

PROVA PENAL E SIGILO PROFISSIONAL:
ANÁLISE COMPARATIVA E CASUÍSTICA DE
ALGUMAS PROFISSÕES

Edson Roberto Baptista de Oliveira
Fernando Henrique Aguiar Seco de Alvarenga

CRIMINAL EVIDENCE AND PROFESSIONAL
SECURITY: A COMPARATIVE AND CASUISTICAL
ANALYSIS OF SOME PROFESSIONS

PROVA PENAL E SIGILO PROFISSIONAL: ANÁLISE COMPARATIVA E CASUÍSTICA DE ALGUMAS PROFISSÕES

*CRIMINAL EVIDENCE AND PROFESSIONAL SECRECY: A COMPARATIVE AND CASUISTICAL ANALYSIS OF
SOME PROFESSIONS*

Edson Roberto Baptista de Oliveira

(Pós- Graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca/Espanha; Pós Graduando em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/Portugal. Advogado).

Fernando Henrique Aguiar Seco de Alvarenga

*(Pós Graduado em Direito Processual pela UNISUL.
Defensor Público Federal em São Paulo).*

RESUMO

O trabalho pretende analisar o controvertido tema do sigilo profissional, muitas vezes tratado sem grande interesse pela doutrina processual penal, não obstante a sua relevância social. Para tanto é indispensável a identificação dos interesses protegidos pelo sigilo, bem como uma distinção entre segredo e sigilo. A análise do instituto em países de matriz jurídica comum, de modo a compreender como é o tratamento da matéria nessas nações, também é realizada, sendo analisados os ordenamentos italiano, espanhol e português. Estabelecido o panorama, passa-se a analisar o tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro à matéria, com as respectivas críticas, bem como é proposto o estabelecimento de um critério de solução das controvérsias. Diante de toda a base conceitual retratada, passa-se a uma análise casuística das profissões de contador, jornalista, advogado e defensor público, tratando de questões específicas atinentes a cada uma delas.

Palavras-chave: Prova. Penal. Segredo. Sigilo profissional. Profissões.

ABSTRACT

The study intends to analyze the controversial topic of the professional secrecy, which is very often treated without much interest in criminal procedure doctrine, despite its social relevance. Therefore the identification of the interests protected by the secrecy is essential as well as a distinction between secrecy and confidentiality. The analysis of the institute in common legal matrix countries, in order to understand how the matter is treated in these nations, is also performed by analysis of the Italian, Spanish and Portuguese legal systems. Once the outlook is established, the treatment given to the matter by the Brazilian legal system is analyzed, with the respective criticisms as well as the establishment of a solution criterion for controversies is proposed. In view of the whole conceptual basis portrayed, a case-by-case analysis is made based on the professions of accountant, journalist, lawyer and public defender with regard to specific issues related to each one of them.

Keywords: Evidence. Penal. Secrecy. Professional confidentiality. Professions.

Data de submissão: 25/02/2015.

Data de aceitação: 20/07/2015.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 1.1 Interesses sociais protegidos 1.2 Segredo X sigilo 1.3 Natureza dúplice: direito/dever 2 BREVE ANÁLISE DE DIREITO COMparado 2.1 Itália 2.2 Espanha 2.3 Portugal 3 Aspectos Gerais do Sigilo no Brasil 3.1 Previsão Constitucional e legal 3.2 Inexistência de definição legal das profissões amparadas pelo sigilo 3.3 Proposta crítica: confidente necessário 4 CASUÍSTICA 4.1 Advogado e Defensor Público 4.2 Jornalista 4.3 Contador 5 CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo trazer algumas considerações acerca do sigilo profissional e a prova penal, especialmente de pessoas que em razão da sua função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo sobre algum fato e que possam vir a ser chamadas para testemunhar em algum processo criminal.

Nota-se que a regulamentação e o respeito ao direito à prova estão intimamente relacionados ao grau de comprometimento e afirmação do estado democrático de direito de determinada sociedade.

Obviamente, referido direito não se mostra ilimitado. Uma das nuances limitativas ao direito à prova se revela ao tratar do sigilo decorrente do exercício de uma profissão, na medida em que o profissional recebe a informação em função de seu ofício e conta com a confiança do particular de que não irá revelar tal segredo.

Isso porque certas atividades profissionais dependem inexoravelmente da confiança (e, por consequência, do sigilo), na medida em que, para bem exercer o mister, devem ter, necessariamente, conhecimento de aspectos íntimos e pessoais, cuja consequência para a própria continuidade e respeitabilidade da profissão é a imposição de sigilo como decorrência ética da atividade.

Entretanto, pode parecer questionável a sobreposição desses aspectos íntimos e privados de determinada pessoa na busca de uma verdade objetivada pelo processo penal, obstruindo a reconstrução histórica dos fatos para proteger o segredo de um particular; ainda mais na hipótese de o acesso a esse dado da realidade ser obstado por um dever ético ou moral.

Também se mostra controvertida a questão do sigilo, na eventualidade de o profissional que recebeu a informação (segredo), por considerar benéfico ao acusado – no caso do processo penal – opta por revelar este dado, sendo **juiz de seus próprios atos**, com ou sem o consentimento do confitente, sem prejuízo da responsabilidade pessoal quanto à revelação.

Outro ponto a ser destacado na celeuma que envolve o tema é o de que, muitas vezes, somente se analisa o sigilo profissional na produção da prova testemunhal, mas

essa limitação deve abarcar, por óbvio, outras situações, como a de busca e apreensão de documentos, uma vez que, se assim não fosse, poderia haver uma burla à vedação legal. Caso o profissional se negue a testemunhar, mas seja determinada a apreensão dos seus documentos relativos àquela situação (como, por exemplo, o prontuário médico¹), certamente haverá violação ao sigilo profissional, ainda que sem o efetivo depoimento do profissional.

Muito já se discutiu acerca da prova ilícita, sendo certo que não se pretende o aprofundamento da questão, por não ser este o objetivo do trabalho, de modo que os fundamentos gerais para a vedação de admissão da prova protegida pelo sigilo profissional são certamente mais vinculados a razões de *extrinsic exclusionary rules*, conforme as valiosas lições de Mirjan Damaska² e de Antônio Magalhães Gomes Filho³, pois levam em conta “considerações estranhas ao interesse de apuração da verdade processual”.

Não se trata, pois, de fundamento epistêmico, mas sim de razões políticas que visam preservar outros interesses sociais, uma vez que na clássica lição advinda da jurisprudência alemã, “a busca da verdade não se faz a qualquer custo”. Até porque o conhecimento trazido por um profissional destes teria grande potencial epistêmico. Imagine-se, exemplificativamente, o já conhecido paralelo do papel do juiz com o do historiador. Para este último o acesso a uma prova desta natureza seria de imensa valia para o seu trabalho, pois permitiria o contato com uma fonte de informação privilegiada. Mas trazer esse dado para a realidade processual implicaria no sacrifício de outros valores também protegidos pelo ordenamento.

Assim, resumidamente, o presente trabalho buscará demonstrar os aspectos legais do sigilo profissional, trazer comparações de legislações alienígenas, bem como analisar a situação de algumas profissões que guardam o dever de manutenção incólume de informações confidenciais recebidas em função de seu ofício.

¹ COLTRO, Antonio Carlos Mathias. O sigilo profissional e a requisição judicial do prontuário médico. In: ZIMMERMAN, David (Org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2010. p. 205-211.

² DAMASKA, Mirjan. **Evidentiary barriers do conviction and two models of criminal procedure: a comparative study**, University of Pensilvania law review, 121:513, 1973.

³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo, RT, 1997, p. 96.

