



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

CAMPUS DE CAMPINA GRANDE

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE DIREITO

ÉRIKA TELINE ROCHA BARBOSA

**O SIGILO PROFISSIONAL E A BUSCA DA PROVA
NO PROCESSO PENAL**

CAMPINA GRANDE – PB

2012

ÉRIKA TELINE ROCHA BARBOSA

O SIGILO PROFISSIONAL E A BUSCA DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Artigo apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Estadual da Paraíba –
UEPB, como requisito para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Rosimeire Ventura Leite.

CAMPINA GRANDE – PB

2012

B223s

Barbosa, Érika Teline Rocha.

O sigilo profissional e a busca da prova no processo penal [manuscrito] / Érika Teline Rocha Barbosa.– 2012.

24 f.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2012.

“Orientação: Profa. Dra. Rosimeire Ventura Leite, Departamento de Direito Público”.

1. Processo penal. 2. Sigilo profissional. 3. Direito à prova. I. Título.

21. ed. CDD 345.05

ÉRIKA TELINE ROCHA BARBOSA

**O SIGILO PROFISSIONAL E A BUSCA DA PROVA NO
PROCESSO PENAL**

Artigo apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Estadual da Paraíba –
UEPB, como requisito para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

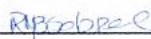
Aprovada em: 21 / junho / 2012

Nota: noze e meio (9,5)



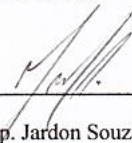
Prof.ª Drª Rosimeire Ventura Leite

Orientadora



Prof.ª Esp. Renata Maria Brasileiro Sobral

Examinadora



Prof. Esp. Jardon Souza Maia

Examinador

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a quebra do sigilo profissional como meio de obtenção de prova no processo penal. O tema mostra-se bastante relevante na atualidade visto que a prática forense está cada vez mais utilizando a quebra do sigilo profissional como meio de obtenção de prova em inúmeros casos. A regra da publicidade dos atos processuais é amplamente conhecida, o que ainda é motivo de indagações é até que ponto essa regra não sofre limitações. Busca-se conceituar o sigilo evidenciando as suas principais características. Para tanto, faz-se um breve estudo acerca da Teoria da Prova no Processo Penal. Discute-se a diferença entre os vocábulos sigilo e segredo tomando por base a ideia trazida pela Constituição Federal sobre o tema. Aborda-se o problema decorrente da quebra do sigilo profissional como meio de obtenção de prova e a preservação dos direitos constitucionalmente garantidos da intimidade e da privacidade. Analisa-se vários tipos de sigilos profissionais tutelados pela norma brasileira e sua possível utilização ou suas limitações como meio de prova. Pretende-se com o presente estudo demonstrar que, embora a publicidade seja a regra dos atos processuais, o sigilo deve ser garantido, seja em virtude da intimidade, seja pelo interesse social.

Palavras-chave: Sigilo profissional – Intimidade - Privacidade– Direito à prova – Busca da verdade.

1. INTRODUÇÃO

A busca da verdade no processo penal é baseada nas provas obtidas no decorrer da ação penal. É com elas que o magistrado, seu destinatário final, forma sua livre convicção a respeito dos fatos ocorridos no curso do processo para só então dar seu veredito.

É através da análise das provas que o juiz consegue chegar à verdade processual. Sem essa análise metódica, a busca da verdade torna-se prejudicada, pois “[...] é por meio das provas que se reproduz (ou se tenta reproduzir), no processo, a realidade que envolve o fato ilícito. A verdade não vinga sem as provas” (BARROS, 2011, p. 124). Para que as provas sejam apreciadas pelo julgador, devem ser obtidas através dos meios aceitos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Do contrário serão consideradas inválidas.

Nesse sentido, resta-nos comprovado que as provas devem ser seguras de tal forma que o julgador possa formar sua convicção sem restar dúvida alguma, o que, do contrário, levaria a prejudicar a defesa, pois a única solução nesse caso seria a utilização do princípio do *in dubio pro reo*¹.

O direito à prova no processo penal pode ser considerado como reflexo de um ordenamento jurídico democrático, o que pode ser comprovado quando analisamos os mais variados meios de prova, bem como suas formas de obtenção. No entanto, essa ampla gama de possibilidades não é ilimitada. Dentre as mais variadas limitações, temos a que se refere ao sigilo profissional e à proteção de direitos fundamentais, como por exemplo, a intimidade.

O Código Penal Brasileiro protege o segredo individual em seu artigo 154, a partir do momento em que a sua revelação a um profissional (médico, advogado, jornalista) é considerada determinante para a tutela do interesse do próprio indivíduo. Essa tutela, no entanto, pode suscitar alguns problemas. No texto legal não existe especificação sobre qual tipo de profissional estaria atingido pela proibição de revelar segredo de outrem, bem como quais fatos poderiam ser objetos dessa proteção (SOUZA, S/D, p. 3).

Os direitos erigidos à categoria de fundamentais constitucionalmente garantidos, como a intimidade e a privacidade, são atingidos quando ocorre a violação do sigilo profissional. A divulgação apenas pode ocorrer nas hipóteses descritas em lei ou apenas quando houver o consentimento do confitente.

