo contrário, seja o de forte probabilidade de envolvimento ilícito nos factos.

Não se poderá falar, é certo, no que ao suspeito respeita, de presunção de inocência, mas de uma situação jurídica de mera indiciação insegura, necessariamente mais carente de protecção do que em relação ao arguido, relativamente ao qual a presunção referida é apenas conceito de mera garantia já com menor correspondência à verdade ontologicamente sustentada.

Estarão assim em causa, quanto ao suspeito, outros direitos, nomeadamente, e a fazer apelo apenas a direitos com expressão constitucional, os direitos à dignidade, ao bom nome e à privacidade [artigos 1.º e 26.º da CRP], que a revelação do que estiver sob segredo de justiça porá em perigo.

No que se refere ao *ofendido*, admito que o raciocínio quanto ao conteúdo da protecção possa querer relevar o tipo de crime de cuja divulgação se trate e as circunstâncias concretas que se suscitem, nomeadamente se a revelação implicar a divulgação do nome de pessoas que possam estar envolvidas no caso como sujeitos activos de certo tipo de crime [cujo anonimato o ofendido pretenda salvaguardar] ou crime cuja revelação ponha em causa a esfera íntima ou a dignidade da pessoa por ele atingida, em suma, situações em que o conceito de crime “particular” possa ser convocado até para fazer depender o procedimento público da iniciativa do sujeito afectado pelo ilícito que possa pretender, em alternativa, a impunidade à revelação pública dos factos que levariam à punição.

Mas, se bem que esse tipo de divulgação pública, envolvendo a indicação de pessoas envolvidas em processos, atinge directamente os direitos que essas pessoas tenham ao segredo, a revelação não individualizada também é apta a causar lesão personalizada se permitir ilação quanto à individualização, contendo elementos suficientes para permitir um juízo de identificação.

E algo é certo: se bem que na graduação da responsabilidade o perfil do revelado com violação de sigilo possa interferir, no que à tipicidade respeita, tal é irrelevante; e assim, a haver um direito do ofendido a não se ver identificado junto de terceiros através de violação do segredo de justiça, a tutela terá de abranger todo o corpo de situações em que tal suceda.

Entendo que radica aqui a hesitação jurisprudencial quanto à legitimidade em ser admitido como assistente aquele que se considere ofendido pelo crime relativamente a cujo processo penal haja ocorrido a violação do segredo de justiça, matéria hoje já dilucidada em sentido favorável à constituição e, por isso, ultrapassada.

De novo aqui os já referenciados direitos constitucionais à dignidade pessoal, ao bom nome e à privacidade devem ser chamados à colação, bens jurídicos de cunho estritamente pessoal, mas que importa relevar, já que o segredo de justiça não visa, como mencionei, a defesa apenas de valores de natureza pública.

O mesmo se diga quanto aos *intervenientes processuais*, mas aqui com um registo diverso. É que, não podendo entrar em pormenor na análise da situação jurídica de cada um deles [peritos, órgãos de polícia criminal, funcionários], julgo relevante analisar o caso das *testemunhas*, relativamente às quais o segredo de justiça é também um círculo de protecção.

Claro que estas beneficiam, em certas circunstâncias, de um núcleo especial de mecanismos de salvaguarda, ao abrigo da precisamente denominada Lei de Protecção de Testemunhas [Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, com a redacção sucessivamente modificada]. Mas aquilo que é esquecido amiúde é que, independentemente da situação que as faça beneficiar deste estatuto específico de tutela, o facto de se tornar público que alguém testemunhou num processo em segredo de justiça é apto a desguarnecer a pessoa em causa, colocando-a à mercê de situações que podem ir da mera sujeição a pressões até à ameaça, ou mesmo a ataques físicos, tanto à sua pessoa como a terceiros com ela relacionados.

Ora, numa tal circunstância, o direito que faz sentido convocar para a tutela da testemunha ante o segredo de justiça, é o direito à segurança de que gozam os cidadãos em geral, previsto no artigo 27.º, n.º 1, da CRP.

Há também — porque não? — o caso dos *advogados*, relativamente aos quais se pode colocar, sem distinguir, a mesma questão que relativamente aos demais, ou seja, se terão direito próprio a que seja garantido o segredo de justiça, de modo a que a sua intervenção nos casos por ele cobertos possa ser assim defendida do conhecimento público.