1.1. Interesses sociais protegidos

Os valores (interesses sociais) que a proteção conferida pelo sigilo profissional alberga são essencialmente dois: o primeiro e de mais fácil percepção é o de proteção à intimidade/privacidade a qual restaria severamente violada se acaso os segredos confiados a um profissional, no exercício de sua especialidade, fossem revelados.⁴ E a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, bem delimita que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e assegura o direito à indenização pelo dano material ou mora decorrente de sua violação”.

O outro interesse tutelado é o de confiabilidade das relações sociais travadas entre os particulares, pois não pode o Direito Penal ser motivo de mais cizânia e instabilidade, sendo certo que tem importante componente de pacificação social, de modo a garantir que todos possam bem exercer seus ofícios e obter todas as informações necessárias para tanto. Vale um exemplo ilustrativo, ainda que não penal, um paciente não revelaria a seu médico todas as circunstâncias em que determinada moléstia o acometeu, em especial se fossem constrangedoras tais circunstâncias, se acaso desconfiasse que o sigilo profissional não fosse guardado.

Também exemplificativamente, no caso do advogado que tem o dever de guardar segredo, a importância dos bens e direitos que protege na sua atuação profissional faz com que o sigilo seja mantido no interesse da sociedade. Os segredos são passados pelo cliente ao advogado porque há confiança mútua, na medida em que, se as informações forem incompletas, o patrono não exercerá seu ofício corretamente.

Dessa forma, não haverá o aproveitamento completo das potencialidades benéficas de um profissional se o sigilo não existir, porque este é um pressuposto da boa e efetiva atuação, sendo certo que a proteção pode existir ainda que o confitente abra mão de seu direito ao sigilo, tendo em vista que essa proteção constitui instrumento de defesa da paz social entre os cidadãos.

A proteção do segredo profissional se sobressai objetivamente para atender a interesses da sociedade, considerando que o fato de existirem profissionais ou profissões que trabalham

⁴ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El secreto profesional en el proyecto de código penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 33, n. 3, p.599-601, set./dez. 1980.

em regime de ampla confiabilidade interessa à segurança e à paz sociais.

Assim, em suma, são estes os dois grandes interesses protegidos pelas regras impositivas de sigilo profissional, a intimidade daquele que revela o segredo e a confiabilidade nas profissões e das relações sociais decorrentes. No âmbito de cada profissão, especificamente, sobressaem outros valores específicos a serem tutelados, os quais serão oportunamente abordados.

1.2. Segredo X Sigilo

Relevante a distinção trazida por Diego Fajardo de Souza,⁵ ao citar Paulo José da Costa Jr. quanto à diferença entre segredo e sigilo: “Segredo é a informação, o dado da realidade que se pretende ver protegido ou ocultado e o sigilo é a forma através da qual é efetivada esta proteção.”

Fica assente o caráter instrumental do sigilo, o qual somente tem lugar para proteger o segredo e, por via de consequência, a intimidade. Claro, ainda, que um mesmo segredo pode ser protegido por diversos sigilos (profissional, ético, bancário, fiscal etc). Nítido, assim, ser preferível a locução **sigilo profissional** ao invés de **segredo profissional**.

Portanto, sigilo e segredo não são expressões sinônimas. Segredo é o que deve permanecer incólume, por exigência de ordem pública, pois o fato não obstante algumas pessoas tenham ciência, não deve, por lei, por sua natureza ou por vontade do interessado, ser revelado a outrem.⁶ O sigilo é a forma ou o modo que tem por finalidade obstar a revelação do segredo.

Dessas simples considerações introdutórias pode ser extraída, ainda, outra importante conclusão: se o sigilo é meio de proteção para o segredo (intimidade), não havendo

⁵ Diego Fajardo Maranha Leão de Souza. **Sigilo profissional e prova penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n. 73, jul./ago. 2008.

⁶ SUCAR, Germán; RODRÍGUEZ, Jorge L; IGLESIAS, Agustín María. Violación de secretos y obligación de renunciar: un dilema ficticio: un comentario crítico al fallo Zambrana Daza. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, Buenos Aires, v. 4, 8B, p.195, 1998.

direitos absolutos, necessário é o reconhecimento que o sigilo pode ser, eventualmente, rompido não se constituindo barreira intransponível. Não obstante as situações em que isso pode ocorrer tenham que ser necessariamente ponderadas, analisando-se detidamente os bens jurídicos em choque e o escopo protetivo da norma.

1.3. Natureza dúplice: direito/dever

Reconhecendo-se que o sigilo profissional não busca proteger apenas os interesses daquele que confessou o segredo ao profissional, mas também os interesses da sociedade no bom préstimo de serviços essenciais e na confiabilidade das relações sociais, exsurge uma importante constatação.

Não se trata o sigilo profissional de um simples direito daquele particular confitente, do qual poderia simplesmente abrir mão a qualquer momento e obrigar o profissional confidente a depor. Ora, se a confiança da coletividade também é tutelada pela norma, é dever do profissional resguardar essa confiança, não podendo ser obrigado a romper o sigilo simplesmente pela manifestação de vontade do confitente.⁷

Assente, assim, que o sigilo tem uma inegável natureza dúplice e constitui, além de um direito do particular, um dever do profissional. Certo, portanto, que toda a análise do sigilo profissional deve ser perpassada por tal constatação.

2. BREVE ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO

Antes de adentrar na análise do tema do sigilo profissional no Direito brasileiro, faz-se necessária uma abordagem da matéria nos países de matriz jurídica comum, de modo a

⁷ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder; BONHO, Luciana Tramontin; TEIXEIRA NETO, João Alves. O médico e o crime de violação de segredo profissional: breve análise doutrinária e jurisprudencial do art. 154 do Código Penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 8, n. 30, p.123, jul./set. 2008.

compreender as diferenças e semelhanças no tratamento da matéria e possibilitar uma análise mais crítica e acurada.

Para tal mister, considerando a relevância dos estudos e as semelhanças nos ordenamentos, serão sucintamente (e sem qualquer pretensão exaustiva) abordadas as disciplinas do sigilo profissional no âmbito da Itália, Espanha e Portugal.

2.1. Itália

O ordenamento italiano protege o sigilo profissional em normas de direito penal material e direito processual penal e dá tratamento harmônico e adequado à questão. Destaca-se, desde já, que a congruência entre as normas materiais e processuais parece ser indispensável para um correto tratamento da matéria, a fim de evitar possíveis antinomias que possam conduzir a soluções díspares.

O Código Penal⁸ italiano prevê o crime de **revelação de segredo profissional** em seu art. 622⁹.

⁸ Instituído pelo Decreto Real n. 1398/1930, com alterações no artigo 622, adiante mencionado, pela Lei n. 262/2005.

⁹ Código Penal da Itália. Art. 622 - **Rivelazione di segreto professionale** - *Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito, se dal fatto può derivare nocimento, con la reclusione fino a un anno o con la multa da euro 30 a euro 516. La pena è aggravata se il fatto è commesso da amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci o liquidatori o se è commesso da chi svolge la revisione contabile della società. Il delitto è punibile a querela della persona offesa.*

Já o Código de Processo Penal¹⁰ traz em seu art. 200¹¹ as hipóteses de dispensa do dever de testemunhar, bem como algumas previsões correlatas a essa dispensa, sendo certo que todas essas normas da legislação italiana serão sucintamente analisadas nos parágrafos seguintes.

A norma de direito penal (art. 622 do CP) pune aquele que revela, sem justa causa ou em proveito próprio ou alheio, segredo do qual teve conhecimento em razão de seu estado, ofício, profissão ou arte, sem estabelecer nenhuma espécie de rol taxativo.

