

Coordenação
Antonio Scarance Fernandes
José Raul Gavião de Almeida
Maurício Zanoide de Moraes

Sigilo no Processo Penal

eficiência e garantismo

Participam desta edição

Aleksandro Clemente
André Augusto Mendes Machado
Andre Pires de Andrade Kehdi
Antonio Scarance Fernandes
Danielle Souza de Andrade e Silva

Diego Fajardo Maranhã Leão de Souza
Mário Sérgio Sobrinho
Maurício Zanoide de Moraes
Rosimeire Ventura Leite
Thaís Aroca Datcho Lacava

Sigilo no Processo Penal

eficiência e garantismo

Coordenação

Antonio Scarance Fernandes

José Raul Gavião de Almeida

Maurício Zanoide de Moraes

Participam desta edição Aleksandro Clemente. André Augusto Mendes Machado. Andre Pires de Andrade Kehdi. Antonio Scarance Fernandes. Danielle Souza de Andrade e Silva. Diego Fajardo Maranhã Leão de Souza. Mário Sérgio Sobrinho. Maurício Zanoide de Moraes. Rosimeire Ventura Leite. Thaís Aroca Datcho Lacava.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Sigilo no processo penal : eficiência e garantismo / coordenação Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Maurício Zanoide de Moraes. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-3318-1

1. Processo penal (Direito) – Brasil 2. Sigilo I. Fernandes, Antonio Scarance. II. Almeida, José Raul Gavião de. III. Moraes, Maurício Zanoide de.

08-07071

CDU 343.14(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Sigilo : Processo penal 343.14(81)

3

O sigilo da ação penal – Aspectos gerais

ANDRE PIRES DE ANDRADE KEHDI

Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra e pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Advogado.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Conceitos e categorias relevantes: 1.1 Sigilo, segredo e publicidade; 1.2 Sigilo interno e sigilo externo – 2. Percurso histórico: 2.1 Do Egito Antigo à República Romana; 2.2 Do Império Romano à Idade Moderna; 2.3 Conseqüências da evolução histórica: a dicotomia “publicidade *versus* sigilo”; 2.4 Brasil e Tratados Internacionais – 3. Balizas constitucionais: 3.1 Art. 5.º, LX: 3.1.1 Reserva absoluta de lei; 3.1.2 Intimidade; 3.1.3 Interesse social: 3.2 Art. 93, IX; 3.3 Princípio da proporcionalidade – 4. Sigilo no processo criminal: o segredo de justiça: 4.1 Sujeitos: 4.1.1 Quem pode requerer a decretação/revogação do sigilo?; 4.1.2 Quem pode decretar o sigilo?; 4.1.3 Quem conhece, pode revelar?; 4.1.4 A quem é oponível o sigilo?; 4.2 Objeto: 4.2.1 Art. 792, CPP – Atos em que é possível a presença; 4.2.2 Autos principais, apensos e provas encobertas pelo sigilo; 4.2.3 Decisões documentadas nos autos; 4.3 Prazo; 4.4 O julgamento pelo Júri – 5. Conseqüência processual da indevida imposição do sigilo – Bibliografia.

Introdução

O sigilo no âmbito processual penal é, a olhos vistos, instituto que, dia a dia, vem sendo mais utilizado na praxe judiciária.

Historicamente comprovada a existência da dicotomia entre publicidade e sigilo, bem como os malefícios que a adoção irrestrita de um ou de outro regime pode trazer, não se pode deixar de aprofundar um pouco esse

assunto ainda pouco explorado na doutrina nacional. É com essa finalidade que, sem intenção de exaurir o tema, será estudado o fenômeno, partindo-se de sua evolução no tratamento dado pelos povos antigos até os dias de hoje.

Posteriormente, serão traçadas as balizas para o uso do sigilo, inclusive com as implicações referentes à entrada, no nosso ordenamento jurídico,

dos Tratados Internacionais com hierarquia constitucional.

O fenômeno da ação penal em segredo de justiça, mais à frente, merecerá tratamento em diversos enfoques, com ênfase para os sujeitos envolvidos, para o seu objeto e para a possível existência de um prazo máximo estipulado para a sua duração.

Por fim, as conseqüências do desrespeito à regra constitucional da publicidade (ou, de outra ótica, da equivocada imposição de sigilo na persecução penal) serão explicitadas.

1. Conceitos e categorias relevantes

1.1 *Sigilo, segredo e publicidade*

Muitos costumam utilizar os termos *sigilo* e *segredo* como sinônimos,¹ mas os vocábulos não se confundem.

De fato, o primeiro deriva do latim *sigillum*, “marca pequena, sinalzinho, selo”. Impera nele “a idéia de algo que *está sob selo*, ou *sinete*, o sigilo traduz,

1. Aurélio anota que *segredo* é “*Aquilo que não pode ser revelado; sigilo*” (*Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1.562). O Dec. 4.553, de 27.12.2002, que regulamenta o disposto no art. 23 da Lei 8.159/91 (a lei que “dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências”), dá, no seu art. 4.º, XVI, a seguinte definição: “XVI – sigilo: segredo; de conhecimento restrito a pessoas credenciadas; proteção contra revelação não-autorizada”.

com maior rigor, o *segredo* que não pode nem deve ser violado”.²

Do latim *secretum*, por sua vez, segredo “(secreto, guardado em segredo), exprime o que se tem em conhecimento particular, sob reserva, ou ocultamente. É o que não se deve, não se quer, ou não se pode revelar, para que não se torne público, ou conhecido”.³

A idéia do selo, da cera que se costumava estampar nas cartas antigamente, parece-nos definitiva para esclarecer a diferença: basta imaginar que o *segredo* é o conteúdo da correspondência e o *sigilo* é a maneira como o emitente garante a sua inviolabilidade.

Ao sigilo contrapõe-se a *publicidade*, que igualmente deriva da mesma língua-mãe. Diz-se que o termo é “formado de *público*, do latim *publicus*, de *publicare* (publicar, dar ao público, expor ao público)”.⁴ Assevera Plácido e Silva que “a publicidade, dentro de sua finalidade jurídica, pretende tornar a coisa ou o fato de conhecimento geral, isto é, para que todos possam saber ou conhecer o fato a que se refere”.⁵

1.2 *Sigilo interno e sigilo externo*

A doutrina formada sobre o tema usualmente aborda o sigilo sob dois aspectos: o *interno* e o *externo*.

2. DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 758.
3. Idem, p. 737.
4. Idem, p. 661-662.
5. Idem, p. 661.

Externo é aquele imposto a todos os que não são partes no processo nem funcionários do juízo e restringe o contato com os atos processuais penais somente aos atores da cena judiciária.⁶

É importante anotar que a definição corrente de sigilo externo identifica-se sem ressalvas com aquela feita para a publicidade restrita, tal como colocada pela maioria dos jurisperitos.

Com efeito, à publicidade interna, para as partes ou restrita, opõe-se a publicidade externa, geral, absoluta, ampla ou popular.⁷ Aquela, segundo José Frederico Marques, verifica-se quando “apenas as partes podem estar presentes aos atos realizados pelo juiz e auxiliares da justiça”,⁸ enquanto essa ocorre quando “todos os atos do processo são acessíveis às partes, e, ainda, ao público em geral”.⁹

Aborda-se esse aspecto porque, embora sempre repetida por doutrina de respeito,¹⁰ não nos parece adequada tal classificação.

Defato, se a ampla defesa é corolário do *due process of law*,¹¹ é por força dessa norma de garantia, e não pela eventual publicidade dos atos processuais, que os imputados tomam deles conhecimento e participam tanto da investigação quanto da instrução criminal (nessa, aliás, também e ainda mais por força da contraditoriedade que lhe é ínsita). Em outras palavras, mostra-se “redundante a designação de uma publicidade para as partes, posto não se considerar como válida situação outra que não a possibilidade de conhecimento para as partes daquilo que se passa em processo de seu interesse”.¹² O mesmo já havia intuído muito tempo antes de nós Vincenzo Manzini.¹³

Reveste-se o processo cujos atos só são acessíveis às partes e/ou seus

6. CONCAS, Luigi. *La garanzia penale del segreto istruttorio*. Milano: Giuffrè, 1963. p. 67.

7. FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Trad. Pietro L. Pietro Castro. Barcelona: Bosch, 1933. p. 73.

8. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000. v. 1, p. 72.

9. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 213.

10. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São

Paulo: RT, 2001. p. 50; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 72; MORAES, Maurício Zanoide. Motivação dos atos judiciais e da publicidade. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 1, p. 1.051.

11. Por todos: TUCCI, Rogério Lauria. *Op. cit.*, p. 174 e ss.

12. PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. *A publicidade no processo penal brasileiro: confronto com o direito à intimidade*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2000. p. 29. Ver também p. 272 e 274.

13. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Torino: Torinese, 1970. p. 46.

representantes, portanto, de *sigilo externo*, e não de publicidade *restrita, interna* etc.¹⁴

Quanto ao *sigilo interno*,¹⁵ também em face do princípio da ampla defesa, impossível sequer imaginar inquérito policial ou ação penal a que não tenham o imputado e/ou seu patrono acesso.¹⁶ Irrelevante o grau de publicidade existente nos autos: trata-se, antes disso, de imposição para que se possa formular uma devida resposta à imputação. Afirmam-no não só a doutrina pacífica¹⁷ como também a jurisprudência pátrias.¹⁸

14. O mesmo se aplica, por óbvio, ao inquérito policial.

15. Fala-se em *segretezza interna* na Itália (CONCAS, Luigi. Op. cit., p. 67) e em *segreto interno* na Espanha (GARCIA, José Cuenca. La revelación del secreto sumarial. *Revista de Derecho y Proceso Penal* 15/71-99, esp. p. 79, Navarra, 2006) quando, além da impossibilidade de qualquer do povo tomar conhecimento dos atos processuais, também as partes ficam tolhidas de fazê-lo.

16. Apenas em específicos e excepcionais casos em que é preciso adotar medidas cautelares é que, tecnicamente, se pode nele falar. Ainda assim, com relação apenas a algumas peças do inquérito ou processo, nunca ao seu todo, como se verá no momento oportuno (4.1.4, *infra*).

17. Como diz Maurício Zanoide de Moraes, é importante ressaltar que, “mesmo em sua figura excepcional e limitada por lei, jamais a publicidade poderá afetar ou de qualquer modo atingir o direito inalienável da parte e de seus

Conforme adiante se verá (item 3), aliás, o nosso ordenamento jurídico prevê a possibilidade de limitação ao número de pessoas (desinteressadas juridicamente no feito)¹⁹ que presenciam os atos processuais (e até, excepcionalmente, do imputado, mas, jamais, do advogado). Só

representantes terem conhecimento e acompanharem todos os atos processuais. Essa idéia indefectível, bem expressa nos dispositivos legais indicados, é o resultado de séculos de lutas (físicas, sociais, políticas, jurídicas e morais) para o fim dos ‘juízos secretos’ que tão bem caracterizaram a Inquisição e está sendo sempre repristinado pela humanidade nos regimes de exceção de matiz autoritário e despótico” (op. cit., p. 1.051. Entre outros, no mesmo sentido: PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. Op. cit., p. 192-196.

18. A partir do célebre julgamento do HC 82.354, 1.ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.08.2004, v.u., DJU 24.09.2004 (*Bol. IBCCrim*, n. 145, dez. 2004), o STF passou sistematicamente a garantir aos advogados o acesso aos autos do inquérito policial (o obstáculo, felizmente, não tem sido oposto aos defensores nos autos de ação penal!). O constrangimento decorrente dessa prática corriqueira é pela Corte Constitucional considerado tão grave, que ela tem vencido o óbice do verbete n. 691 de sua Súmula para deferir “liminares de liminares” para garantir o conhecimento dos autos pelos patronos. Dos mais recentes, vide os *Habeas Corpus* 88.520, 88.190, 87.827.

19. CARNELUTTI, Francesco. La pubblicità del processo penale. *Rivista di Diritto Processuale* 10/4, Padova: Cedam, 1955.

neste caso, a nosso ver, pode-se falar em uma *publicidade restrita*.

2. Percurso histórico

2.1 Do Egito Antigo à República Romana

Um estudo do desenvolvimento do processo penal nas sociedades politicamente organizadas revela, quanto à publicidade do julgamento, semelhanças entre o levado a cabo no Egito Antigo²⁰ e o dos hebreus:²¹ em ambos os casos, a instrução era pública. O momento em que o julgador (o sacerdote, para aqueles, e os juízes anciãos, para esses) tomava sua decisão, contudo, era secreto. Decidida a causa, proclamava-se publicamente a decisão.