O presente estudo visa analisar os diferentes aspectos da proteção ao sigilo profissional existente em nosso ordenamento jurídico penal, a proibição da revelação de segredos por parte de alguns profissionais, bem como sua relação com a produção das provas no processo penal.

Inicialmente, dá-se enfoque à Teoria da Prova no Processo Penal brasileiro. A partir daí, aborda-se a diferença entre os vocábulos ‘sigilo’ e ‘segredo’, as principais características do sigilo profissional enquanto meio de prova, os variados tipos de sigilo e as limitações que recaem sobre a violação do sigilo na produção de provas no curso do processo criminal.

¹ Termo em latim que significa “na dúvida, a favor do réu”.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL

2.1 Conceito e finalidade da prova

Antes de procedermos a análise mais direta sobre o tema, faz-se necessário explicar o significado do vocábulo ‘prova’. A palavra é derivada do latim *probatio*, cujo significado é inspeção, argumentação, exame, aprovação ou confirmação, daí originando o verbo *probare* que significa verificar, examinar, aprovar, persuadir alguém a alguma coisa, demonstrar (NUCCI, 2011, p. 15). Ainda de acordo com o referido autor, a prova estaria vinculada tanto à noção de verdade, quanto de certeza, sendo ambas voltadas à convicção dos seres humanos.

A noção de certeza é considerada subjetiva, relativa, já que pode não necessariamente ser compatível com a realidade. O que é verdade para uns pode não ser para outros. No entanto, a verdade objetiva é aquela ligada totalmente à realidade do ocorrido, como no caso da afirmação de um falecimento. Tal fato é real, pois existe um laudo médico que comprove tal afirmação (NUCCI, 2011, p. 16).

Em se tratando de processo penal, a prova serve para ajudar o julgador a chegar a uma convicção de que os fatos narrados pelas partes no processo são verdadeiros, fazendo com que o seu veredito alcance a verdade real. Conforme nos ensina o ilustre doutrinador M. A. de Barros(2011, p.124):

Extrai-se daí que a prova tem por finalidade a formação da convicção do juiz quanto a existência dos fatos e atos jurídicos que são objeto da afirmação positiva ou da argumentação negativa, segundo as alegações feitas pelas partes.

Como afirmado em linhas pretéritas, a ‘verdade’ que as partes buscam no processo pode não necessariamente corresponder à realidade dos fatos. Trata-se da verdade possível de ser alcançada no processo (NUCCI, 2011, p. 16). Cabe às partes, no processo, fazer uso de suas provas no intuito de despertar o convencimento do juiz para que o mesmo decida em conformidade com suas alegações.

2.2 Objeto e sistemas de avaliação das provas

Constitui objeto de prova os fatos alegados pelas partes, capazes de informar ao julgador a certeza do fato que se alega. Porém não há a necessidade de se fazer prova sobre preceitos legais, pois se presume que sejam de conhecimento do juiz. No entanto, nem todos os fatos necessitam ser comprovados. São os chamados “fatos notórios”; considerados “impossíveis”, “irrelevantes” e “impertinentes” bem como os conhecidos por se encontrarem “em presunção legal absoluta” (NUCCI, 2011, p. 18).

Os fatos notórios são amplamente difundidos e conhecidos pela sociedade em geral. Os fatos em presunção legal absoluta são os que estão previstos na Lei e não admitem demonstração em contrário, como, por exemplo, a afirmação de que o menor de dezoito anos é considerado penalmente inimputável. Os fatos impossíveis, como o próprio nome diz, são os que fogem totalmente à realidade. Os fatos irrelevantes são os que não fariam qualquer diferença no deslinde da demanda e os fatos impertinentes são os que não têm nenhuma ligação com o processo, devendo ser evitados para que o processo não se prolongue desnecessariamente.

Diferentemente do que ocorre no processo civil, no processo penal, não se exclui do objeto da prova os fatos admitidos pelas partes, os chamados fatos incontrovertidos. Nesse sentido, merece destaque a posição do ilustre doutrinador J. F. Mirabete (2008, p. 250):

O juiz penal não está obrigado a admitir o que as partes afirmam contestes, uma vez que lhe é dado indagar sobre tudo o que lhe pareça dúbio e suspeito. [...] o julgador deve chegar à verdade dos fatos tais como ocorreram historicamente e não como queiram as partes.

Se o fato não está entre os que não dependem de prova e desde que o meio para sua obtenção seja admissível, pertinente, concludente e possível, a prova não poderá ser negada, sob pena de manifesta ilegalidade, cuja correção se dará por meio da correção parcial, em virtude do *error in procedendo*² ocorrido (CAPEZ, 2009, p. 299).

² Significa o “erro que o juiz comete no exercício de sua atividade jurisdicional, no curso procedimental ou na prolação da sentença, violando norma processual na sua mais ampla acepção.”. Disponível em www.justitia.com.br/artigos/299c16.pdf. Acesso em maio de 2012.