Já o art. 200, 1 do CPP, de forma coerente, estabelece aqueles profissionais que podem se negar a prestar depoimento acerca de fatos conhecidos pelo exercício de sua função. Observa-se que, ao contrário da lei penal, a lei processual elenca de forma taxativa as profissões que podem se valer desse sigilo e deixa, entretanto, a possibilidade de a lei instituir outras hipóteses de sigilo.

É possível perceber que a legislação claramente estabelece duas formas distintas de sigilo, uma comum a todos os profissionais que conhecem segredos em virtude de seu ofício e que não podem revelá-los, sob pena de cometimento de crime. Não obstante, a maioria das categorias profissionais pode ser obrigada a depor sobre tais fatos (segredos). Já para algumas profissões específicas, previamente definidas pela lei, há um sigilo qualificado, de forma que não podem ser obrigados a depor sobre esses segredos.

¹⁰ Veiculado pelo Decreto do Presidente da República n. 447/1988, que encerrou o longo processo de reforma no Direito Processual Penal Italiano. No que importa para a finalidade do presente trabalho, deve-se mencionar, ainda, a profunda modificação instituída pela Lei n. 397/2000, que tratou de regular a investigação criminal defensiva, alterando especificamente o artigo 200 do CPP, adiante transcrito.

¹¹ Código de Processo Penal italiano. Art. 200 - **Segreto professionale** - 1. *Non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi incui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria:*

a) *i ministri di confessioni religiose, i cui statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano;*

b) *gli avvocati, gli investigatori privati autorizzati, i consulenti tecnici e i notai;*

c) *i medici e i chirurghi, i farmacisti, le ostetriche e ogni altro esercente una professione sanitaria;*

d) *gli esercenti altri uffici o professioni ai quali la legge riconosce la facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale .*

2. Il giudice, se ha motivo di dubitare che la dichiarazione resa da tali persone per esimersi dal deporre sia infondata, provvede agli accertamenti necessari. Se risulta infondata, ordina che il testimone deponga.

3. Le disposizioni previste dai commi 1 e 2 si applicano ai giornalisti professionisti iscritti nell'albo professionale, relativamente ai nomi delle persone dalle quali i medesimi hanno avuto notizie di carattere fiduciario nell'esercizio della loro professione. Tuttavia se le notizie sono indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicità può essere accertata solo attraverso l'identificazione della fonte della notizia, il giudice ordina al giornalista di indicare la fonte delle sue informazioni.

Considerando a previsão do CPP e a da legislação esparsa, sabe-se que os profissionais abrangidos pelo sigilo qualificado são os seguintes: ministros de confissão religiosa, advogados, procuradores, consultores técnicos, notários, médicos, farmacêutico e demais profissões da área sanitária, consultores de trabalho, encarregados de tratamento de dependentes de tóxicos e peritos comerciais.¹²

Especificamente quanto ao jornalista o CPP prevê (em seu art. 200, 3) o sigilo da fonte de informação, mas admite hipótese de revogação excepcional quando a indicação da fonte é indispensável para a demonstração do fato criminoso. Inegável a constatação de que se trata de sigilo bastante diminuído, de modo que o jornalista parece ocupar, no Direito Italiano, uma categoria profissional intermediária entre aqueles que têm apenas do dever geral de sigilo e os detentores do sigilo qualificado.

O Código prevê, ainda, uma hipótese de o Juiz valorar a veracidade da oposição de sigilo, podendo afastá-la (art. 200, 2). No entanto, não há previsão de um procedimento próprio para esse afastamento, sendo que a definição das hipóteses e requisitos deve ser casuística, tendo grande relevo o papel da doutrina e da jurisprudência nessa definição. Não parece se tratar de uma verdadeira ponderação entre os valores em choque (sigilo e interesse na persecução penal), mas somente da falsidade ou inexistência do sigilo alegado pela testemunha.

¹² Diego Fajardo de Souza, **Sigilo...**, op. cit. p 124.

2.2. Espanha

Há previsão de proteção ao sigilo profissional na própria Constituição Espanhola de 1978¹³, a qual delega para a lei a definição mais precisa dessas hipóteses. O art. 24, nº 2¹⁴ trata do segredo profissional em geral, já o art. 20, nº 1¹⁵ é específico para o **segredo profissional** relativo à liberdade de pensamento, ideias e opiniões, bem como para a sua comunicação, de modo que a proteção dada ao jornalista pode ser extraída de tal previsão.

Dando cumprimento à imposição constitucional, a legislação da Espanha regulou o sigilo profissional, tanto no Código Penal¹⁶ quanto no Código de Processo Penal¹⁷. Ocorre que o legislador impôs um verdadeiro conflito entre as normas infraconstitucionais, conforme adiante se demonstrará, sendo esse o traço mais marcante do sigilo no Direito Espanhol.

O CP prevê o crime de revelação de segredo profissional em seu art. 199, nº 2¹⁸ de forma bastante ampla e abrangente, de modo que, aparentemente, não haveria qualquer questionamento acerca da temática.

Nota-se que o Código Penal, ao determinar a obrigação de segredo para os profissionais, não estabelece uma limitação a determinadas categorias, fazendo referência apenas ao

¹³ A existência dessa previsão no corpo do texto constitucional pode ser explicada pelo momento histórico de surgimento da Constituição de 1978, uma vez que a Espanha vivia um período de transição do regime (autoritário) franquista para uma monarquia constitucional.

¹⁴ Constituição Espanhola. *Artículo 24, nº2 [...] La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*

¹⁵ Constituição Espanhola. *Artículo 20, nº1. Se reconocen y protegen los derechos:*

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

¹⁶ Instituído pela Lei Orgânica 10/1995, sem alterações nos artigos que interessam para a finalidade desse estudo.

¹⁷ Aprovado pelo Decreto Real de 14 de setembro de 1882, sem modificações nos artigos que serão citados no presente trabalho.

¹⁸ Art. 199, 2: El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

profissional com dever de sigilo ou reserva. Não há, também, uma diretriz interpretativa para determinar quais são esses profissionais, pois o CP não tem qualquer espécie de rol exemplificativo e tal tarefa fica a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Também não há qualquer elemento normativo como a **justa causa** referida pelo Código Penal italiano, o que apenas demonstra a abrangência da proteção ao sigilo profissional na legislação material espanhola.

No entanto, de forma contraditória, o Código de Processo Penal da Espanha (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*) em seus artigos 262 e 263¹⁹ determina que os profissionais que tenham notícia da ocorrência de crimes comuniquem tal fato às autoridades, isentando desse dever apenas os advogados, procuradores e ministros de confissão religiosa, sem qualquer menção expressa aos profissionais de saúde ou a outros profissionais com dever de sigilo.

Os artigos 416 e 417²⁰ da lei processual também estabelecem aqueles que estão dispensados de depor em virtude do sigilo profissional. Pela literalidade da lei estariam dispensados apenas os advogados, ministros de cultos religiosos e funcionários públicos. Novamente não há qualquer referência aos demais profissionais com dever de sigilo, sendo ainda mais

¹⁹ Art.262: *Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratare de un delito flagrante.*

Los que no cumpliesen esta obligación incurrirán en la multa señalada en el artículo 259, que se impondrá disciplinariamente.

Si la omisión en dar parte fuere de un Profesor en Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviese relación con el ejercicio de sus actividades profesionales, la multa no podrá ser inferior a 125 pesetas ni superior a 250.

Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrá además en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo.

Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando la omisión no produjere responsabilidad con arreglo a las Leyes.

Art. 263: *La obligación impuesta en el párrafo primero del art. anterior no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes. Tampoco comprenderá a los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio.*

²⁰ Art. 416: *Están dispensados de la obligación de declarar: [...]*

2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.