Do ponto de vista dos interesses tutelados constitucionalmente, não se encontra quanto lhes garanta um direito subjectivo ao segredo de justiça que

funcione como correspectivo do dever de o guardarem e, complementarmente, do dever a que estão estatutariamente adstritos, o de segredo profissional [artigo 92.º do EOA].

Se bem que o artigo 208.º da Constituição preveja que «a lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça», creio ser excessivo integrar no conceito de «imunidade» — clausulada sob reserva de lei — no de direito ao segredo de justiça.

Restam agora os *terceiros*, dos quais os *jornalistas* têm encontrado preocupação privilegiada na análise jurídica, por ser seguramente através da comunicação social que se têm verificado os problemáticos “vazamentos” — assim se denominam no Brasil as “fugas” de informação sobre processos ditos “mediáticos”, quer por o serem em função do tema, quer por nisso se tornarem por virtude das notícias que sobre eles e com fonte neles se produzem.

Há, porém, aqui uma dicotomia a estabelecer: uma realidade é o acesso de jornalistas a fontes de informação, no caso através de quem detenha elementos processuais em segredo de justiça; outra, bem diversa, é a colocação — ou “plantação”, outro termo brasileiro — de notícias, verdadeiras, meio-verdadeiras ou falsas, mas que traduzam o conteúdo de processos naquela situação: os “leaks” orientados.

O que está em causa, no que aos jornalistas respeita, é a compatibilização do direito à informação — elemento essencial para o cumprimento do dever de informar — com a conseqüente legitimidade do acesso às fontes de informação, como está previsto no artigo 38.º da CRP, com o estatuído em matéria de tutela do segredo de justiça, nomeadamente a nível processual penal, segredo esse que goza a tutela constitucional relativa pois que plasmada sob reserva de lei, como vimos.

A questão pode reconduzir-se à problemática do grau de concretização do perigo para os bens jurídicos defendidos pela criminalização, seja se basta a existência de um perigo abstracto ou se há que demonstrar que a revelação jornalística colocou em causa os bens jurídicos em causa. É patente que a colocação da questão precisamente no caso em que esteja em causa a acção de jornalistas, a não ser uma petição de princípio — exige-se o perigo concreto como forma de exculpação para os casos em que ele não resulte demonstrado —, só pode decorrer do facto de estarem em conflito dois tipos de bens jurídicos: por um lado, o da informação como instrumento necessário à gestão democrática da comunidade; e, por outro, aqueles que legitimam a punição da violação do segredo de justiça.

Do ponto de vista formal, a única restrição, que decorre da norma penal incriminatória, é que esse direito dos jornalistas às fontes processuais se exerça de modo legítimo, sendo certo, porém, que aquele preceito do Código Penal, o citado artigo 371.º, pune quem «ilegitimamente der conhecimento» e não quem aceder ilegalmente a processo em segredo de justiça. Vista por este ângulo, a situação parece inculcar a ideia de que o acesso a processo

em segredo de justiça não é crime, a sua divulgação sim, o que implicaria um desguarnecimento da tutela penal nesta matéria. Voltaremos já de seguida à questão.

Em suma, não estando os direitos fundamentais previstos na Constituição numa relação de hierarquia, sim de concordância prática, em matéria de conflitos penso que a questão só se coloca se o direito ao segredo de justiça por um dos sujeitos processuais ou terceiro colidir com o de outro(s). Mas tal só se verifica estando em causa uma possível divulgação legítima do que estiver em regime de segredo de justiça, hipóteses que a lei hoje regista nos seguintes casos:

- pela prorrogação judicial do segredo, em detrimento da publicidade, nos casos em que a lei o permite, conforme o estatui o n.º 6 do artigo 89.º do CPP segundo o qual, «[f]indos os prazos previstos no artigo 276.º, o arguido, o assistente e o ofendido podem consultar todos os elementos de processo que se encontre em segredo de justiça, salvo se o juiz de instrução determinar, a requerimento do Ministério Público, que o acesso aos autos seja adiado por um período máximo de três meses, o qual pode ser prorrogado, por uma só vez, quando estiver em causa a criminalidade a que se referem as alíneas i) a m) do artigo 1.º, e por um prazo objectivamente indispensável à conclusão da investigação», sendo a meu ver inadmissível que a prorrogação possa ser por prazo indefinido, mas foi essa ambiguidade que o legislador gerou;
- pela divulgação oficial de notícias, informações e documentos sobre processos, nos termos do artigo 86.º, n.ºs 9, 11, 12 e 13, do CPP.

Nestas circunstâncias, pode haver critérios divergentes e interesses opostos que caiba dirimir e aí, sim, ocorrer conflito entre os que pretendam o sigilo e os que pretendam a publicidade.