Entre os gregos, revestia-se o processo de publicidade plena, em todas as

20. Nesse sentido, ver: ALMEIDA JR., João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. São Paulo, Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1, p. 17.

Há quem divirja quanto à publicidade do processo egípcio. Vittorio Mele afirma que nele “il principio dominante era quello della purificazione della colpa mediante l’espiazione, e tale poteva, nei casi di reati di particolare gravita, reggiungersi attraverso una procedura scritta e segreta, mediante la quale se accertava la prova della responsabilità del reo” (*Il segreto istruttorio*. Napoli: Jovene, 1959. p. 96). O autor chega a ver aí mesmo um embrião do sistema inquisitório (na mesma página).

21. Conferir: ALMEIDA JR., João Mendes de. Op. cit., p. 19-21.

suas fases.²² Também assim era no período da República Romana, no qual os tribunais denominados *questiones perpetuae* – compostos por um *quaestior* e pelos *judices jurati* – tinham todo o seu funcionamento, que se dava no *Forum, coram populo*.²³ Realizados os debates e produzidas as provas, o *quaestior* ordenava que os juízes se pronunciassem. “Nos primeiros tempos, os votos eram dados de viva-voz; mais tarde, permitiu-se ao acusado escolher entre a votação de viva-voz e o escrutínio secreto”, como adverte João Mendes.²⁴

2.2 Do Império Romano à Idade Moderna

Com a ascensão do Império Romano, o sigilo tomou força. A cada

22. Idem, p. 22-25.

23. Idem, p. 31.

24. ALMEIDA JR. Op. cit., p. 35. Luigi Ferrajoli acentua, entretanto, que a publicidade e a oralidade “não excluía o segredo e a escritura na fase do processo que hoje chamamos de providências preliminares e policiais: como testemunham as célebres orações de Cícero contra Verres, até mesmo na *inquisitio* privada o *civis* acusador era dotado pela *lex* do pretor de poderes instrutórios que podia exercitar em segredo até a *delatio nominis*, isto é, até a formulação da acusação e sua comunicação ao acusado: e a *delatio*, se nos delitos privados devia ser feita imediatamente, nos públicos podia ser remetida aos termos da instrução preliminar (...)” (*Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 549, nota de rodapé n. 325).

vez maior concentração de poderes jurisdicionais em torno do imperador terminou por impor a adoção de processos documentados por escrito e a previsão de recursos para que, sobre os graus inferiores da hierarquia que se formou, pudesse ele ter controle.²⁵ Foi nessa atmosfera que, com a substituição das *quaestiones perpetuae* por juizes permanentes, a sala de audiências (*secretarium*) começou a ser fechada por uma cortina (*velum*), que só era levantada quando se desejava dar publicidade ao processo.²⁶

Há notícia de que nesse regime, no tempo de Constantino – já iniciado o paulatino esfacelamento do Império –, eram freqüentes as práticas de corrupção e abusos na administração da justiça. Previu-se, assim, como meio de garantir a preservação do interesse das partes, que se desse novamente ampla publicidade às causas criminais e cíveis, além do estímulo às acusações contra as autoridades corruptas.²⁷

No período medieval que se seguiu, como enfatiza Ferrajoli, desapareceu por completo a publicidade, não só na experiência inquisitória, “mas ainda mais na acusatória, rigidamente caracterizada, exceto na Inglaterra,

pelo segredo e pela escritura, tanto da acusação, como das provas”.²⁸

Já no século XIII, o papa Inocêncio III, sob pena de excomunhão, determinou, por uma Decretal, que as diligências se fizessem em segredo, tendo sido definitivamente instituída a instrução secreta.²⁹ A assunção do segredo como verdadeira condição formal do processo causou tamanha desconfiança nos “jurisdicionados” que as sentenças criminais proferidas nessa situação sempre poderiam ser retratadas por seus prolores.³⁰

Tinha início, aí, a Inquisição, cujas características, no aspecto que nos interessa, são facilmente captadas na seguinte passagem do *Directorium Inquisitorium*, o famoso *Manual dos inquisidores*, redigido em 1376 por Nicolau Eymerich: “Vamos esclarecer logo que, nas questões de fé, o procedimento deve ser sumário, simples, sem complicações e tumultos, nem ostentação de advogados e juizes. Não se pode mostrar os autos de acusação ao acusado, nem discuti-los”.³¹

25. ALMEIDA JR., João Mendes de. Op. cit., p. 38-51.

26. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 492.

27. CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 1996. p. 147-161.

28. Op. cit., p. 492.

29. ALMEIDA JR., João Mendes de. Op. cit., p. 226.

30. Idem, p. 80.

31. *Manual dos inquisidores*. 2. ed. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 110. Entende Pedro Marcelo Pasche de Campos que o sigilo foi o elemento mais importante da atividade inquisitorial, porque tanto em relação aos assuntos referentes à administração,

Contra os abusos e arbitrariedades ocorridos durante esse período levantou-se o pensamento iluminista, consagrado na célebre passagem de Mirabeau, que, perante a Assembléia Nacional instalada na Revolução Francesa, desabafou: “Dê-me o juiz que quiser: parcial, corrupto, até mesmo meu inimigo, se quiser, pouco me importa;

quanto aos concernentes ao processo e ao estado do cárcere, foi, além de meio de esconder as atrocidades cometidas, forma de manter um manto de obscuridade, de manter, assim, uma aura que reforçasse o “medo do desconhecido” (A violência oculta: uma análise da importância do segredo no processo inquisitorial. *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 2, fasc. 3, p. 167-172, 1997). Lembra o autor, ao fim, que “após cada sessão de interrogatório ou de tormentos – e também no ato de entrada no cárcere ou de sua libertação, o réu era obrigado a jurar segredo sobre tudo o que vira/ouvira/presenciara dentro do *secreto* (como era sugestivamente chamado o prédio onde se localizavam os cárceres inquisitoriais). A quebra desta regra – o que não raro acontecia –, se chegada ao conhecimento do Santo Ofício, era punida como sendo obstaculização à ação do Tribunal, podendo o réu voltar ao cárcere por causa disto, sofrendo processo e novamente saindo em auto. Dessa forma, ao impôr o silêncio e esquecimento, o Santo Ofício revitalizava a aura de terror e mistério que o envolvia, reafirmando cada vez mais sua posição no seio da sociedade” (p. 171).

conquanto que ele nada possa fazer a não ser em face do público”.³²

2.3 Conseqüências da evolução histórica: a dicotomia “publicidade versus sigilo”

Como se viu, ao longo da história, em linhas gerais, os ordenamentos jurídicos ora apresentaram feição pública de forma ampla (como na Grécia Antiga e na República Romana), ora de forma mitigada (como entre os egípcios e os hebreus), ora de forma praticamente inexistente, como nos períodos do Império Romano, da Idade Média e da Idade Moderna, este mais intensamente marcado pela Inquisição.

A unanimidade dos autores estudiosos do tema, após uma análise sobre a evolução histórica, identifica que os abusos praticados nos julgamentos tenderam a se avolumar nos períodos em que tudo ocorria a portas fechadas. Não por acaso, identificam-se tais características nos regimes de cariz autoritário e despótico.

Já no Império Romano apercebeu-se Constantino dos malefícios do segredo para a administração da justiça e, em uma passagem já aqui lembrada, tentou resolver os incontáveis casos de corrupção tornando novamente público o processo, de maneira a per-

32. MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: Ediar, 1945. p. 185. Apud MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 71.

mitir o controle externo dos atos judiciais pela população.

Entre outras não menos enfáticas assertivas sobre essa dicotomia, afirmou Bentham:

“Quanto mais os tribunais são secretos, mais são odiosos [já que] inocência e segredo não andam juntos; e quem se esconde já parece meio culpado. Por que esse princípio, que os juizes adotam contra os delinqüentes, não deveria jamais valer também para eles? A sua conduta não representa a mesma aparência da criminalidade? Se fossem inocentes, teriam eles talvez pavor de parecer como tal? Se não tivessem nada a temer perante o olhar público, por que então se isolariam em uma cerca tenebrosa? Por que fariam dos palácios da justiça cavernas tão secretas quanto as dos ladrões? E se forem feitas insinuações injustas, podem eles se lamentar?”.³³

33. BENTHAM, Jeremy. *Traité des preuves judiciaires*. Paris: Rey et Gravier, 1830. v. 2, p. 277-278. Apud FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 493.

Sucedeu, no STF, julgamento de recurso em mandado de segurança impetrado por dois pesquisadores que visavam obter, para viabilizar a redação de um livro, cópias das fitas do Superior Tribunal Militar que contêm o registro das sustentações orais feitas por diversos advogados de renome no período da ditadura militar. Ao Min. Maurício Corrêa, que negava provimento, exclamou em determinado momento o Min. Marco Aurélio, bem ao estilo de Bentham: “Por que não

Considerada a publicidade por Ferrajoli – ao lado da *oralidade*, da *ritualização dos procedimentos* e da *motivação* – uma *garantia das garantias* ou *garantia de segundo grau*, entende o jurista italiano que sem ela não se poderia exercer nem controle interno, nem controle externo sobre a atividade judiciária e tampouco poderia ser verificado o respeito às *garantias primárias*, quais sejam, a da *contestação da acusação*, do *ônus da prova* e do *contraditório com a defesa*.³⁴

De fato, salienta Rogério Lauria Tucci que o instituto em estudo se presta tanto para garantir ao interessado que o procedimento será realizado de forma escoreita quanto para que, sobre a atuação dos órgãos judiciais, possa a sociedade formar opinião.³⁵

Flávia Rahal vai ainda mais longe. Para a autora, a publicidade serve, no processo penal, “a propósitos diferentes, destinados a sujeitos distintos: (a) garantir *ao povo* acesso ao funcionamento da Justiça; (b) proteger *o magistrado* contra insinuações maldosas; (c) garantir *ao acusado* um julgamento justo”.³⁶

abrir, Excelência? O que temos para esconder?”. O recurso foi provido por maioria, vencido apenas o magistrado questionado (Pleno, RMS 23.036, rel. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, j. 28.03.2006, v.m., DJU 25.08.2006).

34. Op. cit., p. 492.

35. Op. cit., p. 211.

36. Op. cit., p. 33.

A questão não pode, a nosso ver, ser analisada senão do ponto de vista de todos os envolvidos no fenômeno: a sociedade, o Estado, personificado na pessoa dos diversos atores da cena judiciária (magistrados, promotores, advogados, funcionários etc. – todos sujeitos a “insinuações maldosas”), e o indivíduo sujeito à *persecutio criminis*.

Apesar de seus inegáveis – e historicamente comprovados – benefícios, tem a publicidade seus pontos negativos.³⁷ Daí a necessidade de se prever as exceções ao referido princípio, exceções que se materializam em processos encobertos pelo sigilo e que, por se consubstanciarem em restrições a garantia fundamental, devem sempre ser aplicadas de forma diminuta, como *ultima ratio*.³⁸

Convém, portanto, conhecermos, partindo de um contexto histórico até chegar à atualidade, a opção do legislador nacional sobre o tema. Mas não sem antes enfatizar que, mesmo se consubstanciando na exceção, pode o sigilo, por suas características e em determinados casos, como se verá,

também ser considerado uma *garantia de segundo grau* (para fazer uso da conceituação preconizada por Ferrajoli), já que voltado à proteção de direitos fundamentais do interessado.

2.4 Brasil e Tratados Internacionais

De cariz nitidamente iluminista – influenciada que foi pela Revolução Francesa –, a Constituição do Império, promulgada em 25 de março de 1824, foi o primeiro texto constitucional³⁹ a consagrar, ainda que restrito ao âmbito processual penal, o princípio da publicidade dos atos jurisdicionais: “Art. 159. Nas Causas crimes a Inquirição das Testemunhas, e todos os mais actos do Processo, depois da pronuncia, serão publicos desde já”.

A regra foi respeitada pelo Código de Processo Criminal de Primeira Instância, promulgado em 1832 (art. 59 – audiências a “portas abertas”, e art. 288 – publicidade sem previsão de restrição nas sessões do Júri; votação, contudo, secreta, tal como hoje), e pelo Decreto de 3 de janeiro de 1833, que determinou que todos os despachos

37. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1974 (reimpressão 2004). p. 224; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. Op. cit., p. 270 e ss.

38. SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990. p. 189 e ss.; PINTO, Ricardo Leite. Direito de informação e segredo de justiça no direito português. *Revista da Ordem dos Advogados* 51/509-523, esp. p. 521, Lisboa, jul. 1991.