Art. 417: *No podrán ser obligados a declarar como testigos:*

1.º Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio.

2.º Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquiera clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar declaración que se les pida.

notável a ausência daqueles da área de saúde.

Não há cláusula aberta ou geral que permita a interpretação extensiva ou o acréscimo mediante outra previsão legal, sendo certo que, a prevalecer a literalidade da lei processual, haveria a obrigação, para a maioria dos profissionais, de depor e de informar caso tenha notícia da ocorrência de algum crime, inclusive aqueles que tem dever de sigilo, com as exceções já referidas.

Dessa breve análise fica bastante patente que a previsão legal espanhola é bastante incongruente e, portanto, insuficiente para a adequada proteção ao sigilo profissional. No entanto, ante a relevância do sigilo para a própria estabilidade das relações sociais, a doutrina realiza um intenso esforço hermenêutico²¹ para conseguir adequar as previsões legais aos ditames da Constituição e, principalmente, para atender à legítima expectativa da população de ver seus segredos preservados por aqueles profissionais que devem guardar sigilo.

Apenas com essa interpretação sistemática é que se consegue excluir os profissionais da saúde do âmbito de aplicação das normas do CPP e afastar seu dever de depor e de comunicar crimes. A mesma crítica pode ser feita para outros profissionais que tenham dever de sigilo (com os jornalistas, que não são referenciados pelo CPP), o que apenas corrobora o que se vem afirmando, a legislação processual espanhola não está em conformidade com o Código Penal e, em última análise, contrasta também com a própria Constituição.

A adoção de uma formulação aberta pelo Código Penal de profissionais com dever de sigilo e a existência de um restrito rol taxativo pela lei processual são manifestamente incongruentes. Não havendo a previsão de extensão deste rol, seja por procedimentos interpretativos (cláusula aberta) ou, ainda, através de acréscimos legais, evidentes as dificuldades que os aplicadores do Direito na Espanha enfrentam para a compatibilização dessas regras.

Outra importante crítica à lei processual espanhola é a não previsão de qualquer procedimento específico para verificar a pertinência da alegação de sigilo e a possibilidade de afastá-lo. Muito provavelmente essa ausência se deve ao diminuto rol de profissionais que não estão obrigados a depor, o que demonstra, ainda mais, o tratamento inadequado da matéria pelo Direito espanhol.

²¹ Diego Fajardo de Souza, **Sigilo...**, op. cit. p. 129.

2.3. Portugal

O ordenamento português tem previsão congruente para a proteção ao sigilo, tanto em normas de direito processual, como nas de direito material. O Código Penal²² de Portugal enuncia em seus artigos 195 e 196²³ o crime de violação e o de aproveitamento de segredo.

Trata-se de previsão ampla, sem especificar as profissões abrangidas, tendo como possibilidade para afastar o crime apenas o consentimento do “titular” do segredo.

O sigilo profissional é tratado de maneira bastante minudente pelo Código de Processo Penal²⁴ português, sendo certo que o art. 135 é inteiramente dedicado à matéria e tem uma descrição bastante precisa das hipóteses em que não há obrigação de depor. Notável, também, a previsão de um procedimento específico para o afastamento do sigilo. Imprescindível a transcrição dessas previsões para balizar de modo adequado o estudo:

Artigo 135: Segredo profissional

1 – Os ministros de religião ou confissão religiosa e os advogados, médicos, jornalistas, membros de instituições de crédito e as demais pessoas a quem a lei permitir ou impuser que guardem segredo podem escusar-se a depor sobre os factos por ele abrangidos.

2 - Havendo dúvidas fundadas sobre a legitimidade da escusa, a autoridade judiciária perante a qual o incidente se tiver suscitado procede às averiguações necessárias. Se, após estas, concluir pela ilegitimidade da escusa, ordena, ou requer ao tribunal que ordene, a prestação do depoimento.

3 - O tribunal superior àquele onde o incidente tiver sido suscitado, ou, no caso de o incidente ter sido suscitado perante o Supremo Tribunal de Justiça, o pleno das secções criminais, pode decidir da prestação de testemunho com quebra do segredo profissional sempre que esta se mostre justificada, segundo o princípio da prevalência do interesse

²² Estabelecido pelo Decreto-Lei n. 400/1982, com as reformas do Decreto-Lei n. 48/1995.

²³ Art. 195: Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

Art. 196: Quem, sem consentimento, se aproveitar de segredo relativo à actividade comercial, industrial, profissional ou artística alheia, de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte, e provocar deste modo prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

²⁴ Instituído pelo Decreto-Lei n. 78/1987, com alterações no artigo 135, adiante mencionado, pelo Decreto-Lei n. 317/1995 e Lei n. 48/2007.

preponderante, nomeadamente tendo em conta a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de protecção de bens jurídicos. A intervenção é suscitada pelo juiz, oficiosamente ou a requerimento.

4 - Nos casos previstos nos n.ºs 2 e 3, a decisão da autoridade judiciária ou do tribunal é tomada ouvido o organismo representativo da profissão relacionada com o segredo profissional em causa, nos termos e com os efeitos previstos na legislação que a esse organismo seja aplicável.

5 - O disposto nos n.ºs 3 e 4 não se aplica ao segredo religioso.

Digno de nota, portanto, que o ordenamento português é certamente um dos mais avançados do Direito Continental no trato da matéria e são fartos os estudos doutrinários e as decisões que tratam do tema de modo bastante aprofundado e proveitoso para este estudo comparado.

Analisando-se o dispositivo reproduzido supra, percebe-se que há um rol expresso das profissões que são detentoras de sigilo profissional, não obstante o CPP abra a possibilidade de legislação complementar estabelecer tal protecção para outras categorias profissionais. Vê-se, assim, que a opção legislativa é apenas assegurar o sigilo profissional mediante lei formal.

Não há nenhuma grande inovação ou dificuldade teórica em tal previsão, de modo que o traço mais marcante da legislação portuguesa é, certamente, a previsão de um incidente processual específico para um possível afastamento da alegação de sigilo profissional.

Verifica-se que há a previsão de dois momentos distintos no incidente. O primeiro destinado (previsto no n.º 2) a verificar a “legitimidade da escusa”, já o segundo (n.º 3), se acaso verificada que a escusa é legítima, destina-se a possibilidade de superação da exceção do segredo, mediante a ponderação dos interesses em jogo, caso o depoimento do profissional seja imprescindível para a descoberta da verdade, levando-se em conta, ainda, a gravidade do crime.²⁵

A protecção ao sigilo se mostra de tal monta que apenas o Tribunal ao qual o Juiz se encontre vinculado é que pode realizar essa ponderação entre os bens jurídicos em conflito. O Juiz só pode afastar a escusa por ilegitimidade e, mesmo de tal decisão, cabe recurso ao Tribunal. Ressalte-se que, em ambos os momentos do incidente, deve ser ouvido o órgão

²⁵ GONÇALVES, João Luis Rodrigues. Segredo profissional: algumas considerações sobre segredo médico e segredo profissional de advogado. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 19, n. 76, p. 72-73, out./dez. 1998.

profissional representativo da categoria que pode ter seu sigilo quebrado.

Interessante notar, ainda, que apenas a primeira parte do incidente pode ser aplicado ao segredo religioso, ou seja, pode ser verificada a legitimidade da escusa, mas não há possibilidade de se ponderar acerca dos bens jurídicos em conflito. Tal previsão, aparentemente, remonta às tradições do Direito Canônico que não admite a quebra do segredo religioso, sendo uma interessante demonstração do caráter social (ou cultural) do direito probatório.