Para que se proceda à análise das provas no processo penal, existem basicamente três sistemas de avaliação delas, que são os seguintes: **livre convicção** - é aquele presente no Tribunal do Júri, onde os jurados não precisam motivar suas decisões. É considerado um sistema mais maleável, justamente por não haver a necessidade da motivação das decisões; **prova legal** - estabelece um valor prefixado para cada prova obtida no processo. Trata-se de um sistema mais limitado, acabando por restringir a atividade de julgar por parte do juiz, pois o mesmo deve se ater ao que dispõe a norma; **persuasão racional** – método misto. É conhecido como o método do livre convencimento motivado. É o sistema adotado pelo processo penal brasileiro. Nele o juiz é livre para decidir o litígio de acordo com suas convicções devendo, no entanto, motivar sua decisão.

O sistema da persuasão racional dispõe que o juiz pode atribuir valor às provas obtidas no curso da ação penal, devendo analisá-las com vistas a chegar à possível verdade dos fatos. No caso de condenação, sua persuasão racional o guiará para a punição adequada. Em se tratando do livre convencimento motivado, vemos que ao juiz é dada liberdade na apreciação das provas, pois ele tem o poder de atribuir valor a cada uma delas.

Ao juiz é permitido formular sua convicção com base nas provas obtidas durante a fase processual e também naquelas obtidas na fase investigatória. Segundo a lei, tem valor probatório equivalente às provas colhidas na fase processual as provas cautelares, as provas não repetíveis e as provas antecipadas.

Provas cautelares são aquelas colhidas em caráter de urgência, podendo se perder caso não se proceda dessa forma. Como exemplo podemos citar a busca e apreensão, que é medida de cautela, evitando-se a perda do produto do crime ou mesmo de elemento formador da materialidade da infração penal (NUCCI, 2011, p.21).

As provas não repetíveis têm alto grau de perecimento, sendo assim, precisam ser realizadas de imediato. Exemplo desse tipo de prova é o laudo necroscópico, pois mesmo que posteriormente se proceda à exumação do cadáver, o objeto não será mais o mesmo e por isso o trabalho da perícia não corresponderá ao desejado (NUCCI, 2011, p. 21).

A produção antecipada de provas é medida de caráter cautelar. Ocorre antes do início da ação penal, quando o juiz considerar indispensável à produção de provas de caráter urgente. Para a obtenção de tais provas, o magistrado deve se ater a requisitos rígidos como o grau de necessidade, adequação e a proporcionalidade. Esse tipo de prova está prevista no artigo 156, I, CPP:

Art. 156 – A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

Ainda no tocante às provas antecipadas, tem-se como exemplo a prova testemunhal. Imagine-se que uma testemunha chave de determinado crime esteja com a saúde muito debilitada e, em virtude disso, houve a necessidade de se proceder a sua internação hospitalar. Nesse caso, o Ministério Público pode atuar através de requerimento solicitando ao juiz da causa que proceda à oitiva da referida testemunha em caráter de urgência.

2.3 Classificações

As provas se classificam quanto ao seu objeto, ao seu valor e à sua aparência. No tocante ao seu objeto, as provas classificam-se em diretas e indiretas. A prova é considerada direta quando tem poder de demonstrar o fato por si só, dando a certeza através de depoimentos de testemunhas e documentos. Prova indireta é a que afirma outro fato. E quando comprovado outro fato, permite-se concluir o alegado mediante a sua ligação com o primeiro (MIRABETE, 2008, p. 251).

Ainda de acordo com a classificação supracitada, em razão de seu valor, as provas podem ser plenas ou não plenas. Provas plenas são as que são completas, que se mostram suficientes para dar suporte à alegação do fato. As provas não plenas são as que demonstram apenas uma probabilidade de que existe procedência na alegação.

Em relação à sua aparência, as provas podem ser documentais, testemunhais e materiais. As provas documentais são aquelas obtidas mediante documentos; as testemunhais são originadas do depoimento prestado por sujeito estranho ao processo sobre fatos que conhece e que são relevantes ao deslinde da causa. As provas materiais são as obtidas pelos meios, físico, químico ou biológico. Também recebem classificação que demonstra se as provas serão reais ou pessoais. As reais são as que fazem parte de uma coisa, como por exemplo, a arma utilizada em um crime. As provas pessoais dizem respeito ao conhecimento atribuído a alguém, como no caso de interrogatório (CAPEZ, 2009, p. 331).

2.4 Meios de prova

Os meios de prova são todos aqueles capazes de despertar a convicção do magistrado acerca dos fatos alegados pelas partes. Podem ser documentos, testemunhos, perícias, dentre outros. Às partes, é conferida ampla liberdade na utilização dos meios de prova, com vistas a chegar à verdade processual desde que as provas sejam obtidas de forma lícita. Nesse sentido merece destaque a posição do processualista F. Capez (2009, p. 331) ao afirmar que “[...] os meios de prova elencados no Código de Processo Penal são meramente exemplificativos, sendo perfeitamente possível a produção de outras provas, distintas daquelas ali enumeradas”.

A liberdade na utilização das provas, no entanto, não é absoluta. Segundo o disposto no parágrafo único do artigo 155 do CPP, “somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Sendo assim, para se fazer prova do estado de casado, por exemplo, é necessária a apresentação da respectiva certidão, bem como para se fazer prova da menoridade do acusado ao tempo do crime.