39. Discordamos, assim, daqueles que afirmam ter o referido princípio alcançado em terras tupiniquins *status* de norma constitucional apenas em 1988 (entre outros autores de escol: TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 216, que é repetido por: PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. Op. cit., p. 83; SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo penal...* cit., p. 71).

dos desembargadores seriam proferidos em sessões públicas (n. 4).⁴⁰

A Constituição Republicana, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, não fez qualquer menção à matéria. Pelo contrário, delegou aos Estados, em homenagem ao princípio federativo, a disciplina das normas atinentes ao processo, salvo no âmbito da Justiça Federal (art. 34, n. 23 c.c. o art. 65, n. 2).⁴¹

40. Para uma incursão profunda sobre a legislação imperial, ver: PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. *Op. cit.*, p. 43-56.

41. Entre as normas processuais elaboradas naquele período, destaca-se o Código de Processo Criminal da Parahyba do Norte, que, além de prever publicidade restrita para a investigação, o processo e o julgamento dos menores de 14 anos (art. 159, § 4.º), fixou, para as audiências, a regra geral da publicidade. As possibilidades de restrição (art. 578) são quase idênticas às previstas pelo nosso Código atual. Diplomas como os de Sergipe, Distrito Federal e Maranhão, bem como a Consolidação de Pernambuco, seguiram, em linhas básicas, a mesma toada. Outros, como os da Bahia e de Minas Gerais, além de preverem a regra geral da publicidade das audiências com semelhantes exceções, determinavam que a primeira fase – a da formação da culpa –, estando foragido o acusado ou, se citado, não comparecesse, correria em segredo de justiça.

É interessante notar que alguns entes federados, como o Rio Grande do Norte e o Distrito Federal (este, antes da promulgação do Código), não impunham o seu sigilo como regra. Na capital, aliás, a regra, mesmo para essa fase investigativa, era a publicidade. O

Com a Constituição de 1934 (art. 5.º, XIX, a), retomou a União a competência para legislar em matéria processual com exclusividade. De lá para cá, à exceção da Carta de 1988, todos os textos constitucionais (1946, 1967 e a Emenda de 1969) silenciaram sobre a publicidade dos atos processuais. Vige entre nós, assim, desde 1941, ao lado das regras específicas para os processos no âmbito civil (CPC, arts. 155, parágrafo único, e 444), do trabalho (CLT, art. 770) e do processo penal militar (CPPM, art. 387),⁴² a norma inscrita no art. 792 do CPP

Prevista também como regra, entre outros diplomas internacionais,⁴³ pela

segredo de justiça, excepcional, só poderia ser imposto por despacho “quando a exigência do caso determine” (art. 51 da Consolidação de Leis de Processo Criminal de 1919) (PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. *Op. cit.*, p. 62-70).

42. O Código de Processo Penal Militar contém dispositivos semelhantes àqueles encontrados em alguns Códigos de Processo dos Estados, no período de vigência da Constituição de 1891: os arts. 434 e 496, g, prevêm que as deliberações do Conselho de Justiça e do Tribunal serão secretas; pública, porém, sua proclamação. O n. 6 do art. 535, que prevê o julgamento secreto da apelação quando o réu estiver solto, é inconstitucional por afrontar abertamente a Constituição Federal, notadamente seus arts. 5.º, LX, e 93, IX.

43. Exatamente na tendência de internacionalização dos direitos fundamentais iniciada no pós-Segunda Guerra Mundial pela Carta das Nações Uni-

Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 10), pela Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (art. 6.º, 1), pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, 1) e pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, art. 8.º, 5), os dois últimos, a propósito, vigentes no nosso ordenamento jurídico desde 1992, a matéria foi expressamente mais uma vez impregnada – e, dessa feita, de forma ampla – de *status constitucional*. A respeito, basta atentar para os arts. 5.º, LX; 93, IX, da CF.

Em dezembro de 2004, foi promulgada a EC 45, a chamada “Reforma do Judiciário”. O texto do art. 5.º, LX, permaneceu intacto, mas o do art. 93, IX, foi expressivamente alterado. Sua nova redação será criticada no momento oportuno.

3. Balizas constitucionais

3.1 Art. 5.º, LX

Tracemos os limites da imposição constitucional.

Segundo o art. 5.º, LX, só a *lei* (i) poderá restringir a publicidade dos *atos processuais* (ii) quando a defesa da

das e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem. Sobre o tema, ver: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 139 e ss.

intimidade (iii.1) ou o *interesse social* (iii.2) o exigirem.

Longe de pretendermos entrar no debate acerca da definição do que venha a ser *ato processual* (ii), é de se admiti-lo como “toda conduta dos sujeitos do processo que tenha por efeito a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais”.⁴⁴ É sobre uma ou várias dessas condutas que ocorrem no curso do processo que incidirá o sigilo.

3.1.1 Reserva absoluta de lei

Como se vê, consagrou o inc. LX expressamente a *reserva absoluta de lei* (i); fica excluída, por conseguinte, a disciplina da matéria por qualquer outra fonte infralegal.⁴⁵ Cabe à União, destarte, caso queira alterar a legislação vigente, discipliná-la, nos termos do art. 22, I, da CF.

Nessa medida, pode-se dizer desde já que é formalmente inconstitucional a Resolução do Conselho da Justiça Federal 507, de 31.05.2006, que “estabelece diretrizes para o tratamento de processos e investigações sigilosas ou que tramitem em segredo de justiça, no

44. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 331.

45. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 423-424; CANTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 793-805.

âmbito da Justiça Federal de 1.º e 2.º graus”, já que prevê regras sobre a divulgação ou não de determinados atos processuais.⁴⁶

Há, sobre a previsão, dois problemas: o primeiro diz respeito à *compatibilidade* dos tratados internacionais supramencionados com o texto da Carta, e o segundo, ao *preenchimento* da reserva de lei.

De fato, os Pactos vigentes no País prevêm como regra a publicidade e, como exceções, hipóteses que, considerada a amplitude do que se pode entender como *interesse social e intimidade*, não conflitam com a nossa Carta. O problema reside em, nos Tratados, não se exigir, para que se excetue a regra, *reserva de lei*.

Como ingressam no nosso ordenamento com hierarquia constitucional,⁴⁷ e como a mencionada reserva é

medida que assegura com maior eficácia a garantia da publicidade dos atos processuais, parece-nos que, *apenas no que diz respeito à não-exigência de integração por lei ordinária*, por estarem em conflito com cláusula pétrea (art. 60, § 4.º, IV, CF), não estão adequados ao nosso ordenamento os mencionados dispositivos internacionais. Assim, vigem, por aqui, com a nota de que as ressalvas neles previstas – que, de resto, repita-se, são contidas nos termos mais amplos da Constituição – só podem ser

rel. Min. Celso de Mello, j. 23.11.1995, m.v., DJU 01.08.2003), quanto o STJ (HC 49.004/PR, 5.ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 02.02.2006, v.u., DJU 06.03.2006), ao apreciarem o tema, firmaram posicionamento em favor da quarta corrente. Não nos parece essa, entretanto, a melhor posição. Erigido a pilar fundamental do nosso Estado o cânone da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF), à disposição do § 2.º, do art. 5.º, há que se conferir a maior concretude possível. Qualquer tratado internacional que passe a integrar o nosso ordenamento jurídico, assim, o faz com hierarquia constitucional (nesse sentido: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos... cit.*, p. 93-94).

E nossa posição não se alterou com a entrada em vigor da EC 45. Na mesma linha: PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988*. Bol. IBCCrim, ano 13, n. 153, p. 8-9, São Paulo, ago. 2005; GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 25.

46. A propósito, o STF declarou, por ofensiva ao art. 22, I, da CF, norma similar prevista no Regimento Interno do TJDF (Pleno, ADIn 2.970, rel. Min. Ellen Gracie, j. 20.04.2006, v.u., DJU 12.05.2006).

47. Sobre o polêmico tema, quatro são as correntes. Os tratados teriam: 1. hierarquia supraconstitucional; 2. hierarquia constitucional; 3. hierarquia intermediária: infraconstitucional, mas supralegal – esta defendida recentemente pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466.343, pelo Pleno do STF, ainda em andamento, noticiado no *Informativo* 449; e 4. hierarquia equiparada à de lei ordinária. Tanto o STF (HC 72.131/RJ, Pleno,

instituídas, por força do art. 5.º, LX, da Carta, por lei.

Se se adotar a posição de que entram no nosso ordenamento com hierarquia de lei ordinária – como ainda faz nossa jurisprudência –, nada mais fizeram os Tratados, nesse ponto específico, na medida em que se tornaram *literalmente* a lei a cuidar do tema, que integrar os dispositivos constitucionais. E, nessa medida, estaria até prejudicada a discussão acerca do segundo problema levantado, e que passa a ser a seguir tratado.

No Código de Processo Penal, existe apenas o art. 792 a tratar das hipóteses de atos processuais em que *possam estar presentes as pessoas*. Diz respeito, portanto, ao interrogatório, às audiências, às sessões dos Tribunais etc., mas deixa de lado o importantíssimo aspecto do acesso aos autos. Afinal, com base nesse dispositivo, pode o juiz impedir que qualquer pessoa manuseie o processo? Que tenha acesso às decisões, à sentença, ou mesmo ao acórdão? A nosso ver, não.

Não obstante a maciça doutrina e a prática judiciária extraíam dele a possibilidade de imposição do chamado “segredo de justiça”, entendemos que não se pode nele ler o que não está escrito, tendo em vista que estamos a tratar da exceção a uma garantia constitucional e que, ademais, só pode ser restringida, de acordo com o próprio texto maior (daí a reserva absoluta), por lei. Redobrada, assim, a importância do que dispõe o texto ordinário.

A solução *parcial* do problema é encontrada na conjugação do art. 3.º do CPP com os dispositivos do Código de Processo Civil e de outros diplomas ordinários. Com base nessa analogia expressamente permitida, preenche-se a maioria das lacunas deixadas pelo legislador no campo em estudo.⁴⁸

3.1.2 Intimidade

A primeira das exceções, antes da CF de 1988, inédita, é a intimidade (iii.1), direito da personalidade que é consequência imediata da consagração, entre nós, da dignidade da pessoa humana como princípio fundante da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III, CF).

Como é inerente à sua natureza, a “intimidade” contrapõe-se à ‘publicidade’, como a ‘vida particular’, ou ‘vida privada’ se contrapõe à ‘vida pública’, à ‘vida do mundo’. Intimidade é a faculdade ou direito que tem o indivíduo de recolher-se a seu mundo, nele agindo com absoluta liberdade, protegido de todo tipo de indiscrição, que tente surpreendê-lo, nesse *status* de concentração total. É o *direito de estar só* ou em companhia de pessoas escolhidas, que partilhem de seu mundo”.⁴⁹

No nosso ordenamento, o art. 5.º, X, da CF a consagra como direito fun-

48. Também nesse sentido: PEREIRA, Flávia Rahal. Op. cit., p. 278-279.

49. CRETILLA JR., José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. v. 1, p. 547.

damental intocável, já que é, nos termos do seu art. 60, § 4.º, IV, cláusula pétrea.

Vem ela protegida, ademais, apenas para mencionar dispositivos daquela hierarquia, por normas referentes à inviolabilidade do domicílio (art. 5.º, XIII), da correspondência, das demais formas de comunicação e dos dados (art. 5.º, XII).⁵⁰

Sustenta Flávia Rahal que, quando a Constituição previu a intimidade como exceção à regra da publicidade, o fez visando não só essa esfera de proteção do indivíduo, mas também a da vida privada e, além desta, a defesa da honra e da imagem dos envolvidos no processo.⁵¹ Identifica-se aí aquela já antecipada (1.2 *supra*) nota de *garantia individual, garantia processual de segundo grau*, de que, em alguns casos, pode-se revestir o sigilo.

3.1.3 Interesse social

Essa segunda hipótese de exceção à regra geral tem cunho coletivo – diferentemente do cariz individual de que se reveste a exceção protetiva da *intimidade* acima trabalhada – e delimitação conceitual difícil de realizar.

50. Como lembra Cleunice Pitombo, tanto o Pacto de São José da Costa Rica (no seu art. 11, n. 2), quanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (arts. 12 e 17) protegem a privacidade, a honra e a reputação (Considerações sobre a tutela da intimidade e vida privada no processo penal. *RBC-Crim*, São Paulo: RT, n. 26, p. 59-79, abr.-jun. 1999, p. 61-62).

51. *Op. cit.*, p. 138.

Objetivamente, pode-se dizer que é de *interesse social* aquilo que diz respeito ao bem comum, a todos da sociedade. Identifica-se, assim, tanto com a proteção dos direitos individuais quanto com a efetividade da persecução penal, dois objetivos usualmente em contraposição no dia-a-dia da repressão ao crime.