3. ASPECTOS GERAIS DO SIGILO NO BRASIL

3.1. Previsão constitucional e legal

Em uma primeira análise, a previsão do sigilo no Direito brasileiro aparenta congruência entre as normas materiais e processuais. Não obstante, antes de trazer tal arcabouço normativo, cumpre destacar que a matéria é tratada também pela Constituição. Sabe-se que o texto constitucional do Brasil, marcando a mudança de um regime autoritário para o regime democrático, é bastante amplo em assegurar os direitos e liberdades individuais, sendo certo que no campo probatório não foi diferente.

Assim sendo, estampados no art. 5º da CF/1988 têm-se as seguintes previsões:

- LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;
- X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
- XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Já no campo da legislação infraconstitucional temos as seguintes previsões:

Art. 207 do CPP: São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Art. 154 do CP: 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.

Art. 406, II do CPC: A testemunha não é obrigada a depor de fatos: [...]

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

O traço mais notável na legislação brasileira é a ausência de uma norma específica para definir quais são as profissões albergadas pela proteção do sigilo profissional, de modo que essa característica será mais bem explorada em um tópico próprio.

Nota-se que não há qualquer menção a um incidente processual para verificação da legitimidade da escusa do sigilo (como acontece em Portugal e na Itália), nem também nenhuma previsão expressa de uma possível ponderação entre os bens jurídicos em choque (tal qual a portuguesa).

No entanto, ao se analisar atentamente a norma do CP brasileiro, nota-se a presença do elemento normativo da **justa causa** como apto a afastar a tipicidade do crime de revelação de segredo. Com essa previsão ampla, que necessita de valoração e interpretação pelo aplicador da norma, é possível defender que a legislação brasileira admite a ponderação entre os bens jurídicos em choque e reconhece que o sigilo não pode ser uma barreira intransponível para a persecução criminal.

Assim sendo, caso exista um motivo suficientemente forte para vencer a proteção do sigilo profissional, devidamente ponderados os direitos em choque, é possível falar em justa causa para revelação do segredo, de modo que não haveria conduta típica e, indo ainda mais adiante, por meio de uma interpretação sistemática das normas processuais e materiais, também poderia ser vencido o óbice do art. 207 do CPP.

3.2. Inexistência de definição legal das profissões amparadas pelo sigilo

Conforme já ressaltado, um traço marcante da legislação brasileira é a ausência de previsão legal das profissões detentoras do sigilo profissional (qualificado). Não há sequer um rol exemplificativo, ficando apenas a cargo do intérprete a definição do escopo de abrangência da norma.

Na esteira do estudo comparado realizado anteriormente, é uma opção bastante distinta de outros países que compartilham da mesma tradição jurídica, nos quais há previsão expressa das categorias profissionais que podem se eximir de prestar depoimento e reduzirem a margem de liberdade do aplicador das leis.

Frisa-se, desde já, que não se considera essa uma má escolha do legislador, pois a expressa taxatividade das profissões também tem suas mazelas.²⁶ Não obstante, na ausência de um rol ao menos exemplificativo, é de rigor reconhecer que a tarefa é bastante árdua, pois ausente um mínimo de parâmetro interpretativo para orientar as escolhas.

Nessa ausência de regulamentação precisa é importante fixar critérios para definir quais são as profissões amparadas pelo sigilo profissional, de modo a reduzir a margem de discricionariedade do juiz, sob pena de o sistema sofrer com incongruências e decisões divergentes. Deve-se ter em mente que a proteção ao sigilo tem um caráter fortemente político, reduzindo, pois, o potencial epistêmico da investigação criminal. Dessa forma, caso seja adotado um critério muito amplo de proteção ao sigilo profissional, fica prejudicada a possibilidade de se ter uma melhor reconstrução dos fatos postos em juízo, podendo chegar até mesmo ao extremo de inviabilizar tal tarefa.

De outra maneira, caso seja adotado um conceito muito restrito, os bens protegidos pelo sigilo profissional, além da própria estabilidade e confiabilidade das relações sociais ficariam prejudicados, atentando contra uma das funções que justificam a própria existência do direito penal.

²⁶ Como exemplo, pode-se citar o surgimento cada vez mais frequente de novas atividades profissionais que necessitariam da proteção do sigilo profissional, mas que não o detém por não haver lei em sentido formal com tal garantia.

Por fim, entende-se, na esteira das lições de José Carlos Aquino,²⁷ que é de pouca relevância a distinção entre **função, ministério, ofício e profissão**, uma vez que a intenção do legislador foi cobrir a maioria das espécies de atividades profissionais que envolvam o conhecimento de segredos dos particulares e conferir margem de interpretação ampla ao intérprete.

Mais relevante, como já dito, é estabelecer um critério confiável e útil para orientar a aplicação da norma aos casos concretos e atentar para os bens jurídicos em conflito e os riscos inerentes a cada escolha.

3.3. Proposta crítica: **confidente necessário**

Na esteira da doutrina e jurisprudência francesas²⁸, entende-se que o profissional para ser amparado pelo sigilo, deve estar na condição de **confidente necessário** do particular que busca seu serviço. Para um conceito mais exato de quais traços caracterizam o confidente necessário, é preciso o preenchimento de dois requisitos.

Em primeiro lugar, a profissão deve ser indispensável, ou seja, deve haver a necessidade de se socorrer daquela profissão para atingir determinado objetivo ou bem socialmente relevante. Facilmente se constata que estariam amparados pelo sigilo, profissionais como médicos e advogados, ao passo profissões como as de comerciantes e manicures não parecem fazer jus a tal proteção por não serem indispensáveis para a consecução de algum objetivo socialmente relevante.

Acerca desse primeiro requisito, a grande questão que se coloca é se a aferição da indispensabilidade é feita em abstrato ou em concreto. Em outras palavras, se a profissão deve ser considerada indispensável em uma determinada sociedade ou para aquela relação específica entre o profissional e seu cliente.

²⁷ AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 98.

²⁸ WAREMBOURG-AUQUE, Françoise. **Réflexions sur le secret professionnel**. Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, Paris, n. 2, p. 241, abr./jun. 1978

Soa mais razoável que a análise seja feita concretamente, uma vez que alguns profissionais podem ser dispensáveis para determinados indivíduos e indispensáveis para outros, a depender da situação efetiva. Toma-se como exemplo um motorista particular para uma senhora de avançada idade, não habilitada, que conta com os serviços por longos anos; em comparação à situação de um jovem, habilitado, que contrata um motorista para o seu mero conforto, tendo a relação perdurado por apenas alguns dias. O motorista é, portanto, indispensável para a senhora e completamente dispensável para o jovem.

Contudo, a ausência de previsão legal de um incidente processual específico para averiguação da legitimidade da escusa, bem como de sua possível superação no caso concreto, dificultam sobremaneira essa proposta. Sem esse procedimento não se vislumbra seara processual adequada para a discussão da questão, sendo difícil enquadrá-la em qualquer outra fase processual regularmente prevista. Na eventual contradita de testemunha não parece haver espaço para discussão de tal complexidade, sendo a cognição executada nessa fase bastante superficial.

Assim sendo, ainda que não se concorde com tal solução, na ausência de um incidente processual específico para discussão acerca do sigilo, não resta alternativa senão reconhecer que a profissão deva ser reconhecida como indispensável em abstrato, para determinada sociedade.

Além da indispensabilidade da profissão, o segundo requisito para o reconhecimento da situação de confidente necessário é a exigência de que o segredo revelado pelo particular tenha estrita relação ao efetivo exercício da profissão. Dessa maneira, não basta o conhecimento de algum segredo por um profissional indispensável, sendo certo que tal segredo deve estar diretamente relacionado ao desempenho do ofício.