Os meios de prova se classificam em lícitos e ilícitos. Os meios ilícitos não devem ser levados em consideração pelo juiz, visto que são contrários ao ordenamento jurídico. Além de serem contrários ao que dispõe a lei, serão igualmente consideradas ilícitas, de acordo com o *caput* do art. 157 do CPP, as provas “[...] obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Somente as provas obtidas por meios lícitos é que devem ser apreciadas pelo julgador.

2.5 Ônus da prova

O termo “ônus” se origina do latim *onus* – encargo. Sendo assim, entende-se que ônus da prova é o encargo de provar. Não se trata de um dever, pois o seu não cumprimento não acarreta uma sanção. Trata-se de uma faculdade, lastreada no interesse que a parte tem de comprovar suas alegações e, assim, alcançar o seu objetivo.

Dispõe o Código de Processo Penal no *caput* de seu artigo 156, que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”. Esse princípio decorre não só de uma razão de oportunidade e na regra de experiência fundada no interesse à afirmação, mas na igualdade de tratamento das partes. De acordo com tal entendimento, não seria justo que se exigisse a apenas uma pessoa o ônus da prova (MIRABETE, 2008, p. 258).

À regra disposta no *caput* do artigo supramencionado cabe uma exceção. Ela se encontra no próprio artigo 156, II, CPP, que assim dispõe: “o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. No caso de o juiz ainda não estar satisfeito com as provas produzidas, ele pode realizar diligências de ofício, buscando a verdade processual.

No processo penal em regra, o ônus da prova cabe à acusação, que atribui a um determinado sujeito, a prática de delito na denúncia ou na queixa. No entanto, o réu também pode ter interesse em produzir prova, como no caso de alegar uma excludente de ilicitude. Nesse caso, ele precisa fazer uso de provas que terão o condão de inocentá-lo das acusações.

2.6 Princípios da prova

Os princípios gerais da prova são os seguintes: princípio da auto responsabilidade das partes; princípio da audiência contraditória; princípio da aquisição ou comunhão; princípio da oralidade; princípio da concentração; princípio da publicidade e princípio do livre convencimento motivado (MIRABETE, 2008, p. 260/261).

O primeiro deles, o da **auto responsabilidade das partes**, dispõe que as partes devem assumir responsabilidade por seus atos, por sua negligência ou erro. No tocante ao **princípio da audiência contraditória**, é dado às partes o dever de se manifestar sobre as provas obtidas no curso do processo, inclusive fazendo uso de contraprovas. O **princípio da aquisição ou comunhão** ensina que as provas pertencem a quem as produziu. Referente ao **princípio da oralidade** entende-se, como o próprio nome indica que deverá haver a predominância da palavra falada. O **princípio da concentração** é decorrente do princípio da oralidade e informa que a instrução e o julgamento devem ocorrer numa só audiência. O **princípio da publicidade** dispõe que todos os atos referentes ao processo serão públicos, com a ressalva dos que estiverem sobre o segredo de justiça. Pelo **princípio do livre convencimento motivado**, o juiz é livre para analisar as provas obtidas no processo e, com base nisso, dar o seu veredito de forma fundamentada.

3. SIGILO PROFISSIONAL E A PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL

3.1 Sigilo, segredo e a publicidade dos atos processuais

Todos os seres humanos possuem segredos que procuram manter na sua mais profunda intimidade no intuito de protegê-los contra qualquer um que ameace violá-los. O sigilo serve para isolar o segredo daqueles que possam vir a descobri-los.

Os termos ‘sigilo’ e ‘segredo’ costumam ser tratados como sinônimos, no entanto, possuem significados distintos. Sigilo vem do grego *sigillum* – marca, sinalzinho, selo. Já o termo ‘segredo’, do latim – *secretum* traduz a ideia do que não se pode revelar. O que realmente distingue os dois termos é que enquanto o ‘segredo’ é a informação que se quer ver protegida, o ‘sigilo’ é a maneira pela qual essa proteção é colocada em prática (SOUZA, S/D, p. 5).

O sigilo ainda pode ser estudado sob dois aspectos: o aspecto interno e o aspecto externo. O sigilo externo é o que é imposto a todos aqueles estranhos ao processo e àqueles que não fazem parte do quadro de funcionários do poder judiciário (KEHDI, 2008, p. 59/60). Quanto ao sigilo interno o referido autor afirma que é

irrelevante o grau de publicidade existente nos autos: trata-se de imposição para que se possa dar uma resposta à acusação (KEHDI, 2008, p.60).

No processo penal, em regra, existe a publicidade dos atos processuais. O artigo 5º, LX, CF dispõe que é admitida a restrição de tais atos unicamente em defesa da intimidade ou do interesse social (CLEMENTE e MACHADO, 2008, p. 98). Nesse sentido, entende-se que o sigilo é exceção à publicidade dos atos processuais. Não só o sigilo é um dos entraves à publicidade dos atos processuais, como também o direito à intimidade e à privacidade.