E eis-nos chegados ao capítulo final desta exposição, a questão da criminalização ou da descriminalização.

Num Direito Penal em progressiva expansão, abandonando o território do subsidiário e do excepcional, para entrar, como Direito Penal autodenominado secundário — o que é a negação da própria noção de *ultima ratio* mas que, no entanto, passa inquestionada — pelos territórios da vida económica, financeira e fiscal, a tutela penal do segredo de justiça passou a ser mais uma zona em que fez a sua aparição. Com resultados nulos; se compararmos, em análise superficial, a quantidade de casos que todos os dias estão na imprensa, atinentes a processos em segredo de justiça — em que até gravações de escutas telefónicas são difundidas — com o que se passa a nível de sentenças finais proferidas, eis a evidência do descalabro do sistema.

Temos, como acabámos de constatar uma norma incriminatória, o referido artigo 371.º do Código Penal, que veda a divulgação, mas não o acesso. Pune-se, assim, a mera actividade do agente e o colocar em perigo os bens

jurídicos que são objecto da protecção penal; questão é saber se a punibilidade decorre da mera colocação em perigo de modo abstracto dos valores defendidos pela incriminação ou se haverá que demonstrar-se que o perigo se verificou em concreto.

Com tudo isso, o âmbito da tutela fica diminuído, pois que a responsabilização de quem, tendo acesso a ele, permita que a divulgação do processo seja possível, torna-se desnecessária.

Além disso, só é punida a divulgação *ilegítima*, o que, *a contrario*, parece inculcar a ideia de haver uma *divulgação legítima*, o que, conjugado com o artigo 31.º, n.º 2, alínea b), do Código Penal, quando justifica o facto praticado no exercício de um direito, leva à impunidade de quem o divulgar legalmente habilitado a fazê-lo.

É o que há quem considere ser o caso dos jornalistas, conjugando o preceito do artigo 7.º da Lei n.º 1/99, de 1 de Janeiro, que define o respectivo Estatuto, com os preceitos constitucionais, todos atinentes à liberdade de imprensa; e a isso não faria obstáculo quando o n.º 3 do artigo 9.º do mesmo preceito estatui que «o direito de acesso às fontes de informação não abrange os processos em segredo de justiça».

É que, como reiteramos, o que está criminalizado não é o acesso indevido, sim a revelação ilegítima, pelo que, para haver punição, não terá de se fazer a prova simultânea de ter havido divulgação cuja ilegitimidade decorra da ilicitude do acesso.

Não era este o sentir da jurisprudência para a qual se exigia a demonstração de um «conluio» entre o jornalista e o processo [cfr. entre tantos, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28.11.2007, proferido no processo n.º 3763/2007-3, na base de dados da DGSJ].

Em suma, do próprio enunciado normativo decorre a forte probabilidade da inoperância do sistema de tutela penal previsto.

E, no entanto, trata-se de uma matéria que tem uma história que justificaria um outro destino, pois que tudo se orientou no sentido de que a salvaguarda do segredo de justiça impende sobre todos, jornalistas incluídos, desde que tenham tomado contacto com o processo.

Não haja espanto, pois, ante a situação hoje corrente com que começámos o presente discurso: o problema do segredo de justiça — perdoem dizê-lo assim, mas não saberia como expressá-lo de outro modo — é um problema de hipocrisia jurídica. Tornou-se num problema não sério e o prestígio do Direito Penal está, por via dele, fortemente comprometido.

A isto não é alheio o alargamento da faculdade de constituição como assistentes — em lógica de acção penal popular — a todos e qualquer um, em processos que tomem como seu objecto um extenso catálogo de crimes, recentemente aumentado. Assim sucede [artigo 68.º, n.º 1, alínea e), do CPP] nos «crimes contra a paz e a humanidade, bem como nos crimes de tráfico de influência, favorecimento pessoal praticado por funcionário, denegação de justiça, prevaricação, corrupção, peculato, participação económica em negócio, abuso de poder e de fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção».

Claro que por esta via facultar-se acesso ao processo a todos, mesmo sem qualquer ligação aos factos que o mesmo tome como objecto. A partir daqui, basta estar atento ao que se passa nos processos que sejam ou se hajam tornado «mediáticos»: jornalistas encartados, com mandatários constituídos, “espontâneos” surgidos sabe-se lá em nome de que interesses, todos com acesso ao processo e liberdade de relatarem.