Exemplificativamente, ao revelar para algum médico o cometimento de um delito que nenhuma relação tenha com o tratamento médico buscado, em razão de algum vínculo de amizade ou por qualquer outra razão, este segredo não estará protegido pelo sigilo profissional.

Bastaria, portanto, para o reconhecimento da posição de confidente necessário, haver a revelação de um segredo para um profissional indispensável socialmente, desde que esse segredo esteja efetivamente relacionado ao desempenho da profissão.

Não se vislumbra a necessidade de a profissão estar regulamentada expressamente para

que exista a proteção do sigilo, até mesmo porque a própria legislação assim não o exigiu. A existência de normas deontológicas específicas também não parece ser requisito indispensável, conquanto se acaso existentes e prevendo o dever de sigilo, apenas reforcem tal garantia.

Em síntese, havendo a indispensabilidade da profissão para atingir determinado bem socialmente relevante e que, para tanto, deva o profissional conhecer os segredos dos particulares estará na posição de confidente necessário. Apenas os segredos conhecidos nessa posição é que estão abarcados pelo sigilo profissional.

Estabelecidas as premissas, passa-se a analisar a situação específica de algumas profissões a luz do direito brasileiro.

4. CASUÍSTICA

4.1. Advogado e Defensor Público

Será feita uma análise conjunta acerca da categoria dos advogados (privados e públicos), bem como dos defensores públicos, uma vez que, apesar das notáveis diferenças de regime, as razões ontológicas que levam à necessidade de sigilo profissional no exercício dessas profissões são as mesmas.

Evidente a posição de confidente necessário do advogado e do defensor público, sendo um caso praticamente unânime em todos os ordenamentos consultados e que serve quase sempre, de exemplo daqueles profissionais que tem o direito/dever de sigilo profissional. O sigilo abarca todas as informações recebidas pelo profissional no exercício de seu ofício e inclui as atividades de mero assessoramento ou de consultoria jurídica.²⁹

O sigilo profissional desse profissional jurídico, que lhe faculta recusar-se a quebrá-lo e

²⁹ CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. **Responsabilidad penal de los profesionales jurídicos**: los límites entre la práctica legal y notarial lícita y la participación criminal. Montevideo: La Ley, 2010. p.155-156.

a proteger a inviolabilidade do seu escritório, está diretamente ligado à independência moral, intelectual, política e material que lhe é assegurada na defesa de seus clientes/assistidos. Dentre as prerrogativas profissionais, a guarda do sigilo e a imunização a qualquer ingerência ou interferência, na atuação profissional, compõem a sustentação básica para o cumprimento do seu ministério.

O marco normativo acerca do sigilo desses profissionais é bastante amplo. Assim, sabe-se que é direito do advogado (art. 7.º, XIX, do Estatuto do Advogado):

Recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional.

Já o Código de Ética e Disciplina da OAB qualifica o sigilo profissional como **dever**, impondo ao advogado seu respeito conforme artigos 25 e 26, vejamos:

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.

Ressalte-se, ainda, que não poderia ser outro o tratamento dada à importância e a função social jungidas ao ofício. Indispensável para a manutenção da paz social que os ofícios desses profissionais jurídicos sejam garantidos pelo sigilo profissional, uma vez que sem tal segurança, seria muito dificultosa a relação entre o particular e o profissional, sendo maculada de forma definitiva a essencial confiança que deve existir nessa relação.

Como já visto, a garantia do sigilo não engloba apenas o dever de depor, mas alberga a inviolabilidade do local de trabalho e dos instrumentos de trabalho (computadores, *notebooks*, telefones celulares, anotações, etc.), uma vez que se esses pudessem ser devassados, certamente estaria comprometido o segredo confiado pelo particular.

Acerca do defensor público, importante consignar que apesar de os pedidos de assistência

jurídica serem formalizados em procedimentos (físicos ou virtuais), não há qualquer traço de publicidade nessa forma de registro, ou seja, o acesso aos dados constantes desses procedimentos é exclusivo às partes envolvidas (assistido e defensor público).

É defeso, assim, que autoridade judicial ou administrativa tenha acesso a esses dados, pois estão protegidos pela garantia do sigilo profissional. Ademais, terceiros também não podem ter vista de tais procedimentos, exceto na hipótese de estarem devidamente autorizados pelo assistido.

Outra situação peculiar à Defensoria Pública ocorre quando este Órgão assiste particulares com interesses contrapostos, exemplificativamente, autor e réu numa ação de investigação de paternidade ou corréus com versões conflitantes na seara penal. Em casos dessa natureza, é essencial que apenas o defensor natural (e seu eventual substituto) tenha acesso aos dados constantes do procedimento de assistência, uma vez que a revelação de algum segredo ao defensor natural da parte adversa pode ocasionar sérios prejuízos para a defesa dos interesses do assistido. Trata-se de um verdadeiro sigilo profissional existente entre os membros da própria instituição, o qual deve ser rigorosamente observado e a Defensoria Pública deve viabilizar instrumentos técnicos para isso.

4.2. Jornalista

Como já visto, a proteção ao sigilo do jornalista está na própria Constituição Federal (art. 5º, XIV), sendo inegável, portanto, o alcance de tal previsão. Assim sendo, desde logo, frise-se que o âmbito de proteção ao jornalista inclui não só a imprensa tradicional escrita, mas também outras modalidades, como rádio, *internet*, televisão, etc.

Evidente, também, que deve ser incluído nesta proteção apenas o jornalista profissional, ainda que não se exija formação específica para o exercício da profissão, só pode ser considerado jornalista aquele que exerça habitualmente a profissão, como meio de sua subsistência.

Exclui-se, portanto, do âmbito de proteção do sigilo profissional eventuais *blogs* pessoais, não informativos e postagens em redes sociais, por não caracterizarem o efetivo exercício

da profissão de jornalista, mas mera manifestação livre do pensamento, essencialmente diferente da situação que a Constituição buscou tutelar com a proteção ao jornalista.

Para evitar burlas à garantia, a proteção de sigilo se estende aos diretores e executivos das empresas de comunicação, ainda que não exerçam a função de jornalistas. Evidente que se os diretores pudessem ser obrigados a revelar as fontes dos jornalistas, a garantia constitucional restaria maculada.

É certo, ainda, que as fontes de informação não são apenas as pessoas, mas também qualquer documento, acontecimento ou coisa, bem como seu respectivo suporte (registro, anotação, gravação etc).³⁰

Nessa mesma linha de se evitar procedimentos espúrios para violação da garantia do sigilo, não pode ser exigido dos jornalistas o acesso ao denominado **material bruto** das reportagens, ou seja, aqueles excertos que não foram divulgados ao público, caso de alguma maneira essas gravações impliquem na revelação da fonte.

Feitas essas considerações, indispensável consignar que o sigilo do jornalista tem, na realidade, o sentido exatamente oposto daquilo que vinha sendo tratado até o presente momento para os outros profissionais. Nas demais profissões, conhece-se a fonte do segredo (normalmente o acusado ou uma testemunha), mas não se conhece a informação (segredo). Já no caso dos jornalistas há o conhecimento da informação (segredo), mas não se conhece a fonte.

Isso ocorre porque a missão do jornalista é buscar informações, revelar segredos, enfim, um verdadeiro papel investigatório e, em última análise, fiscalizatório da sociedade. A imprensa livre é uma das maiores garantias de um regime verdadeiramente democrático, pois permite revelar diversos segredos para a sociedade e viabiliza um controle das atividades governamentais e sociais.³¹

Assim sendo, ao contrário das outras profissões que buscam guardar segredos e não revelar tais fatos a ninguém, a própria razão de ser do jornalista é a revelação, a ausência de segredo, de modo que soa até mesmo contraditório incluir o jornalista na análise do sigilo

³⁰ SANTIAGO, Rodrigo. **Jornalistas e segredo profissional**. Sub Judge: Justiça e sociedade, Coimbra, 15/16, p.149, jun./dez. 1999.