Do princípio da publicidade dos atos processuais decorrem os princípios do contraditório e da ampla defesa. Esses princípios existem para garantir aos cidadãos amplo acesso às informações obtidas em processo para que possam ter algum suporte na elaboração de sua defesa em caso de se verem envolvidos em um fato criminoso. Esses princípios estão previstos no artigo 5º, LV da Constituição Federal, que assim dispõe:

Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Além dessa previsão constitucional, a lei maior ainda traz em seu texto a publicidade de todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário. O artigo 93, IX da CF dispõe que:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Fazendo uma rápida análise do dispositivo por último mencionado, percebe-se que ele faz referência a dois tipos de publicidade: a publicidade ampla, que seria aquela em que se permite o acesso a qualquer pessoa do povo aos autos do processo; e a publicidade restrita, aquela em que o acesso aos autos é restrito às partes e seus procuradores (KEHDI, 2008, p. 60).

A Constituição traçou limites à imposição da publicidade dos atos processuais. O artigo 5º, LX dispõe que “**a lei** só poderá restringir a publicidade dos atos processuais

quando a **defesa da intimidade** ou o **interesse social** o exigirem” (grifo nosso). Nesse sentido, quando o dispositivo em tela fala que apenas a lei poderá restringir a publicidade dos atos processuais, compreende-se que se trata da reserva absoluta de lei. Sendo assim, restringe-se a disciplina da matéria por qualquer outra fonte infralegal (KEHDI, 2008, p. 67). A defesa da intimidade enquanto exceção à publicidade visa resguardar a esfera da vida privada do indivíduo, bem como a defesa da honra e da imagem daqueles envolvidos no processo. No tocante ao interesse social, compreende-se que se trata da proteção relativa a questões de relevante interesse público, que diz respeito à coletividade.

Além das limitações à publicidade mencionadas acima, temos também a relativa ao princípio da proporcionalidade. Trata-se, nada mais, de uma ponderação de interesses que deve ser feita pelo julgador no curso de uma ação penal, com vistas a permitir ou não o acesso aos autos processuais. Esse princípio também merece destaque quando o relacionamos à utilização das provas ilícitas que porventura sejam trazidas aos autos.

3.2 Princípio da Proporcionalidade e a prova ilícita

Os tribunais têm entendido ser plausível a aplicação do princípio da proporcionalidade em certos casos em que provas ilícitas são trazidas aos autos. Busca-se, com tal atitude, preservar o interesse à produção probatória e a constante busca da verdade real. Esse entendimento acaba por minimizar a proibição constitucional em relação às provas ilícitas.

O julgador na incessante busca da verdade real, entendendo que determinada prova – mesmo que considerada ilícita – é fundamental para o deslinde da causa, passa a ponderar a respeito do valor que cabe a ela. Se entender que realmente ela é indispensável, ele a aceitará de forma excepcional, como lecionam os doutrinadores A. Clemente e A. A. M. Machado (2008, p. 107):

Tal postulado incidiria, tão-somente, em situações nas quais a proibição da prova ilícita provocaria resultados desproporcionais e inusitados. Haveria,

assim, o sacrifício de direitos individuais, em determinadas circunstâncias, em favor do interesse social de efetiva realização da Justiça Penal.

Dessa forma, entende-se que não é em qualquer caso que será admitida a prova ilícita em um processo. Mas apenas em casos excepcionais cujo interesse social se sobreponha aos interesses individuais. A aceitação da aplicação do princípio em comento vem sendo difundida principalmente nos casos em que a utilização da prova ilícita beneficia o acusado. Ainda segundo os autores supracitados, isso se deve ao fato de que o direito que o indivíduo tem de provar a sua inocência se sobrepõe à vedação probatória (CLEMENTE e MACHADO, 2008, p. 109).

A doutrina aponta que, para se fazer uso do princípio da proporcionalidade, deve-se levar em conta a existência de seus pressupostos e subprincípios autorizadores. Esses pressupostos são os referentes à legalidade e à justificação teleológica. Segundo o doutrinador A. P de A. Kehdi (2008, p.73)

Pressupõe-se a *legalidade* porque dela não se pode desapegar aquele que pretende transigir com direitos fundamentais [...]; pressupõe-se a *justificação teleológica* porque a finalidade da aplicação do princípio deve buscar raiz na Constituição Federal [...]. (Grifo do autor)

Além dos pressupostos autorizadores, existem também os chamados subprincípios autorizadores, quais sejam: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro deles é aquele que, por ser apto a alcançar a finalidade, é menos gravoso. A medida adequada é a considerada idônea para o fim perseguido e a proporcionalidade em sentido estrito se refere à solução encontrada após a ponderação dos interesses envolvidos (KEHDI, 2008, p. 73).

3.3 Sigilo e intimidade – limites à produção da prova no processo penal

Como falado anteriormente, o artigo 5º, LX da CF afirma que deve-se garantir a publicidade dos atos processuais quando houver interesse social ou para se proteger o direito à intimidade.

O direito à intimidade é um direito fundamental garantido pela Constituição no seu artigo 5º, X e encontra suporte no princípio da dignidade humana presente no artigo 1º, III da Carta Magna (CLEMENTE e MACHADO, 2008, p. 99). De maneira sucinta, a intimidade é tratada como sendo a esfera de reserva do indivíduo onde ele vê assegurada a possibilidade de desenvolver todas suas atividades protegidos contra terceiros (SOUZA, S/D, p. 4). A doutrina classifica o direito da intimidade como sendo um dos mais importantes dos direitos da personalidade.