Após fazer um alongado estudo da terminologia nos mais diversos âmbitos do direito, Flávia Rahal acaba por concluir que os conceitos de *interesse social* e *interesse público* (este, gênero do qual aquele é espécie, segundo lição de Pontes de Miranda), “além de genéricos e vagos, são usados de forma indiscriminada, ficando a critério do aplicador do direito sua interpretação”.⁵²

52. *Idem*, p. 136.

Nosso legislador nos brindou recentemente com outro claro exemplo da confusão existente na utilização dos termos: as Leis 9.868/99 e 11.417/2006. A primeira, que regulamenta a ADIn e a ADECon, prevê a possibilidade de o STF, por maioria de dois terços de seus membros, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, regular os efeitos de sua decisão no tempo (art. 27). Já a segunda, que regulamenta a “súmula vinculante”, prevê que aquela Corte, pelo mesmo *quorum*, possa da mesma forma regular os efeitos da adoção da súmula no tempo, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público” (art. 4.º). Os textos são idênticos, dirigem-se ao mesmo Tribunal, exigem o mesmo *quorum* e prevêem a mesma possibilidade de disposição sobre o resultado do julgamento. A in-

Melhor assim, a nosso ver. A seara é tão recheada de hipóteses que é literalmente impossível estabelecer, com a rigidez desejável no que diz respeito à limitação de direitos fundamentais, situações taxativas em que se possa excepcionar a regra da publicidade. E tanto é que qualquer norma que se encontre sobre o tema é de vagueza semelhante.

É nesse sentido que também se posiciona Roberto José Ferreira de Almada, para quem, “assim como a aplicação dos princípios não é absoluta e se sujeita às possibilidades fáticas e jurídicas das circunstâncias concretas, assim também as hipóteses de restrição ao princípio da publicidade não se revelam invariáveis e incondicionadas, sendo-lhes impossível a generalização”.⁵³

Isso, contudo, não significa passar uma “carta branca” para que o legislador e a autoridade competente para determinar o sigilo decidam com total arbítrio as situações de cabimento: como veremos (3.3, *infra*), a Constituição nitidamente optou por impor ao aplicador do direito o uso do princípio da proporcionalidade, que traz maior segurança à operação a ser realizada caso a caso.

dicação, em um, do “interesse social”, e no outro, do “interesse público”, destarte, revela estar inequivocamente correta a conclusão a que chegou Flávia Rahal.

53. *A garantia processual da publicidade*. São Paulo: RT, 2005. p. 99.

3.2 Art. 93, IX

Com a redação que lhe foi dada pela EC 45, parece-nos inconstitucional o dispositivo.

O *direito público à informação*, nele colocado em contraposição ao *direito à intimidade*, a nosso ver, diz respeito à divulgação dos atos do processo pela *mass media*, matéria regida expressamente pelo art. 220 da Carta. Diz esta norma, contudo, que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. E completa seu § 1.º: “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV”.

A liberdade de informação jornalística, portanto, de acordo com o Constituinte originário, tem como limite, entre outros, o art. 5.º, X, da CF, exatamente aquele que considera inviolável a intimidade.

O texto atual do art. 93, IX, da forma como posto, faz preponderar sobre esse direito da personalidade o da imprensa. Em outras palavras, por mais íntima que seja a questão em debate no processo, se, pela vaga cláusula desse dispositivo, entender-se que há interesse público na divulgação de notícias sobre o julgamento, não poderá o magistrado tornar a publicidade restrita a algumas pessoas.

Não é necessária muita criatividade para imaginar uma das atrocidades que poderia ocorrer se levado a cabo o novo mandamento: acompanhamento, gravação e divulgação, por exemplo, da oitiva de vítima de crime sexual, típica situação em que a intimidade é colocada em jogo.

Como se vê, a norma posta pelo Constituinte derivado bate de frente com aquela prevista desde 1988. Como permite, uma vez preenchida a reserva de lei, a violação de direito fundamental previsto como cláusula pétrea (art. 5.º, X, c.c. o art. 60, § 4.º, IV, da CF), é materialmente inconstitucional o dispositivo tal como redigido após a Reforma do Judiciário.

No caso concreto, portanto, com a finalidade de proteger a intimidade do interessado, deve o magistrado, pela via incidental, enquanto a questão não for submetida ao STF, declarar a inconstitucionalidade do dispositivo. Assim procedendo, pode considerar que ainda é válida a previsão anterior, que permite que se excepcione a regra geral quando o *interesse público* – que é, substancialmente, identificável com o *interesse social* – ou quando aquele direito da personalidade o exigirem.

3.3 Princípio da proporcionalidade

No que diz respeito à publicidade/sigilo dos atos processuais, o constituinte nitidamente previu uma ponderação de interesses. Exemplos não faltam: decretado o segredo de justiça em um caso de estupro e havendo pesada suspeita so-

bre a retidão com que venha a ser tocado o processo pelo magistrado, o que fazer? Estão em jogo aí o direito da sociedade a um julgamento escorreito e o direito à honra e à imagem do juiz, ambos interesses sociais em contraposição com o direito à intimidade da vítima.

Imagine-se, por outro lado, caso de homicídio rumorosíssimo, daqueles noticiados diuturnamente pela imprensa. Em face da publicidade do processo, notou o juiz que, a despeito de haver réu preso, o andamento do feito estava sendo constantemente atrasado em razão dos inúmeros pedidos de cópia pelos jornalistas, e decretou o sigilo. Está em jogo aí o interesse social de proporcionar um julgamento célere, interesse que também é (e em maior intensidade, por óbvio) do acusado, já que está cautelarmente preso. Em antagonismo, encontra-se o direito à liberdade de informação e de comunicação que socorre aos jornalistas e à própria sociedade (interesse social).

Ainda no caso do homicídio exemplificado, poderia o magistrado, por causa das constantes matérias incriminatórias divulgadas contra o réu, ter determinado o sigilo para garantir que a população – da qual saem os jurados – não seja influenciada e, assim, garanta-se ao acusado um julgamento imparcial (em contraposição, mais uma vez, dois interesses sociais: a justiça do julgamento e a liberdade de informação).

Em qualquer dos exemplos, afinal, seria *proporcional* a medida imposta? É

essa a equação prevista pela Constituição: em cada caso, deve haver a ponderação dos interesses envolvidos para que, hipótese por hipótese, seja verificada a necessidade de se permitir ou impedir o acesso aos atos processuais.

O princípio da proporcionalidade, que decorre da cláusula que garante o *devido processo legal*,⁵⁴ importante anotar, só pode ser aplicado se presentes, concomitantemente, os seus pressupostos (*legalidade e justificação teleológica*) e subprincípios autorizadores (*adequação; necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito*).

Pressupõe-se a *legalidade* porque dela não se pode desapegar aquele que pretende transigir com direitos fundamentais (e, no caso em tela, a Constituição expressamente impõe reserva absoluta de lei, como já se disse); pressupõe-se a *justificação teleológica* porque a finalidade da aplicação do princípio deve buscar raiz na Constituição Federal; ignorá-lo poderia implicar a sua utilização com afronta aos valores fundamentais do Estado.

Adequada é a medida idônea para o fim perseguido; *necessária* (melhor dizer “só quando estritamente necessária”, intervenção mínima, subsidiariedade) é aquela que, apta a alcançar a finalidade, é a menos gravosa; e *propor-*

cional em sentido estrito é a solução encontrada após a ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto.⁵⁵

Resumida em breves linhas a tese, verifica-se que a ela se aplica como uma mão à luva o tema aqui tratado: para a garantia da *intimidade* do acusado ou do *interesse social* (valores previstos na Constituição Federal e, portanto, preenchedores dos pressupostos) no âmbito processual, é sempre *adequado* (porque apto) o decreto de sigilo dos autos (que está previsto *legalmente*). Restará ao magistrado saber se ele, em face das diversas medidas que podem ser tomadas, é *necessário*, ou seja, é o *menos gravoso* e, preenchido esse subprincípio, verificar, caso a caso, a *proporcionalidade em sentido estrito* entre os interesses concretamente opostos.

4. Sigilo no processo criminal: o segredo de justiça

Costuma-se dizer que o processo revestido de sigilo está em “segredo de justiça”, mas a terminologia não está assim prevista no Código de Processo Penal. Além de emergir de nossa praxe, o processo ao qual só têm acesso as partes, seus representantes, o *custos legis* e o juiz (bem como seus funcionários, por óbvio) é assim nomeado de maneira indireta pela Consolidação das Leis do Trabalho (art. 781, parágrafo

54. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 17 e 125.

55. Por todos, sobre o tema: SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. Op. cit. No Brasil: SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. RT 798/23-50, São Paulo: RT, 2002.

fo único) e expressamente pelo Código de Processo Civil (art. 155, *caput*). Na seqüência, analisam-se os elementos mais importantes do tema.

4.1 Sujeitos

4.1.1 Quem pode requerer a decretação/revogação do sigilo?

Segundo o § 1.º do art. 792 do CPP, “(...) o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de *ofício* ou a requerimento da *parte* ou do *Ministério Público*, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas (...)” – itálicos nossos.

Além deles, poderia a vítima, uma testemunha ou mesmo alguém que não participou do processo, mas é nele referido de modo a ter devassada sua intimidade, também solicitar a providência? Entendemos que sim. E a permissão vai além, estendendo-se eventualmente aos familiares do particular interessado.⁵⁶

Quando a Constituição Federal tratou do tema, deixou em aberto, resguardadas as limitações previstas, as exceções. Não poderão ser sigilosos os atos judiciais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, e só. Não é a intimidade dessa ou daquela pessoa que permite o afastamento da regra geral, e tampouco o interesse social pode ser identificado, como já se falou (3.1.3, *supra*), com objetivos específicos da acusação ou da defesa.

56. No mesmo sentido, ver: CRETELLA JR., José. Op. cit., p. 550.

Nessa medida, *todo interessado* pode solicitar o segredo de justiça para resguardar direito fundamental seu, seja antes, seja durante sua oitiva (para quem for ouvido), ou depois, caso venha a entender necessária a providência. Ainda que não sejam esses *terceiros* legitimados a fazê-lo pelo art. 792 do CPP, o fato de sempre poder requerer o sigilo o *custos legis* e de sempre poder determiná-lo *ex officio* o magistrado afasta, definitivamente, a possibilidade de se fechar os olhos para a alegada ofensa.

Por outro lado, podem também os envolvidos mencionados zelar pela regra da publicidade. Em outras palavras, qualquer um deles – e, nesse caso, inclusive *qualquer do povo* como simples interessado em acompanhar a atividade jurisdicional, por exemplo – pode, demonstrando não estar presente uma das exceções constitucionais, requerer seja levantado o manto do sigilo. Sobre esse aspecto, enquanto constitucionalmente incumbido do dever de proteger a ordem jurídica e democrática (art. 127), ainda que não seja possível que qualquer pessoa postule diretamente nos autos,⁵⁷ cabe ao Ministério Público, provocado, acolher o pleito e formulá-lo ao juiz ou, caso entenda incabível, respon-

57. Primeiro, por não ser *parte* nem interessado juridicamente na questão de fundo discutida nos autos e, segundo, por não possuir capacidade postulatória (art. 1.º, I, Lei 8.906/94).

der *fundamentadamente* ao requerente porque não ratificou sua intenção.⁵⁸

É essa a posição que, a nosso ver, dá maior concretude à regra geral imposta pela Constituição.

4.1.2 Quem pode decretar o sigilo?

Importante fixar a quem compete decidir sobre a providência excepcional, na medida em que diversos direitos – no mais das vezes, fundamentais – devem ser ponderados.

Não é preciso ir longe: se entendemos que uma ampla gama de pessoas poderia requerer a decretação do sigilo (4.1.1, *supra*), não podemos esquecer que estamos falando de um pedido excepcional, de um pedido que, se acolhido, afastará uma garantia constitucional das mais importantes. É claro que é imperioso, enfim, que quem vá decidir o faça com parcimônia e cautela, de maneira a privilegiar a coexistência entre a efetividade da persecução penal e os direitos fundamentais.

Irretocável, assim, a opção do legislador em deixar ao arbítrio *exclusivo* do Poder Judiciário (o art. 792 diz “juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma”) a decisão no curso do processo. Cabe, em homenagem ao princípio do juiz natural (art. 5.º, LIII), ao magistrado *competente* decidir *fundamentadamente* (art. 93, IX, da CF) sobre o afastamento ou não da publicidade.