³¹ FRIGOLLA VALLINA, Joaquín; ESCUDERO MORATALLA, José Francisco. **La cláusula de secreto profesional en el Código Penal de 1995**. Actualidad Penal, Madrid, v. 1, 1/26, p.422, semanal. 1996.

profissional.³²

No entanto, ocorre que muitas vezes as fontes das informações dos jornalistas necessitam de proteção de sua identidade, sob pena de não mais revelarem os segredos, ou, ainda, até serem ameaçados em sua integridade física.

Exemplificativamente, tome-se o caso de denúncias contra regimes autoritários, com severas violações aos direitos humanos (infelizmente ainda comuns nos dias de hoje), de modo que se as fontes dos jornalistas fossem reveladas, certamente teriam severo risco de vida. E sem essas fontes, dispostas a divulgar os fatos, o próprio conhecimento deles pela sociedade estaria prejudicado.³³

Além desse aspecto protetivo à integridade física das fontes, o sigilo tem nítido caráter de estímulo à circulação das informações e diminuir o receio de perseguições e retaliações em virtude das revelações feitas pelo particular ao jornalista.

Dessa maneira, o correto é falar, quanto aos jornalistas, em sigilo das fontes de informação, como bem faz a legislação portuguesa, sendo conceitualmente incorreto tratar de sigilo profissional do jornalista, pois o dever deste é revelar e não encobrir³⁴.

O sigilo do jornalista foge, portanto, da maioria dos conceitos e premissas já estabelecidos anteriormente. Não se vislumbra a existência da posição de confidente necessário, uma vez que a pessoa que revela o fato ao jornalista não tem qualquer relação de confiança no resguardo da informação, mas intenta, por óbvio, a sua divulgação.

Trata-se, assim, de uma categoria completamente distinta de sigilo, cujo fundamento é a liberdade de imprensa, de modo que deve ser encarada como uma garantia institucional e não pessoal, ao contrário do que ocorre no restante das profissões. Não se fundando numa relação de confiança, o sigilo das fontes tem verdadeira natureza de direito, de modo que não se enquadra, também, na natureza dúplice de direito/dever inerente às demais modalidades de sigilo.

³² SANTIAGO, Rodrigo. **Jornalistas...** *op. cit.* p. 148.

³³ ARBOUR, Louise. O equilíbrio justo entre publicidade, direito à vida, segredo profissional e busca por justiça. **Cidadania e justiça**: revista da associação dos magistrados brasileiros, Rio de Janeiro, v. 4, n. 9, p.181-186, 2º sem. 2000.

³⁴ SANTIAGO, Rodrigo. **Jornalistas...** *op. cit.* p. 148

4.3. Contador

Situação ainda pouco discutida no âmbito doutrinário é a do contador, não se tendo localizado qualquer citação mais detalhada a essa profissão específica na pesquisa realizada, de modo que inexistem, assim, quaisquer referências a serem feitas.

Ocorre que a temática ganhou importância recentemente, devido ao fato de que diversas informações fornecidas para as investigações policiais de midiática operação da Polícia Federal³⁵ foram dadas por uma contadora.

A profissão de contador, em especial no Brasil, com seu quase indecifrável sistema tributário, parece se encaixar perfeitamente no conceito de confidente necessário. A atividade se afigura amplamente indispensável para o exercício de atividades empresariais, sendo despiciendo qualquer esforço argumentativo para demonstrar essa situação.

Dessa feita, a atividade é relevante socialmente e indispensável para que os particulares alcancem determinados objetivos sociais (regularidade nos recolhimentos tributários, por exemplo). No efetivo exercício da atividade de contador, muitas vezes, os profissionais conhecerão segredos de seus clientes, em especial no tocante aos delitos societários cometidos sem a sua participação.³⁶

Ante o até agora exposto, fica evidente que o contador está certamente inserido no conceito de confidente necessário e faz jus, portanto, à proteção das normas processuais que o impedem de depor sobre segredos profissionais. Não obstante, passa-se a analisar as regras existentes acerca da profissão de contador.

A atividade de contador encontra-se regulamentada pelo Decreto-Lei nº 9.295/1946, com as alterações dadas pela Lei nº 12.249/2010, sendo certo que isso não exerce, como já visto, influência na existência do sigilo profissional. Na legislação posta não se observa qualquer referência à existência de sigilo. Já no Código de Ética Profissional do Contador

³⁵ Operação Lava Jato, sendo muitas informações passadas pela contadora Meire Poza, conforme amplamente noticiado pela imprensa nacional.

³⁶ Nos delitos cometidos com o auxílio do próprio contador, este deixará a condição de testemunha e passará a ocupar a de sujeito processual, não havendo, portanto, dever de colaboração com as investigações, nem de sigilo para com os outros investigados. Essa situação será especificamente abordada infra.

(CEPC), estabelecido pela Resolução CFC nº 803/1996, encontra-se o seguinte:

Direitos:

II – guardar sigilo sobre o que souber em razão do exercício profissional lícito, inclusive no âmbito do serviço público, ressalvados os casos previstos em lei ou quando solicitado por autoridades competentes, entre estas os Conselhos Regionais de Contabilidade;

VI – renunciar às funções que exerce, logo que se positive falta de confiança por parte do cliente ou empregador, a quem deverá notificar com trinta dias de antecedência, zelando, contudo, para que os interesse dos mesmos não sejam prejudicados, evitando declarações públicas sobre os motivos da renúncia;

Vedações:

XV – revelar negociação confidenciada pelo cliente ou empregador para acordo ou transação que, comprovadamente, tenha tido conhecimento;

XVI – emitir referência que identifique o cliente ou empregador, com quebra de sigilo profissional, em publicação em que haja menção a trabalho que tenha realizado ou orientado, salvo quando autorizado por eles;

Pela redação dessas normas deontológicas fica claro que a cláusula de sigilo é bastante restrita, uma vez que o CEPC admite a revelação do segredo em ressalvas previstas na lei, bem como por mera solicitação de **autoridade competente** e inclui os Conselhos Regionais de Contabilidade.

A proteção das normas deontológicas não dá tratamento adequado ao tema, mas isso não é empecilho para o reconhecimento do sigilo profissional, como já ressaltado anteriormente. Na realidade, para que o contador possa bem desempenhar sua função e, até mesmo, para reparar práticas anteriores indevidas, deve conhecer a fundo toda a movimentação da empresa, sendo necessária a revelação de segredos por parte do cliente.

Assim sendo, a quase negativa ao sigilo profissional pelo CEPC não contribui para a estabilidade das relações sociais, nem para a confiabilidade da profissão, de modo a frustrar a legítima expectativa do particular que contrata os serviços do contador.

Não se afigura razoável, portanto, anuir com as normas éticas do Conselho Federal de Contabilidade, sendo certo que a profissão está abrangida pela ampla proteção conferida pelos artigos 154 do Código Penal e 207 do Código de Processo Penal, mesmo na ausência de norma legal ou deontológica específica neste sentido.

Dessa forma, o contador ao assumir a posição de confidante necessário, não poderá revelar os segredos que lhe foram confiados no exercício de seu mister e não pode ser, portanto, obrigado a testemunhar sobre tais fatos.