De acordo com o ensinamento do ilustre processualista José da Costa Jr., *apud* CLEMENTE e MACHADO (2008, p. 99), a intimidade seria dividida em três esferas progressivamente menores. A primeira delas estaria relacionada com a vida privada em sentido estrito, ou seja, os fatos que o indivíduo não quer que se tornem públicos. A segunda diz respeito aos acontecimentos cuja ciência está restrita a um número menor de pessoas, que compartilham da confiança do indivíduo. A terceira esfera da intimidade está ligada ao segredo, que compreende a parcela mais reduzida da vida particular do indivíduo, da qual ou ninguém compartilha, ou poucos têm conhecimento.

No que se refere ao sigilo lastreado no interesse social, ele pode ser compreendido como aquele limitador da publicidade dos autos do processo, com vistas a garantir o bom andamento do processo penal.

3.4 Sigilo profissional

O sigilo profissional encontra-se tutelado no artigo 154 do Código Penal. O artigo em comento prevê uma punição alternativa de detenção de um mês a um ano ou multa para quem violar segredo profissional, conforme podemos ver a seguir:

Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

Nesse caso, o sujeito ativo do delito é a pessoa que tem acesso a determinado segredo em razão de sua função, ministério, ofício ou profissão. Esse é um tipo muito

especial de crime próprio, pois sua condição especial não se encontra no sujeito ativo, e sim na natureza da atividade que lhe possibilita ter ciência do segredo profissional (BITENCOURT, 2009, p. 154). A doutrina ainda traz outras pessoas que estariam proibidas de revelar segredo profissional. Trata-se dos auxiliares e até mesmo pessoas da família desses profissionais.

O sujeito passivo do crime de violação de sigilo profissional é a pessoa (física ou jurídica) que tem seu segredo revelado por profissional e em virtude disso pode vir a sofrer danos morais ou materiais. Não há consenso na doutrina sobre a consideração da pessoa jurídica como sujeito passivo desse delito, no entanto, trata-se de posição majoritária.

Para que haja incriminação do sujeito ativo é necessário que o agente aja com dolo mesmo que seja eventual e que exista a efetiva caracterização de dano. Não há necessidade que o dano ocorra de fato, mas tão somente que o segredo violado tenha a capacidade de causar dano a alguém (SOBRINHO e LACAVA, 2008, p. 179).

Nesse contexto, surge a necessidade de identificar os fundamentos para a tutela relativa ao segredo da profissão. Podemos dividir tais fundamentos em dois grupos, que seriam o dos fundamentos comuns e dos fundamentos específicos, fazendo referência à atividade profissional como gênero (SOUZA, S/D, p. 6/7).

Conforme salienta o referido autor, do grupo dos fundamentos comuns, o que mais se destaca é a tutela da intimidade do indivíduo exteriorizada através da relação de confiança depositada no profissional confidente, ou seja, seria a expectativa de que seus segredos não serão revelados em uma oportunidade futura. Em segundo lugar, encontra-se a posição que o profissional assume de se tornar um confidente necessário. Isso se deve ao fato de que diariamente inúmeras pessoas recorrem a certos tipos de profissionais com o objetivo de suprir suas carências, como por exemplo, terapeutas, psicólogos e analistas. O terceiro fundamento estaria ligado ao interesse que o próprio profissional tem de manter intactas a confiança e a reputação que conquistou com seu trabalho.

No que tange aos fundamentos específicos, estes estariam relacionados a cada classe de profissionais sujeitos à proibição de revelar segredo que se sabe em razão de sua profissão. É o caso dos médicos, advogados e jornalistas, por exemplo. No caso dos

médicos e demais profissionais da área da saúde, esse fundamento está ligado ao dever de cuidado que esses profissionais têm em relação à saúde pública. Em relação ao advogado, o fundamento é aquele que assegura o direito de defesa daqueles que se encontrem envolvidos em determinado delito. No caso dos jornalistas, o fundamento está na liberdade de informação e de expressão, estando o profissional dessa área desobrigado a revelar suas fontes (SOUZA, S/D, p. 7).

3.4.1 O sigilo do médico

O Código de Ética Médica trata da questão do sigilo médico em seu capítulo IX, do artigo 73 ao artigo 79, dispondo quais as vedações que os médicos estão sujeitos. Engloba-se desde a proibição de divulgar fato que tenha conhecimento por meio de sua função, ao sigilo em relação à cobrança de honorários médicos. Como podemos observar no art. 73 do referido diploma:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.
Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

A questão também pode ser encontrada no juramento que os médicos fazem ao se formar na universidade, o famoso juramento de Hipócrates³. Em uma das passagens desse juramento destaca-se o seguinte: “Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto”.

O capítulo I do referido código, traça os princípios básicos ao exercício da medicina, e em seu inciso IX, dispõe que o médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei. Com a análise do Código de Ética Médica percebe-

³ Pesquisador do campo da saúde. Nasceu na Grécia, em Cós, ilha grega do Dodecaneso, em 460 a.C. Ele viveu na mesma época que os grandes filósofos gregos Sócrates e Platão. É respeitado até nossos dias como o ‘pai da medicina’, pois ainda hoje sua obra é atual.

se que tal vedação também se aplica aos médicos prestadores de serviços em empresas, com a ressalva dos casos em que o silêncio venha a prejudicar ou pôr em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade.