José Cretella Jr., estudando o assunto, afirma que a “restrição à publi-

cidade dos atos processuais, fundada no interesse social, tem por titular único o Estado, ao passo que a mesma restrição, fundada agora na defesa da intimidade, tem como titular o particular e sua família”. Posteriormente, conclui o constitucionalista: “O ‘juiz da restrição’, quando se trata da *defesa da intimidade*, é o cidadão; o ‘juiz da restrição’, quando se trata do *interesse social*, na segunda hipótese, é o Estado”.⁵⁹

Dessa afirmativa, surge uma importante indagação: se o sigilo foi determinado para a defesa da intimidade de alguém que expressamente requeira a publicidade dos autos (imaginem-se o acusado que junta sua declaração do imposto de renda e afirma não ser necessária a imposição de sigilo sobre esses documentos), de modo a abrir mão dessa decorrência do *direito de estar só*, pode o juiz ainda assim manter a restrição? Parece que não.

É da natureza da intimidade a possibilidade de seu titular reparti-la (apenas) com aqueles que bem entender; daí, inclusive, vem o dever de reserva.⁶⁰ os escolhidos para conhecer o que será revelado têm o dever de sobre isso manter sigilo.⁶¹

59. Op. cit., p. 550.

60. Exemplos dessa proteção no nosso ordenamento são os arts. 153 (que pune a divulgação de segredo) e 154 (que pune a violação de sigilo profissional) do CP, entre outros.

61. Ver: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO

58. Na mesma linha, ver: ALMADA, Roberto José Ferreira. Op. cit., p. 149-151.

Se o interessado, na persecução penal, abrir mão da intimidade, não pode o juiz, em nome desse direito individual, portanto, manter a restrição.⁶² Isso não o impede, contudo, sempre de forma *fundamentada*, de restringir a publicidade com base no *interesse social* (que, por óbvio, não pode emergir do mesmo fato que só dizia respeito ao indivíduo, porque fundamentação tal seria modo de contornar a possibilidade que tem o indivíduo de dispor de seus direitos).

4.1.3 Quem conhece, pode revelar?

Como dito, juiz, advogado, promotor, imputado, funcionários do cartório, estagiários (voluntários⁶³ ou não), enfim, todos aqueles que tomarem conhecimento daquilo que, por força de

Jr., Jayr Viégas (Coord.). *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 20.

62. Sabe-o muito bem o nosso legislador. A Constituição, por exemplo, prevê a possibilidade de se entrar no domicílio de outrem com o seu *consentimento* (art. 5.º, XI). Também a LC 105/2001: sem embargo das procedentíssimas críticas que pode sofrer acerca de diversos outros dispositivos, no seu art. 1.º, § 3.º, V, expressa: “Não constitui violação do dever de sigilo: [...] a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados”.
63. De acordo com a Res. 153, de 05.12.2005, do TRF 3.ª Reg., é “dever do voluntário (...) manter sigilo sobre assuntos dos quais, em razão de seu serviço no órgão, tiver conhecimento” (art. 14, V).

decisão da autoridade competente, for sigiloso, têm o dever de reserva.

Embora o Código de Processo Penal pátrio não contenha regra semelhante àquela prevista no art. 86, 3, do diploma congênere português,⁶⁴ ou mesmo à prevista no art. 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente,⁶⁵ a

64. Segundo a norma, 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, e implica a proibição de: (a) assistência à prática ou tomada de conhecimento do conteúdo de acto processual a que não tenham direito ou dever de assistir; (b) divulgação da ocorrência de acto processual ou dos seus termos, independentemente do motivo que presidir a tal divulgação”.

Frisa ainda Ricardo Leite Pinto, reforçando o caráter de “contaminação” de que se reveste o ato processual sigiloso, que “em casos excepcionais a autoridade judiciária que preside à fase processual respectiva pode dar, ordenar ou permitir que seja dado conhecimento de acto sujeito a segredo, se tal se tornar necessário para o esclarecimento da verdade, a determinadas pessoas, que, todavia *ficam vinculadas ao segredo de justiça* (art. 86. n. 4 e 5)” (Op. cit., p. 516).

65. Lei 8.069/90: “É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional”. Ao final do parágrafo único, que dispunha que “qualquer notícia a respeito do fato não

tal conclusão se chega a partir da leitura de diversas normas já mencionadas esparsamente no corpo deste trabalho e, especialmente, das que sancionam a conduta de quem revele o segredo.

De fato, conforme salienta Flávia Rahal, o “magistrado, que já sofre séria restrição relativa a manifestações públicas [LC 35/79, art. 36, III], incide na falta disciplinar, do inc. I do art. 35 da Lei Orgânica da Magistratura Na-

poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência”, a Lei 10.764/2003 acrescentou: “e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome”.

Entendemos ser de manifesto e inquestionável interesse social que corram em segredo de justiça os processos por ato infracional. A criança e o adolescente ainda estão em formação – por isso, são inimputáveis. O seu adequado desenvolvimento é das tarefas mais relevantes do Estado, que, nessa jornada, deve ter em conta a especial fragilidade de pessoas nessa idade. O interesse na manutenção de sua presunção de inocência, de sua imagem e a necessidade de se evitar ao máximo a sua estigmatização, na ponderação que há de ser feita com o princípio da publicidade dos atos processuais, a nosso ver, superam em muito o “peso” necessário para que, na “balança da proporcionalidade”, se decida por impedir o acesso de desinteressados materialmente nos autos. Nesse sentido, não se vê sequer questionamento sobre a matéria nos tribunais e na doutrina.

cional, que, genericamente, obriga ao cumprimento da lei, porque violação de sigilo constitui crime”.⁶⁶

O membro do Ministério Público Federal, por sua vez, tem o dever de “guardar segredo sobre assuntos de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função” (art. 236, II, LC 75/93), sujeitando-se, em caso de desrespeito, à demissão (art. 240, f).⁶⁷

Em razão da “revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo” (art. 132, IX, da Lei 8.112/90), podem ser demitidos os funcionários públicos federais.

No âmbito criminal, incidem todos os citados, com essa conduta, no delito de violação de sigilo funcional, previsto no art. 325 do CP.

Quanto ao advogado, prevê o EOAB (Lei 8.906/94), no seu art. 37, VII, que é infração apenável com censura a violação do sigilo profissional. Se o segredo por ele sem justa causa revelado tiver sido confidenciado pelo cliente, ocorre o crime de “violação do segredo profissional” (art. 154 do CP); caso contrário, o máximo que se pode considerar é que, desrespeitando a ordem legal de sigilo imposta pelo juiz, incursão está o patrono no art. 330 do CP.

66. Op. cit., p. 301.

67. No âmbito do processo por *ato infracional* previsto no ECA, prevê o art. 201, § 4.º que “o representante do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, nas hipóteses legais de sigilo”.

A revelação, contudo, afigurar-se-á lícita havendo *justa causa*: trata-se de aplicação clara do princípio da proporcionalidade, que pode ser encontrada, por exemplo, nos arts. 153 e 154 do CP e no art. 233, parágrafo único, do CPP.

4.1.4 A quem é oponível o sigilo?

Como já se afirmou, em *hipótese alguma* pode o imputado, ao menos por seu advogado, ser tolhido de conhecer o que há nos autos. Essa imposição decorre do devido processo legal, mais especificamente, da ampla defesa, um de seus corolários.⁶⁸ Dizer isso, contudo, não significa que, em situações específicas e excepcionais, em razão da natureza das medidas a serem tomadas, não se possa postergar, para momento ulterior à efetivação do ato, o conhecimento de seu resultado.

É o caso, por exemplo, da interceptação telefônica (arts. 1.º e 8.º da Lei 9.296/96), da busca e da apreensão: é curial que, se aquele que sofrerá qualquer dessas medidas cautelares souber delas antecipadamente, inócua será a sua efetivação, porque, na primeira situação, haverá troca de telefone ou simplesmente não mais nele se falará sobre o fato investigado e, na segunda, será possível a prévia ocultação ou destruição de prova.

Nessas situações, o que há é um contraditório diferido,⁶⁹ de maneira

a permitir o posterior debate sobre os frutos da utilização daqueles meios de obtenção da prova. Pode-se até afirmar, assim, que haja um *segredo interno* antes do cumprimento de tais diligências, mas ele *deve* ser restrito às *medidas investigativas* que, por sua natureza, não podem ser conhecidas, e deve desaparecer tão logo não se faça mais necessário.

Criticável, assim, o art. 8.º da Lei 9.296/96, que prevê a juntada do resultado das interceptações telefônicas, no processo, antes da conclusão para sentença (prevê, portanto, *sigilo interno* dessa peça investigativa com relação ao imputado até esse momento).

Assim, permite-se que o juiz valere elementos não submetidos ao contraditório, porque juntados aos autos após o oferecimento das alegações finais.⁷⁰

O mais correto é, como previsto no art. 16⁷¹ do Anteprojeto de nova lei de

telefônica. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 29; GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *RBCCrim*, ano 5, v. 17, p. 112-126, esp. p. 121, São Paulo: RT, jan.-mar. 1997. Sobre o contraditório *posticipato* ou *diferido* na busca e na apreensão, ver: SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal...* cit., p. 67-70; TUCCI, Rogério Lauria. *Op. cit.*, p. 194-196.

70. Em igual sentido, por todos: GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades...* cit., p. 212-214.

71. "Art. 16. Recebido o material obtido nas operações técnicas, e não havendo necessidade de diligências complementares previstas nesta lei, o juiz competente dele dará ciência ao Minis-

68. Concretizam-no os incs. XIII e XIV do art. 7.º do EOAB.

69. Para a interceptação telefônica, ver: GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação*

interceptações encaminhado ao Ministério da Justiça em 2003, permitir o acesso das partes ao resultado da medida cautelar *tão logo o seu conhecimento não frustrar a finalidade da sua realização*.

Enfim: ao acusado e ao seu patrono, única e exclusivamente em situações como essas, é que pode haver oposição *temporária* e excepcional de sigilo.

Ainda com relação à defesa, é importante noticiar que nossos tribunais, muitas vezes, costumam fazer a distinção entre dois grupos: o daquilo que diz respeito ao imputado, e o daquilo que não diz, de modo a só permitirem o acesso, nos casos de inquérito, à primeira das hipóteses. Nesse sentido, decidiu o STF: “É direito do advogado, suscetível de ser garantido por *habeas corpus*, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte”.⁷²

Na mesma linha vem o § 3.º do art. 5.º da Res. 507/2006 do Conselho da Justiça Federal.⁷³

tério Público, ao suspeito ou acusado e seu defensor.”

72. 1.ª T., HC 88.190, rel. Min. Cezar Peluso, j. 29.08.2006, v.u., DJU 06.10.2006.

73. Dispõe o diploma acoimado de diversas inconstitucionalidades (a começar pela formal, já apontada alhures – 4.1.1): “A vista dos autos nos feitos declarados sigilosos dependerá *sempre de au-*

Embora o acesso aos autos, no caso do investigado e do acusado, não decorra do seu caráter público ou sigiloso, mas do direito de defesa, é preciso refutar veementemente o posicionamento pretoriano acompanhado pela Resolução. De fato, entender que só pode consultar o patrono do interessado aquilo que ao seu cliente disser respeito implica que a autoridade fará uma seleção prévia do que poderá ser visto. E isso é inconstitucional por, ao menos, dois motivos: o primeiro, é que transfere ao agente do Estado o inicial e mais elementar passo para a estruturação da linha de defesa, o conhecimento daquilo que há contra o interessado. O contra-senso fala por si só: os princípios de garantia processual, historicamente, foram positivados para proteger o indivíduo contra o arbítrio do esmagador poder estatal,⁷⁴ mas uma das mais relevantes medidas para exercê-los está condicionada à boa vontade exatamente de um agente do Leviatã! A ofensa ao princípio da ampla defesa é inescusável.⁷⁵

torização expressa do juiz competente e restringir-se-á apenas aos elementos processuais essenciais à ampla defesa do interessado”.

74. Nesse sentido: BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais – elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 41.

75. Namesmalinha: QUITO, Carina; MALAN, Diogo Rudge. Resolução CJF 507/06 e direitos fundamentais do investigado.

O segundo é que, mesmo que se pudesse desconsiderar a impossibilidade de interferência do Estado nessa esfera, conceder acesso tão-somente aos documentos “que digam respeito” ao imputado pode, no mais das vezes, também impedir o exercício da ampla defesa sob outro enfoque. Ora, por mais escrupulosa que seja a autoridade que irá separar os documentos acessíveis, fato é que ela não sabe efetivamente o que, para cada um dos envolvidos, é importante ou não.

Enfim, como qualquer elemento lícito e que legitimamente venha para os autos poderá, em algum momento, ser usado contra o investigado, mesmo que esteja vinculado, inicialmente, ao nome de outra pessoa, é possível que, a despeito de ter em mãos aquilo que *ictu oculi* lhe diga respeito, possa ser surpreendido o imputado por outros indícios aos quais não teve acesso, de modo a ver ferida de morte a garantia que lhe assegura o art. 5.º, LV, da CF.