Ressalva-se, evidentemente, a possibilidade de o contador estar na condição de investigado ou acusado, quando deixará de ter o dever de sigilo e passa ter interesse na sua defesa pessoal enquanto sujeito processual. Caso o contador seja acusado e revele um segredo profissional para buscar sua inocência ou, até mesmo, para se beneficiar de uma colaboração premiada, estaria albergado, no mínimo, por uma excludente de culpabilidade³⁷ e, nessa situação, não existe sigilo.

Com a crescente repressão aos crimes societários (em especial o delito de lavagem de capitais), cada vez mais a discussão a respeito do sigilo inerente à profissão de contador ganhará relevo, sendo recomendável que a doutrina se debruce, desde já, sobre o tema, sendo este, também, um dos escopos do presente trabalho.

5. CONCLUSÃO

Da análise do controvertido tema do sigilo profissional no âmbito do processo penal pode-se concluir que essa imposição de reserva caracteriza, sem dúvida, uma limitação à potencial reconstrução histórica dos fatos estabelecida por razões políticas (ou seja, não epistêmicas). Busca-se a proteção da intimidade daquele que revela um segredo a um determinado profissional, bem como a confiabilidade e estabilidade nas relações sociais decorrentes do exercício de certas atividades profissionais relevantes. Diante dos bens protegidos pelo sigilo exsurge a constatação de que se trata de um instituto com natureza dúplice: direito do particular e dever do profissional.

Digno de nota, ainda, é a distinção entre segredo e sigilo, sendo certo que segredo é o dado da realidade que deve ser protegido, enquanto sigilo é a forma de proteção desse segredo, tendo, portanto, caráter instrumental. Extrai-se dessa conceituação a preferência pela locução **sigilo profissional** (ao invés de **segredo profissional**).

³⁷ Na realidade, como a previsão do art. 154 do CP menciona a ausência de justa causa para a revelação do segredo como elementar típica, mais acertado falar em atipicidade da conduta.

Constata-se que nos países de matriz jurídica comum à brasileira (Itália, Espanha e Portugal) o sigilo profissional é tratado de maneira díspar. A legislação espanhola é a mais problemática, pois há um verdadeiro conflito entre as normas da Constituição e do Código Penal frente ao disposto no Código de Processo Penal.

No entanto, percebe-se que em todos estes países existe um rol taxativo (instituído por lei formal) das profissões que podem opor o sigilo profissional ao Juízo penal. Traço marcante da legislação portuguesa é a existência de um incidente específico e bem delineado para o afastamento do sigilo (seja por sua ilegitimidade ou, ainda, através de uma ponderação dos interesses em jogo).

No Brasil o sigilo tem previsão na Constituição, no Código Penal e no Código de Processo Penal. Ocorre que, ao contrário dos demais países estudados, não há um rol taxativo ou, ao menos, exemplificativo das profissões que podem opor esse dever de reserva ao Juízo, o que causa dificuldades de ordem prática nessa definição. Não há, também, previsão de nenhum incidente processual específico para afastar o sigilo.

Para superar essa lacuna legislativa recorre-se ao conceito de confidente necessário, a fim de definir quais são as profissões abarcadas pelo sigilo profissional. Caso haja a indispensabilidade da profissão para atingir determinado bem socialmente relevante e que, para tanto, o profissional deva conhecer os segredos dos particulares restará configurada a posição de confidente necessário.

Na análise casuística de algumas profissões, constatou-se que o advogado e o defensor público estão protegidos pelo sigilo profissional, uma vez que as razões para a proteção a essas categorias são exatamente as mesmas. Digno de nota que essa limitação engloba, além do dever de depor, a inviolabilidade do local e dos instrumentos de trabalho. Especificamente quanto ao defensor público, deve-se reconhecer a proteção do sigilo para os procedimentos internos que veiculam as pretensões dos assistidos, sendo inviável o seu acesso por qualquer pessoa estranha à relação profissional (inclusive autoridades públicas).

Acerca do jornalista, verificou-se que a proteção é conferida apenas àqueles que exercem a atividade de maneira profissional e não se exige qualquer formação específica para isso. Estende-se a proteção aos diretores e executivos das empresas de comunicação, bem como ao material bruto produzido pelas equipes jornalísticas. Importante frisar que o jornalista está protegido, na verdade, pelo sigilo da fonte de informação, uma vez que sua missão é justamente revelar os segredos que lhe foram confiados, de forma que constitui uma

categoria diferenciada das demais profissões.

Analisou-se, ainda, a situação do contador, a qual não é usualmente tratada pela doutrina. Chegou-se a conclusão de que este profissional preenche os requisitos para ser considerado confidante necessário e é, portanto, protegido pelo sigilo profissional. Asseverou-se, também, a incoerência das normas deontológicas da profissão, pois mitigam de sobremaneira o sigilo profissional e contrastam com a previsão mais ampla das normas do CP e do CPP.

Ante todo o exposto, fica evidente a importância do tema ora tratado, ainda mais ao se considerar a crescente complexidade da sociedade, bem como a apuração cada vez mais dificultosa de alguns delitos, o que propicia o surgimento de situações limítrofes. Além disso, resente-se a legislação brasileira de um rol (ao menos exemplificativo) das profissões abarcadas pelo sigilo profissional e de um incidente processual para afastamento desse sigilo, de modo a conferir contornos mais precisos ao instituto.

REFERÊNCIAS

AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 319 p. ISBN 85-02-01692-X.

ARBOUR, Louise. O equilíbrio justo entre publicidade, direito à vida, segredo profissional e busca por justiça. **Cidadania e justiça**: revista da associação dos magistrados brasileiros, Rio de Janeiro, v. 4, n. 9, p.181-186, 2º sem. 2000.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El secreto profesional en el proyecto de código penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 33, n. 3, p.595-610, set./dez. 1980.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. **Responsabilidad penal de los profesionales jurídicos**: los límites entre la práctica legal y notarial lícita y la participación criminal. Montevideo: La Ley, 2010. 358 p., 22 cm. ISBN 978-9974-691-19-3.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias. O sigilo profissional e a requisição judicial do prontuário médico. In: ZIMERMAN, David (Org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2010. ISBN 978-85-7625-207-8. p. 205-211.

DAMASKA, Mirjan. **Evidentiary barriers do conviction and two models of criminal procedure**: a comparative study. University of Pensilvania law review, 1973.

FRIGOLLA VALLINA, Joaquín; ESCUDERO MORATALLA, José Francisco. **La clausula de secreto profesional en el Código Penal de 1995**. Actualidad Penal, Madrid, v. 1, 1/26, p.421-431, semanal. 1996.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo, RT, 1997

GONÇALVES, João Luis Rodrigues. Segredo profissional: algumas considerações sobre segredo médico e segredo profissional de advogado. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 19, n. 76, p.67-81, out./dez. 1998.

SANTIAGO, Rodrigo. Jornalistas e segredo profissional. **Sub Judge**: Justiça e sociedade, Coimbra, 15/16, p.147-152, jun./dez. 1999.

SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. **Sigilo profissional e prova penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n. 73, p.107-155, jul./ago. 2008.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder; BONHO, Luciana Tramontin; TEIXEIRA NETO, João Alves. O médico e o crime de violação de segredo profissional: breve análise doutrinária e jurisprudencial do art. 154 do Código Penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 8, n. 30, p.121-135, jul./set. 2008.

SUCAR, Germán; RODRÍGUEZ, Jorge L; IGLESIAS, Agustín María. Violación de secretos y obligación de renunciar: un dilema ficticio: un comentario crítico al fallo Zambrana Daza. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, Buenos Aires, v. 4, 8B, p.191-296, 1998.

WAREMBOURG-AUQUE, Françoise. Réflexions sur le secret professionnel. **Revue de Science Criminelle** et de Droit Pénal Comparé, Paris, n. 2, p.237-256, abr./jun. 1978.