O médico é proibido de divulgar segredos que tenha acesso por meio de sua função, no entanto, conforme o próprio Código de ética Médica dispõe, existem exceções: no caso de motivo justo, dever legal ou consentimento por escrito do paciente. É o que vemos no art. 73 supramencionado.

No caso da quebra do sigilo ser autorizada pelo paciente e suas informações estiverem contidas em documentos, o médico deverá fornecê-los para fins de investigação criminal, caso haja uma requisição judicial. Caso o médico seja testemunha em um processo criminal, a autorização deve ser ofertada pelo paciente em juízo. Mesmo que o médico esteja desobrigado pela parte interessada, ficará a seu critério revelar ou não, o fato sigiloso (SOBRINHO e LACAVA, 2008, p. 187).

A justa causa como vimos, também desobriga o médico de manter o sigilo profissional. A dificuldade está em conceituar qual seria essa justa causa. De acordo com a professora Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *apud* SOBRINHO e LACAVA (2008, p. 189) essa tarefa é praticamente impossível, pois estamos diante de uma expressão multiforme, visto que ‘causa’ possui significado vago e ambíguo, enquanto ‘justo’ constitui um valor.

O médico também pode revelar segredo no caso de se ver obrigado por lei. Exemplo dessa situação é quando o médico toma conhecimento de uma doença cuja notificação é compulsória. Nesse caso, busca-se proteger o interesse coletivo.

3.4.2 O sigilo do advogado

O advogado é um dos profissionais que tem acesso aos mais variados segredos em razão de seu ofício. Para realizar seu mister de forma eficiente e segura, é de suma importância que exista uma relação com o cliente de total confiança por ambas as partes. Ao procurar um advogado o indivíduo precisa se sentir seguro e o profissional tem que se portar de tal maneira que não restem dúvidas quanto à sua discrição.

O advogado é indispensável à administração da justiça. A Constituição Federal, em seu artigo 133 afirma: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

O dever de manter sigilo no exercício da profissão também vem insculpido no Código de Ética e Disciplina da OAB, mais precisamente nos artigos 25 a 27 do capítulo III que trata do sigilo profissional. Os referidos artigos disciplinam o seguinte:

Art. 25. O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.

Art. 26. O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.

Art. 27. As confidências feitas ao advogado pelo cliente podem ser utilizadas nos limites da necessidade da defesa, desde que autorizado aquele pelo constituinte.

Parágrafo único. Presumem-se confidenciais as comunicações epistolares entre advogado e cliente, as quais não podem ser reveladas a terceiros.

De acordo com o referido Estatuto, o sigilo profissional é entendido como direito do advogado, o que podemos ver no artigo 7º, II e também como dever, segundo o artigo 34, VII, visto que a sua violação estará sujeita a sanções (SOBRINHO e LACAVA, 2008, p. 183).

O sigilo do advogado não se restringe apenas às confidências relatadas no escritório. Ele se estende a quaisquer informações trocadas entre o cliente e o advogado, bem como aos documentos que contenham informações sigilosas do cliente, seus e-mails, cartas, conversas telefônicas, etc.

A rigidez sobre o tema é tamanha que nem mesmo com a autorização de seu cliente, em processos criminais, por exemplo, o advogado é obrigado a prestar testemunho, pois, nem sempre será possível aferir o risco que a revelação do segredo tem de manchar a sua atuação no processo (BARROS, 1996, p. 27).

3.4.3 Sigilo do jornalista

Conforme discutido anteriormente, o sigilo do jornalista encontra seu fundamento no direito à informação. Para que o jornalista consiga realizar seu trabalho de forma eficiente e satisfatória, ele precisa conseguir todo tipo de fonte capaz de levá-lo à realidade dos fatos.

Diante disso, ele deve manter suas fontes incógnitas. Isso se deve ao fato de que muitas vezes se trata de pessoa que se vê ameaçada de alguma forma caso revele alguma informação. O sigilo do jornalista vem regulado na Constituição e na lei nº 5.250/67, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação.

Diferente do que ocorre com o sigilo do médico, o jornalista pode receber informações reservadas daqueles que mantêm relacionamento profissional com a finalidade de produzir notícias divulgando fatos verídicos com responsabilidade. O médico, ao contrário, ouve informações reservadas do seu paciente que permaneceram, em regra, protegidas pelo sigilo profissional (SOBRINHO e LACAVA, 2008, p. 197).

4. Considerações finais

A busca da verdade real é a finalidade do processo penal. Para se chegar a ela, os magistrados possuem ampla liberdade na apreciação das provas trazidas aos autos. Essa liberdade, no entanto, não é absoluta. Vimos que, entre as exceções a essa liberdade está à proibição da aceitação das provas consideradas ilícitas.