Aos demais partícipes da persecução – juiz, promotor, delegado etc. –, por motivos óbvios, não se afigura possível impedir o conhecimento do que está nos autos. Mas isso se deve dar – frise-se – apenas com aqueles que têm atribuição (mandato mesmo) para atuar no feito. Embora membros da mesma carreira, não podem juízes diversos tomar conhecimento do que está contido em um processo que é

de competência exclusiva de outro colega. O mesmo deve acontecer com os promotores, delegados etc., assim como já ocorre com advogados⁷⁶ que não têm procuração para feito sigiloso específico.⁷⁷

Quanto aos funcionários que, embora não atuem de forma direta na persecução penal, têm nela participação instrumental (como o escrivão, o escrevente, o oficial de justiça, o oficial de promotoria), deve-se *recomendar* (e isso ficaria a cargo do chefe da repartição) que só sejam tomadas as medidas inerentes ao seu serviço (expedição de ofício, mandado de intimação, mandado de prisão, alvará de soltura, lavratura de certidão, carimbo nos autos, autuação, numeração das páginas etc.) *sem a leitura do teor das provas contidas nos autos* – o que, no mais das vezes, não é impossível; antes disso, desejável, porque torna mais célere o exercício da função –, de maneira a restringir ao máximo o número de pessoas que com elas tenha contato, reduzindo a vulneração ao interesse social ou à intimidade.

76. E também estagiários, máxime se nem inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil os últimos estiverem (STJ, 2.ª T., RMS 14.697, rel. Min. Paulo Medina, j. 07.11.2002, v.u., DJU 16.12.2002).

77. Em igual passo, referindo-se apenas aos promotores: CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Publicidade e segredo de justiça. Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993. p. 174.

A vítima, isto é, “o sujeito passivo do crime, definido esse como titular do interesse cuja ofensa constitui a essência do delito”,⁷⁸ deve ter o acesso aos autos assegurado. Sem voltarmos ao período da vingança privada ou da justiça privada – e sem, ademais, tolhermos qualquer direito fundamental do acusado, por óbvio –, é preciso reencontrar o seu lugar adequado no processo penal, na medida em que, como bem intuiu Antonio Scarance Fernandes, é “ela, antes de tudo, um sujeito de direitos que deve ter no processo meios de defendê-los de maneira concreta e eficaz, sejam direitos ligados a interesses civis e criminais, seja mesmo direito à tranqüilidade, à sua vida privada, à sua intimidade”.⁷⁹

Nessa linha, dispõe a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas (adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 29 de setembro de 1985 com a Res. 40/34) ser a comunicação à vítima sobre a marcha do procedimento persecutório penal providência, entre outras, a ser adotada, especialmente se assim o desejar o ofendido.⁸⁰ Louvável a previ-

são, pois é da natureza do ser humano o interesse pelo desfecho de algo grave a que está umbilicalmente relacionado.

Assim, mesmo nas hipóteses em que não seja querelante ou assistente de acusação, afigura-se possível que a vítima tome conhecimento do conteúdo do inquérito ou processo, já que está *diretamente envolvida* nos fatos ali apurados. Isso, contudo, não a desincumbirá do dever de reserva que deve guardar em relação ao que vier a apreender.

Ainda sobre a vítima, é sempre bom que a autoridade esteja atenta ao seu real interesse. Muitas vezes, pode ser o de utilizar a persecução penal como meio de devassar a vida da pessoa apontada como ofensora, o que não deve ser referendado. Com efeito, se nossa cultura jurisprudencial se esmerasse em admitir acusações aptas formal e materialmente, o problema talvez não precisasse ser aqui levantado. Do modo que se procede, contudo, com os já famosos carimbos de recebimento da denúncia, a possibilidade não é, infelizmente, remota.

are involved and where they have requested such information.” Tradução livre: “A resposta dos processos judiciais e administrativos referentes às necessidades das vítimas deve ser facilitada por: (a) a informação à vítima do seu papel, além do escopo, duração e andamento dos procedimentos e as conclusões dos seus casos, especialmente quando estiverem envolvidos crimes graves e quando as vítimas tiverem requerido tal informação”.

78. SCARANCE FERNANDES, Antonio. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 233.

79. *Idem*, p. 56.

80. “6. The responsiveness of judicial and administrative processes to the needs of victims should be facilitated by: (a) inform victims of their role and the scope, timing and progress of the proceedings and of the disposition of their cases, especially where serious crimes

Silentes sobre o tema o Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal Militar, encontra-se a norma adequada no Estatuto da Criança e do Adolescente, que, após firmar a regra do sigilo para os processos por ato infracional, dispõe no art. 206 que *qualquer* pessoa que tenha legítimo interesse na solução do processo envolto por segredo de justiça (incluídos aí, por óbvio, a criança ou adolescente e seus pais ou responsáveis, entre outros) poderá nele intervir por meio de advogado. Possível, a nosso ver, a analogia para aplicá-la aos demais ramos processuais.

4.2 Objeto

As exceções constitucionais – *intimidade e interesse social* – são amplas, tal como o objeto a que se dirigem os atos processuais. É preciso, assim, verificando caso a caso, fazer coexistir com a maior densidade possível os interesses em jogo. Segue, então, nossa análise.

4.2.1 Art. 792, CPP – Atos em que é possível a presença

O art. 792 do CPP, como já se disse, refere-se aos atos em que possam estar presentes as pessoas: audiência preliminar, interrogatório, audiência de suspensão condicional do processo, audiência de instrução, debates e julgamento, sessão do tribunal etc. Nesses casos, permite-se a limitação do número de pessoas que a eles assistirão.

Então, em decisão fundamentada, pode a autoridade, em excepcionais si-

tuações, determinar que se fechem as portas e que, para dentro, fiquem tão-somente algumas pessoas. Entre essas, como já se disse, *sempre* as partes processuais (inclusive acusado e o seu defensor ou, quando menos – em virtude do permissivo do art. 93, IX, da CF –, só o último). Não há uma ordem de importância a ser rigidamente observada pelo magistrado que decidir permitir a presença de terceiros no julgamento, mas entendemos que, se tal opção for feita, deverá ser pautada pela razoabilidade: vítima e seus familiares, bem como os do réu, devem ter, a princípio, prioridade, pela relação mais próxima que, por qualquer forma, detêm com os fatos em apuração.⁸¹

De qualquer modo, deixa o Código de Processo Penal em aberto a possibilidade de exclusão da publicidade ampla com relação ao objeto: permite, assim, que o magistrado – a pedido dos interessados, ou não – discrimine, ao longo do ato processual, quando a presença de terceiros é possível. Em

81. A opção não se fez por intuição. Em diversos dispositivos, o Código de Processo Penal demonstra claramente que tais pessoas não estão na mesma situação, em relação ao processo e aos fatos, que os demais membros da comunidade. Sobre a vítima e seus parentes, basta ver as regras acerca de sua representação no caso de morte (art. 31 e ss. do CPP), e sobre os familiares do acusado, os dispositivos que, em razão de sua ligação afetiva, permitem que contra ele não testemunhem (art. 206), entre outros.

outras palavras, é lícito determinar que, v.g., em audiência de testemunhas arroladas pela acusação, apenas as partes processuais estejam presentes na oitiva da vítima – porque importará na revelação de sua intimidade (crime sexual, v.g.) –, mas que, para as demais pessoas a serem ouvidas, seja irrestrito o acesso de terceiros, reabrindo-se as portas da sala.

Considerando-se que a publicidade é a regra democrática e só em casos excepcionais pode ser afastada, é recomendável que, iniciado ato judicial a que por sua natureza se possa assistir, verifique o juiz, pelos elementos que tem em mãos, a necessidade de restringir o acesso à sala. Nessa hipótese, antes de decidir, deve questionar o interessado (se não for interesse social de natureza difusa) e as partes processuais, em homenagem ao princípio do contraditório.

Notório e de todo salutar o exemplo que vem da cúpula do nosso Poder Judiciário sobre a publicidade desse tipo de ato processual. Na TV Justiça, as sessões do Plenário são transmitidas todas as quartas e quintas, reprisadas em outros horários, e, como bem lembrou o Min. Nelson Jobim, “nem por isso, se cogitou em falar de ferimento à imagem dos Ministros ou dos ilustres advogados que sustentam na tribuna”,⁸² e tampou-

co dos outros envolvidos nos processos, acrescentamos nós.⁸³

No mais, é omissa o Código de Processo Penal. Ficam, portanto, as mais diversas lacunas sobre o alcance do sigilo: deve ele ser amplo e abarcar tudo o que disser respeito aos autos da persecução penal, ou deve estar restrito àquilo que exijam o interesse social ou a defesa da intimidade? Nessa medida, havendo informações sigilosas em um apenso, devem os autos principais ser contaminados pelo sigilo? A oitiva de uma testemunha sigilosa, igualmente, impede o acesso a todo o resto das provas que não o são? Como fica a questão da sentença, que deve ser obrigatoriamente publicada?

4.2.2 Autos principais, apensos e provas encobertas pelo sigilo

Uma leitura do Código de Processo Civil – diploma que, como asseverado, pode e deve ser usado em analogia para tentarmos suprir as lacunas deixadas pelo legislador de 1941 – nos faz chegar à conclusão de que lá, considerado encoberto pelo segredo de justiça o processo: (i) *quanto aos autos*, só terão acesso as partes (art. 40 c.c. o art.

82. Pleno, RMS 23.036, rel. Min. Mauricio Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, j. 28.03.2006, v.m., DJU 25.08.2006.

83. Há, ainda, a IN 28, de 31.08.2005, também do STF, que assim dispõe: “Art. 1.º Fica autorizado o fornecimento, por escrito, em áudio, vídeo ou meio eletrônico, de cópia de sustentação oral proferida em sessão de julgamento do Pleno e das Turmas, desde que a [às] expensas do interessado”.

155, parágrafo único);⁸⁴ (ii) *quanto às audiências*, também só elas participarão (art. 444); e (iii) *certidões do feito* só serão fornecidas às partes ou ao terceiro que, demonstrando o “interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite” (art. 141, V, c.c. o art. 155, parágrafo único).

Não se pode negar que, na prática, é muito mais fácil que a opção seja absoluta: ou sigilo ou publicidade. Uma vez encontrado qualquer elemento que deva ser ocultado do conhecimento das pessoas estranhas ao feito, reveste-se o processo de sigilo e fim. Analisada com cautela essa praxe, contudo, verifica-se a ofensa ao princípio da proporcionalidade.

De fato, aqui se tem repisado que a atuação estatal deve ser pública, não só para que a população exerça o controle externo da sua atividade, mas também para que os atores da persecução penal se vejam livres de

quaisquer suspeitas e insinuações e para que, feitos à luz do sol os julgamentos, possa estar seguro o acusado contra quaisquer abusos.

Nessa linha, embora seja *adequada* à proteção das ressalvas constitucionais a forma prevista pelo legislador ordinário, não se verifica *necessária*, isto é, daquelas possíveis, *não é a menos ofensiva ao princípio da publicidade*: sigiloso um determinado documento, *verbi gratia*, bastaria criar um apenso para provas dessa natureza, ao qual só teriam acesso as partes e eventual pessoa autorizada pelo juízo, mantendo-se a publicidade ampla para os autos principais; o mesmo poderia ser feito com depoimentos, gravações etc.⁸⁵

À regra do art. 3.º da LC 105/2001,⁸⁶ por exemplo, têm dado os juízes a interpretação de que, acostadas aos autos in-

84. Processos públicos, como já se afirmou, podem ser compulsados por todos. No STJ, a Min. Nancy Andrighi, acompanhada à unanimidade pela 3.ª T., deu provimento ao REsp 660.284 (j. 10.11.2005, DJU 19.12.2005), interposto por empresa cujo preposto, a despeito de os autos não serem sigilosos, foi impedido de manejá-los por magistrado que só o permitia a quem era inscrito na OAB (algo, infelizmente, muito comum hoje, principalmente no processo penal, e mais especificamente na Justiça Federal).

85. Também é possível defender, por exemplo, a confecção desse *auto apartado*, desse *expediente*, na linguagem do foro, também para as informações sigilosas de caráter médico: há casos em que se faz necessária a juntada de documentos que, por revelarem aspectos da saúde do interessado, muitas vezes atingem sua intimidade (daí, inclusive, haver o sigilo imposto aos profissionais da medicina).

86. “Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante *acesso restrito às partes*, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.”

formações bancárias, tornam-se estes, quase que automaticamente, sigilosos.

Ora, diz o artigo que aquelas informações são restritas, e não que elas “contaminem” todas as outras provas dos autos em que forem entranhadas. A nosso ver, portanto, deve-se criar um apenso com tais documentos, e somente esse expediente pode ser recoberto pelo sigilo. Os autos principais, em regra, não.

O mesmo deve ocorrer em feitos nos quais haja interceptação telefônica. Dispõe a Lei 9.296/96: “A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas” (art. 8.º). Na praxe, ocorrido o apensamento, tornam-se sigilosos como um todo os autos. Manifesta ilegalidade. Afinal, se a regra só diz que o sigilo deve ser preservado no que diz respeito ao produto das interceptações, não há motivo jurídico para se estendê-lo ao interrogatório, aos testemunhos e demais peças processuais.

Dizemos ainda mais: mesmo o apenso com as transcrições das interceptações não pode ser inquestionavelmente secreto, como se nele *sempre* estivesse protegida a intimidade dos envolvidos nas comunicações.⁸⁷

87. Imagine-se processo por tráfico de entorpecentes em que o resultado do “grampo” é apenas e tão-somente a

Por isso não titubeamos em sustentar, além da inconstitucionalidade formal por ofensa ao art. 22, I, da CF, já explicitada (item 3.1.1), também a inconstitucionalidade material do art. 5.º da Res. 507/2006 do Conselho da Justiça Federal, que impõe o que podemos chamar de *contaminação* dos autos principais e apensos pelo contato com qualquer informação sigilosa *como regra*, ficando a exceção por conta de decisão judicial.

Alguém certamente dirá que a medida proposta – formação de apenso para aquilo que não é público –, na prática, tornará o manuseio dos autos um tanto atabalhado, porque, para os terceiros, a visão do seu conteúdo sempre será “recortada” e, para os atores do processo, far-se-ão necessárias incômodas e constantes “idas e voltas” de um volume público para o outro sigiloso para que se possa devidamente compreender o corpo geral da prova.

Para a sociedade, é muito mais benéfico ter acesso a parte dos autos do que não poder consultar coisa alguma, pois é tão maior a possibilidade de controle sobre a persecução penal

transcrição de várias transações ocorridas entre dois interlocutores que, ademais, não mencionam o nome de qualquer outra pessoa nem conversam sobre assuntos pessoais. Onde está a intimidade? O sigilo telefônico (art. 5.º, XII, da CF) está previsto para protegê-la, mas isso não quer dizer que *todas* as comunicações dessa forma realizadas envolvam aquele direito da personalidade.

quanto maior seja esse contato. Para juiz, promotor, acusado, defensor e demais interessados autorizados a acessar a íntegra dos autos, o “incômodo” é o preço a se pagar pela convivência do princípio da publicidade com o direito assegurado pelo sigilo. A convivência com regras democráticas, como se sabe, tem seu preço.

Como se vêem conciliados os valores constitucionalmente protegidos da maneira mais eficaz possível, parece que as medidas propostas, nos casos concretos, tornarão raras as situações em que essa grave exceção à publicidade poderá ser adotada plenamente.

Tudo o que aqui se defendeu – não é demais anotar – está em consonância com o que vem sendo adotado pela mais alta Corte do País: no dia 11 de abril de 2006, ao receber os autos do Inq 2.245 – do caso *Mensalão* – relatados, revogou o Min. Joaquim Barbosa o sigilo anteriormente decretado. Como existiam documentos secretos, determinou que a secretaria os lacrasse e só permitisse que a eles tivessem acesso os advogados dos investigados.⁸⁸

88. “Notifiquem-se os acusados, para que, no prazo de 15 dias, ofereçam resposta à denúncia oferecida (art. 4.º, *caput*, da Lei 8.038/90). Revogo o segredo de justiça anteriormente decretado. À Secretaria, para que proceda ao lacre dos documentos cujo conteúdo esteja protegido por sigilo bancário, fiscal ou telefônico, cuja consulta somente será facultada aos advogados dos investi-

4.2.3 Decisões documentadas nos autos

Como disse Antonio Magalhães Gomes Filho, a publicidade “constitui uma *garantia política* de maior envergadura, sendo inseparável da própria idéia de *democracia*, expressando acima de tudo uma exigência de transparência nos assuntos públicos, sem a qual não seriam possíveis ou legítimos os controles sobre o exercício do poder”.⁸⁹

Nesse sentido, importante anotar que, em Portugal, “a exclusão da publicidade não abrange, *em caso algum*, a leitura da sentença” (art. 87.º, 5, do CPP).

Na mesma linha, considera-se salutar a previsão do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, o qual, na parte final do seu art. 14, 1, após permitir que, no curso do processo, seja afastada a publicidade para a proteção da vida privada e outros interesses de ordem pública, prevê que “qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tomar-se pública, a me-

gados, devidamente constituídos nos autos” (DJU 28.04.2006).

Embora seja inconstitucional pelos vícios formal e material já por nós apontados, bom observar que também essa linha parece seguir a Res. 507/2006 do CJF. O § 4.º do seu art. 5.º prevê: “Quando o atributo de sigiloso ou de segredo de justiça não se referir a todos os volumes ou apensos, a marcação deverá ser feita no 1.º volume dos autos, com referência àquele no qual tenha sido decretado sigilo ou segredo, e no próprio volume, ou autuado em apartado”.

89. Op. cit., p. 48.

nos que o interesse de menores exija procedimento oposto ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores”.

A leitura desse mandamento à luz das restrições constitucionais impõe que a sentença penal só não será acessível a todos se o interesse social ou a intimidade envolvidos no processo forem relativos aos menores ou à relação matrimonial. Nos outros casos, incidirá plenamente a publicidade.⁹⁰

90. Saber se será possível a divulgação nos meios de comunicação é problema que não será tratado – como não o foi até agora – no presente trabalho. A respeito do tema, ler a respeitável dissertação de mestrado de Flávia Rahal, já tantas vezes por nós mencionada (op. et loc. cit.) e, de Ana Lúcia Menezes Vieira, *Processo penal e mídia*. São Paulo: RT, 2003. Aderimos à corrente de Gilmar Mendes (Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 89-96): o art. 220, § 1.º, da nossa Carta é claro ao afirmar que a liberdade de informação encontra limites, entre outros, no seu art. 5.º, X. Se é inafastável a apreciação por parte do Judiciário de qualquer ameaça de lesão a direito (art. 5.º, XXXV), deve-se, no caso concreto, realizar a ponderação entre a liberdade de imprensa e os direitos do envolvido e interessado na não divulgação. Se concluído que é ilegítima a pretensão da *mass media*, pode-se restringi-la, como foi feito, por exemplo, no famoso caso *Lebach*.

Parece que a opção do legislador estrangeiro está em consonância com o entendimento do STF. No julgamento do MS 23.452, o Pleno daquela Corte decidiu:

“Havendo *justa causa* – e achando-se configurada a necessidade de revelar os dados sigilosos, seja no *relatório final* dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito (como razão justificadora da adoção de medidas a serem implementadas pelo Poder Público), seja para efeito das comunicações destinadas ao Ministério Público ou a outros órgãos do Poder Público, para os fins a que se refere o art. 58, § 3.º, da Constituição, seja, ainda, por razões imperiosas ditas pelo interesse social – a divulgação do segredo, precisamente porque legitimada pelos fins que a motivaram, não configurará situação de ilicitude, muito embora traduza *providência revestida de absoluto grau de excepcionalidade*”.⁹¹

Recomendável, assim, que os magistrados, ao proferirem decisões judiciais, sem se desincumbir do dever de motivá-las, abordem os temas relacionados ao interesse público ou à intimi-

No STF, ver a decisão do Pleno na MC no MS 24.832, rel. Min. Cezar Peluso, j. 18.03.2004, v.m., DJU 18.08.2006, em que, após acalorado debate, decidiu-se por não referendar liminar concedida pelo relator para impedir a transmissão da oitiva do paciente perante a Comissão Parlamentar de Inquérito “da Pirataria”.

91. Trecho do voto do relator, Min. Celso de Mello (j. 16.09.1999, v.u., DJU 12.05.2000).

dade de maneira a não escancará-los no corpo do ato.⁹²

Nessa mesma linha, pode-se defender que, mesmo que se pudesse adotar a *ultima ratio*, que seria o sigilo, deveriam antes vislumbrar os juízes a hipótese de proceder como previa a antiga parte geral do Código Penal de 1940 (art. 73, §§ 1.º e 2.º): depois de permitir, a critério do magistrado quando o interesse público o ditasse, a publicação da sentença em jornal de grande circulação às expensas do condenado, dizia que a sentença poderia ser publicada *em resumo*, salvo se razões especiais justificassem a divulgação na íntegra.

Excluída a infâmia que o dispositivo visava causar, e transportada a idéia para o ordenamento jurídico vigente, seria cabível que o tribunal ou juízo disponibilizassem, caso impossível proferir decisão sem afetar relevantemente as ressalvas constitucionais, um resumo da sentença para acesso do

92. É o que se indica na Res. 507/2006, que, apesar das inúmeras inconstitucionalidades contidas em seu corpo já apresentadas, vale ser referida. Diz no § 2.º do art. 4.º: “O caráter sigiloso [do inquérito ou do processo] não alcança, em regra, as decisões judiciais”, e, mais à frente: “Art. 7.º A publicação dos atos que envolvam questão sigilosa, se for o caso, limitar-se-á aos seus respectivos números, data da decisão e ementa, redigidas de modo a não comprometer o sigilo. Parágrafo único. As decisões judiciais, objeto de publicação na imprensa oficial, não poderão conter transcrição de excertos de documentos ou elementos sigilosos”.

público em geral. De forma alguma, a nosso ver, por implicar *aniquilamento do princípio da publicidade*, poder-se-ia negar à população, quando menos, conhecer o dispositivo da decisão.

De qualquer modo, é bom frisar que a *justa causa* a que se referiu o Supremo é exatamente a conclusão a que se deve chegar após a aplicação, em cada processo, do princípio da proporcionalidade.

O mesmo, sem exceções, deve ser feito com os editais, bem como também com as publicações na imprensa que visam intimar os advogados (art. 370, § 1.º, do CPP). Tratando das intimações no âmbito civil, afirmou José Raimundo Gomes da Cruz: “Os pormenores das injúrias, acusações recíprocas, conduta sexual de cada qual não serão divulgados em lacônica publicação destinada à intimação do advogado”.⁹³ Em última análise, a intimação far-se-á nos termos do § 2.º do art. 370 do CPP.

4.3 Prazo

Diante do caráter de excepcionalidade do sigilo perante a regra da publicidade na persecução penal, é sustentável

93. Publicidade e segredo de justiça, p. 171.

O Capítulo II, Seção VIII, art. 187 das Normas de Serviço da Corregedoria do TJSP prevê que: “Da publicação das intimações expedidas pelo SAJ/PG, feita no *Diário Oficial*, a respeito de processos sujeitos ao segredo de justiça, deverão constar apenas *as iniciais das partes*”.

que haja a necessidade de delimitação temporal para a sua imposição.

Para as hipóteses em que há a participação pessoal dos atores da cena judiciária (4.2.1, supra), inexistente dificuldade: o prazo se identifica com a realização do próprio ato, como a sessão de julgamento, a oitiva de determinada testemunha, a audiência de testemunhas inteira etc., conforme determinado fundamentadamente pela autoridade nos restritos casos em que seja necessária a medida para assegurar o respeito a uma das exceções constitucionais.

A questão se torna tormentosa quando precisa ser enfrentada do ponto de vista dos autos enquanto *documentos sigilosos*. De fato, é até possível que, durante toda a persecução penal, permaneça intocada a necessidade extraordinária de sigilo por interesse social. Mas esse interesse, a nosso ver, provavelmente perecerá com o tempo: os diversos fatores que podem embasá-lo são mutáveis, como mutável é a sociedade e como também o são seus anseios e aspirações. Nesse caso, pode-se dizer que, no mais das vezes, o levantamento do sigilo ocorrerá não pelo “excesso de prazo”, mas, sim, por superveniente desnecessidade da constrição. Cabe ao juiz, portanto, manter escrupuloso controle sobre a atualidade da necessidade dessa medida extrema.