Em relação a esse tema, os tribunais têm entendido ser possível a aceitação de tais provas em casos excepcionais, quando tal prova for considerada essencial para o deslinde da causa. Para isso, o julgador fará uso do princípio da proporcionalidade, analisando o valor que cabe a esse tipo de prova. A aplicação desse princípio vem sendo difundida principalmente nos casos em que a utilização da prova ilícita beneficiaria o acusado, pois o direito que o indivíduo tem de provar a inocência deve prevalecer face à vedação probatória.

Identificou-se a diferença entre os vocábulos ‘sigilo’ e ‘segredo’ e sua relação com a regra da publicidade dos atos processuais. Buscou-se demonstrar que mesmo com a regra da publicidade dos atos processuais, o sigilo profissional deve ser protegido. Essa proteção deve se dar tanto em relação à intimidade, quanto nos casos em que houver interesse social envolvido.

Salientou-se o problema da utilização da quebra do sigilo profissional como meio de obtenção de prova. Para tanto, analisou-se o quanto o direito à intimidade e o sigilo são capazes de cercear o direito à prova.

Por último, destacou-se a proteção do sigilo profissional relativo a três categorias de profissionais, quais sejam o médico, o advogado e o jornalista. Nesse sentido, salientou-se em quais ocasiões poderá ocorrer a quebra do referido sigilo. De acordo com o art. 207 do CPP, essas categorias profissionais estariam proibidas de depor, salvo quando a parte interessada permitir a divulgação do fato sigiloso e se o profissional entender que tal medida não lhe é prejudicial, como, por exemplo, no caso do advogado, que mesmo quando autorizado pela parte, pode se recusar a depor como testemunha mesmo que tal atitude acabe trazendo benefícios para seu cliente.

Mesmo com o crescente surgimento de estudos relacionados ao sigilo profissional e a busca da prova no processo penal, percebe-se que o tema ainda é capaz de suscitar inúmeras dúvidas, como por exemplo, quais profissionais são atingidos pelo dever de manter sigilo sobre informações adquiridas no exercício de sua profissão, já que a lei não é específica neste ponto.

ABSTRACT

The present paper is intended to analyze the violation of professional secrecy as such a way to obtain proof in the criminal process. The theme is shown quite relevant in present, since the forensic practice is increasingly using the violation of professional secrecy as a way to obtain proof in uncountable cases. The rule of the procedural acts publicity is largely known, which is already reason to questions is till what point this rule doesn't suffer limitations. It seeks to conceptualize the secrecy evidencing its main characteristics. For that, it was done a brief study about the Proof Theory in the Criminal Process. It was discussed the difference between the terms secrecy and secret,

taking by basis the idea brought by the Federal Constitution about the theme. The problem derived of the professional secrecy violation was treated as such a way to get the proof and the preservation of the intimacy and the privacy rights constitutionally guaranteed. It was analyzed a number of professionals secrecy types ward by the brazilian rule and its possible use or its limitations as a way of proof. With the present study, we intend to demonstrate that, although the publicity is the rule of the procedure acts, the secrecy must be guaranteed, based on intimacy or on the social interest.

Keywords: Professional secrecy - Intimacy - Privacy - Right to Proof - Searching for the truth.

REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Sigilo Profissional**. Reflexos da violação no âmbito das provas ilícitas. *Justitia*, n. 175, p. 17-33, jul-set, 1996.

Biografia de Hipócrates. Disponível em: www.infoescola.com/biografias/hipocrates/. Acessado em: 11/05/2012.

BITENCOURT, César Roberto. **Código Penal Comentado**. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAGLIARI, José Francisco. **Provas no processo penal**. *Justitia*, (S/D). Disponível em: www.justitia.com.br/artigos/299c16.pdf. Acessado em 11/05/2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CLEMENTE, Aleksandro; MACHADO, André Augusto Mendes. **O sigilo e a prova criminal**. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de., FERNANDES, Antônio Scarance; MORAES, Maurício Zanoide de. (coord). **Sigilo no Processo Penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Código de Ética Médica. Disponível em:
<www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_9.asp>. Acessado em: 11/05/2012.

Juramento de Hipócrates. Disponível em:
<www.cremesp.com.br/?siteAcao=Historia&esc=3>. Acessado em: 11/05/2012.

KEHDI, André Pires de Andrade. **O sigilo da ação penal:** aspectos gerais. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de., FERNANDES, Antônio Scarance; MORAES, Maurício Zanoide de. (coord). **Sigilo no Processo Penal:** eficiência e garantismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LOPES, Hálisson Rodrigo; BARBOSA, Robledo Karlily Oliveira. **Uma análise crítica da teoria geral da prova no processo penal brasileiro.** Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10491>. Acessado em: 09/05/2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal.** 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005 – 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado.** 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Provas no processo penal.** 2. ed. rev., atual. e ampl. com a obra “O valor da confissão como meio de prova no processo penal”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SOBRINHO, Mário Sérgio; LACAVA, Thaís Aroca Datcho. **O sigilo profissional e a produção da prova.** In: ALMEIDA, José Raul Gavião de., FERNANDES, Antônio Scarance; MORAES, Maurício Zanoide de. (coord). **Sigilo no Processo Penal:** eficiência e garantismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de. **Sigilo profissional e prova penal.** Disponível em:<www.institutoasf.com.br/dcms/uploads/arquivo_29112011172749.pdf>. Acessado em: 09/05/2012.