A intimidade, por outro lado, é uma só, e não se altera com o tempo. Dessa maneira, mesmo o morto pode ter a sua esfera íntima violada, “ou seja, aquele

momento ulterior de divulgação das intimidades, legítima ou ilegitimamente adquiridas, poderá configurar-se”.⁹⁴

Debruçado sobre esse aspecto, distingue Paulo José da Costa Jr. duas hipóteses: aquela em que a revelação da intimidade do falecido atinge seus familiares e aquela em que não os atinge, e nem a mais ninguém vivo. Na primeira, haveria interesse na manutenção do sigilo; já na segunda, a questão seria a de se definir até quando deve ser protegido o direito personalíssimo. “Transcorrido esse interregno, desaparecidos os contemporâneos do morto, sua vida íntima poderá cair no domínio público, o que será mais justificável ainda se se tratar de personalidade notória, quando a necessidade histórica legítima a divulgação.”⁹⁵

Que prazo adotar? A legislação processual não trata do tema, e as normas internas dos tribunais, além de também não o fazerem, são confusas e incoerentes.⁹⁶

94. COSTA JR., Paulo José. *O direito de estar só: a tutela penal da intimidade*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 73.

95. *Idem*, p. 75.

96. Segundo o art. 213 do Provimento Geral Consolidado da Justiça Federal de Primeiro Grau da Terceira Região (Provimento 64, de 28.04.2005), por exemplo: “Não será permitido o desarquivamento e o exame de autos em segredo de justiça, salvo pelo próprio interessado ou advogado com procuração judicial”. Como proceder após a morte do interessado, então?

Segundo a Lei 8.159/91, que “dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências”, “o acesso aos documentos sigilosos referente à honra e à imagem das pessoas será restrito por um prazo máximo de 100 (cem) anos, a contar da sua data de produção” (art. 23, § 3.º).⁹⁷

O decreto que atualmente a regula (4.533/2002) não classifica que tipo de informação é a relativa à imagem e à vida privada, mas prevê que o caso mais grave de sigilo, o *ultra-secreto* (art. 5.º, § 1.º), só poderá ser sustentado pelo prazo máximo de 30 anos, e o menos grave, o de *informação reservada* (art. 5.º, § 4.º), por cinco, contados da data de produção do dado ou informação e, em

Semelhante norma está prevista na Consolidação das Normas Gerais da Corregedoria Geral da Justiça (do Tribunal de Justiça de São Paulo), mas com a possibilidade de acesso mediante decisão judicial: “Fica expressamente vedado o manuseio de autos processados em segredo de justiça, exceção feita às partes e aos advogados por elas constituídos, ou mediante ordem judicial expressa” (Capítulo II, Seção IV, Subseção I, art. 131).

97. A lacuna é evidente: o art. 23, no seu § 1.º, diz que são sigilosos, entre outros, os documentos “necessários ao resguardo da inviolabilidade da *intimidade*, da *vida privada*, da honra e da imagem das pessoas”, e o § 3.º, acima transcrito, só trata da *honra* e da *imagem*, omitindo-se quanto à *vida privada* e à *intimidade*. Como a Constituição as equipara (art. 5.º, X), é possível, neste caso, também fazê-lo o intérprete.

qualquer caso, prorrogáveis por igual período (art. 7.º, parágrafo único).

A partir dessas balizas poderá o juiz, no caso concreto, enquanto não houver lei expressamente disciplinando o assunto, permitir o acesso de terceiros aos autos que tenham sido anteriormente declarados sigilosos para a proteção da intimidade de pessoa envolvida na persecução penal.

4.4 O julgamento pelo Júri

Como frisa Flávia Rahal,⁹⁸ o estudo da evolução histórica do nosso ordenamento revela que o tratamento da sala secreta do Júri permaneceu praticamente inalterado desde o Império até os dias atuais.

O sigilo das votações, por sua vez, foi instituído pelo art. 141, § 28, da Constituição de 1946 e preservado pelas Cartas posteriores, inclusive a atual, que o faz no seu art. 5.º, XXXVIII, b. Diante desse fato, não parece sustentável que se defenda a inconstitucionalidade dessa previsão em face de ter a Constituição de 1988, uma vez mais, erigido a *status* de norma constitucional o princípio da publicidade.⁹⁹

É que, nesse caso, a exceção à regra foi prevista expressamente no próprio Texto Maior pelo Constituinte originário.

98. Op. cit., p. 320.

99. Assim o sustentam: DOTTI, René Ariel; STRECK, Lênio Luiz; TUBENCHLAK, James. Apud SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal...* cit., p. 179.

rio, de modo a impedir a discussão acerca de sua afronta ou não àquele diploma.

Mesmo que fosse possível, abstratamente, vislumbrar inconstitucionalidade em normas constitucionais originárias,¹⁰⁰ não seria o caso. É que o sigilo das votações, esse autêntico segredo de justiça,¹⁰¹ que repete o costume dos antigos egípcios e dos hebreus (2.1, *supra*), é justificável “como medida necessária para preservar a imparcialidade do julgamento, evitando-se influência sobre os jurados que os impeça de, com liberdade, manifestar seu convencimento pela votação dos quesitos”.¹⁰² Nesse sentido, capitaneada pelo STF,¹⁰³ pacificou-se também a jurisprudência.

Uma última nota, por fim: sustenta-se que, em face da publicidade que é congênita à instituição do Júri, não poderia “juiz presidente, com fundamento em grave inconveniente ou perigo de perturbação da ordem (art. 792,

§ 1.º, do CPP) e utilizando-se de seus poderes de polícia (art. 497, I, do CPP) determinar que o julgamento se realize a portas fechadas. Cabem, em situações tais, medidas decorrentes da polícia dos atos judiciais, culminando, se ineficazes, com o desaforamento (art. 424 do CPP)”.¹⁰⁴

Em face do texto da Constituição, que não restringe sua aplicabilidade, e também do que prevê o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e em virtude de a regra inscrita no art. 792 do CPP não excluir, pelo seu texto, sua aplicabilidade ao plenário do Júri, não há como se afirmar categoricamente a impossibilidade de realização de sessão secreta.

Como já se disse, nesse campo, é literalmente impossível imaginar de antemão todas as hipóteses e catalogá-las de maneira a dar mais segurança ao jurisdicionado e mais certeza à população da lisura do procedimento adotado. Não nos sai da cabeça, contudo, Júri a que tivemos a oportunidade de assistir: diante da acusação de homicídio, estupro e atentado violento ao pudor (conexos), assistiu a platéia a uma menina de 11 anos de idade narrar, aos soluços, o que com ela teria ocorrido segundo a imputação. Não nos parece que, ao menos durante sua oitiva, não pudesse ter sido imposto segredo de justiça, mesmo porque seria uma inco-

100. Como defende o alemão Otto Bachof na sua conhecida obra *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

101. TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 222 e ss.

102. SCARANCE FERNANDES, ANTONIO. *Processo penal...* cit., p. 179. Arrola, ainda, como partidários dessa linha, além do já mencionado TUCCI, Hermínio Alberto Marques Porto e Guilherme de Souza Nucci.

103. STF, 2.ª T., AgRg no REExt 140.975, rel. Min. Paulo Brossard, j. 23.06.1992, v.u., DJU 21.08.1992.

104. PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. Op. cit., p. 319.

erência também com as regras previstas no ECA.¹⁰⁵

5. Conseqüência processual da indevida imposição do sigilo

Não seria coerente que se tivesse estruturado toda uma teoria inteiramente embasada na imposição de realização pública dos atos processuais se, para o seu descumprimento, não se previsse uma sanção.¹⁰⁶

A garantia violada, repete-se, é de natureza constitucional (arts. 5.º, LX, 93, IX e os demais Tratados Internacionais). Como é sabido, a ofensa a normas dessa envergadura tem por conseqüência a nulidade absoluta, que não preclui e que pode e deve ser, inclusive, reconhecida de ofício pelo magistrado.

105. A propósito, prevê o art. 87, 3, do CPP português que: “Em caso de processo por crime sexual que tenha por ofendido um menor de 16 anos, os actos processuais decorrem em regra com exclusão da publicidade”.

106. No direito comparado, lembre-se que em Portugal há norma expressa do Código de Processo Penal: “Art. 86. O processo penal é, *sob pena de nulidade*, público a partir da decisão instrutória ou, se a instrução não tiver lugar, do momento em que já não pode ser requerida, vigorando até qualquer desses momentos o segredo de justiça”. Complementa-o, também o Código de Processo Penal: “Art. 321. 1. A audiência de julgamento é pública, sob pena de nulidade insanável, salvo nos casos em que o presidente decidir a exclusão ou restrição da publicidade”.

Ainda que fosse necessária, em homenagem ao *pas de nullité sans grief*, a prova do prejuízo,¹⁰⁷ ela seria, pelas suas características, de impossível realização, por motivos óbvios: primeiro, porque a inexistência de publicidade não implica, no mais das vezes, por si só, qualquer conseqüência endoprocessual visível, e segundo porque, ainda que em decorrência do segredo algo ocorresse, não haveria como demonstrar o vínculo do fato com a ilegal imposição do sigilo, pela própria natureza dessa garantia, que é estática (no sentido de não exigir, para o seu exercício, a prática de qualquer ato).

Considerando isso, e levando-se ainda em conta que, como já decidiu o STF: “Ante a regra fundamental insculpida no art. 5.º, LX, da Carta Magna, a publicidade se tornou pressuposto de validade não apenas do ato de julgamento do Tribunal, mas da própria decisão que é tomada por esse órgão jurisdicional”,¹⁰⁸ concorda-se com Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, para quem “o sigilo conferido a uma audiência, fora dos casos previstos em lei, levará à nulidade do

107. GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, ANTONIO; GOMES FILHO, ANTONIO Magalhães. *As nulidades...* cit., p. 31.

108. Pleno, ADIn 2.970, rel. Min. Ellen Gracie, j. 20.04.2006, v.u., DJU 12.05.2006.

ato, nos termos dos arts. 93, IX, e 5.º, LX, da CF".¹⁰⁹

Em uma escala maior, e por outras palavras: "Não há dúvida (...) de que se opera às inteiras a nulidade absoluta do processo, na hipótese de ser eventualmente inobservada a garantia processual externa da publicidade, fora das balizas dos casos excepcionados pelo texto constitucional".¹¹⁰

Bibliografia

- ALMADA, Roberto José Ferreira de. *A garantia processual da publicidade*. São Paulo: RT, 2005.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. O sigilo no sistema democrático. In: YARSELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. 1. ed. São Paulo: DPJ, 2005.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973.
- ALMEIDA JR., João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. São Paulo, Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Trad. José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais – Elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CAMPOS, Pedro Marcelo Pasche de. A violência oculta: uma análise da importância do segredo no processo inquisitorial. *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, v. 2, fasc. 3, p. 167-172, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARNELUTTI, Francesco. La pubblicità del processo penale. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, v. 10, 1955.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CONCAS, Luigi. *La garanzia penale del segreto istruttorio*. Milano: Giuffrè, 1963.
- COSTA JR., Paulo José. *O direito de estar só: a tutela penal da intimidade*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.
- CRETILLA JR., José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. v. 1.
- CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Publicidade e segredo de justiça. Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 1996.
- DE PLACIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

109. Op. cit., p. 26.

110. ALMADA, Roberto José Ferreira de. Op. cit., p. 141.

- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1974 (reimpressão 2004).
- EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. 2. ed. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR., Jayr Viégas (Coord.). *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Trad. Pietro L. Pietro Castro. Barcelona: Bosch, 1933.
- GARCIA, José Cuenca. La revelación del secreto sumarial. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Navarra, n. 15, p. 71-99, 2006.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001.
- GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *RBCCrim*, São Paulo: RT, ano 5, n. 17, p. 112-126, jan.-mar. 1997.
- _____; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.
- HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Torino: Torinese, 1970.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000. v. 1 e 2.
- MELE, Vittorio. *Il segreto istruttorio*. Napoli: Jovene, 1959.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 1999.
- MORAES, Maurício Zanoide. Motivação dos atos judiciais e da publicidade. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Çódigo de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 1.
- PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. *A publicidade no processo penal brasileiro: confronto com o direito à intimidade*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2000.
- PINTO, Ricardo Leite. Direito de informação e segredo de justiça no direito português. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, n. 51, p. 509-523, jul. 1991.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.
- _____. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988. *Bol. IBCCrim*, São Paulo, ano 13, n. 153, p. 8-9, ago. 2005.

- PISAPIA, Gian Domenico. *Il segreto istruttorio nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1960.
- PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Considerações sobre a tutela da intimidade e vida privada no processo penal. *RBCCrim*, n. 26, São Paulo: RT, p. 59-79, abr.-jun. 1999.
- QUITO, Carina; MALAN, Diogo Rudge. Resolução CJF 507/06 e direitos fundamentais do investigado. *Bol. IBCCrim*, São Paulo, ano 14, n. 165, p. 18-19, ago. 2006.
- SCARANCA FERNANDES, Antonio. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.
- SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *RT*, São Paulo: RT, v. 798, p. 23-50, 2002.
- SUANNES, Adatao. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.
- _____. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: RT, 2003.