

NOTAS SOBRE O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE PROCESSUAL NO PROCESSO PENAL*

Simone Schreiber**

RESUMO: O presente artigo expõe o tratamento constitucional do princípio da publicidade processual na Constituição Federal brasileira de 1988, com tônica no direito processual penal, analisando qual é o propósito de sua positivação, quais são as restrições que podem ser impostas à publicidade, e ainda como tal princípio se aplica na fase de investigação policial, tendo em vista a natureza sigilosa do inquérito policial.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da publicidade processual. Restrições. Sigilo. Investigação policial.

Introdução

Está na ordem do dia o debate sobre transparência do funcionamento dos órgãos do Estado. A ampliação do acesso às informações públicas é diariamente exigida pelos meios de comunicação: informações sobre como é usado o dinheiro público, como são os procedimentos de tomada de decisão, divulgação das folhas de salário dos servidores públicos, seus contracheques, e até mesmo informações sobre investigações criminais em curso, conteúdo de conversas telefônicas interceptadas, de dados bancários e fiscais devassados por ordem judicial.

Um interessante caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) teve por objeto a legalidade de uma ordem judicial de proibição de veiculação de matéria jornalística a respeito inquérito policial sigiloso. A empresa jornalística *O Estado de São Paulo* ajuizou uma reclamação alegando que a ordem inibitória violava o que pela Suprema Corte foi decidido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, na qual o Supremo afirmou que a lei de imprensa era incompatível com a Constituição de 1988. Por maioria de votos, o plenário do STF afirmou que a proibição judicial de veiculação de informações sigilosas (no caso, dados obtidos por interceptação judicial de comunicações telefônicas dos investigados) não afrontava a decisão prolatada pela ADPF nº 130.

Diversos votos consideraram compatível com a Constituição brasileira eventual decisão judicial que proíba a veiculação de mensagens jornalísticas quando houver violação de outros direitos fundamentais de igual estatura (ordens de *prior restraint*, com claro efeito censório). O ministro Gilmar Ferreira Mendes ressaltou que de nada vale uma carta de direitos se não há o princípio da proteção judicial efetiva, e que a afirmação de que qualquer decisão judicial liminar inibitória é inconstitucional negaria a vigência de tal princípio (STF, Reclamação nº 9.428, rel.: Cezar Peluso, Pleno, maioria, j. 10/12/2009).

* Enviado em 28/6, aprovado em 19/8/2012, aceito em 18/3/2013.

** Professora adjunta de Direito Processual Penal - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro; Doutora em Direito Público - Universidade Estadual do Rio de Janeiro; juíza federal. Departamento de Direito Positivo, Escola de Ciências Jurídicas. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: schreiber@jfrj.jus.br.

O presente artigo pretende analisar o conteúdo normativo do princípio da publicidade processual (intimamente ligado à liberdade de expressão, na medida em que o acesso livre a informações integra o estatuto constitucional da liberdade de expressão); eventuais restrições que lhe podem ser aplicadas; e, em particular, como se compatibiliza a exigência da publicidade com a natureza sigilosa das investigações criminais.

1 O princípio da publicidade processual

A publicidade da atuação dos órgãos estatais é exigência da democracia. A transparência no trato da coisa pública é condição para que o povo compreenda e controle a atuação de seus representantes e para que possa nortear suas escolhas quando é chamado a elegê-los ou eventualmente deliberar sobre assuntos de interesse da coletividade.

O funcionamento do Judiciário também deve ser transparente. Os juízes brasileiros, embora não sejam eleitos pelo povo, exercem parcela do poder estatal e, por isso, estão sujeitos ao escrutínio público, devendo prestar contas da forma como exercem suas atribuições jurisdicionais e administrativas. Juízes não eleitos legitimam-se perante a sociedade por meio da publicidade de seus atos e da motivação de suas decisões. Trata-se de dar a conhecer seu modo de proceder e o porquê de as questões submetidas a sua apreciação estarem sendo decididas desta ou daquela maneira.

Assim, inicialmente, a garantia da publicidade processual está associada à exigência de *controle democrático dos atos judiciais*.

É importante, contudo, definir em que consiste exatamente o *controle democrático dos atos judiciais*. Há autores que sustentam que a publicidade é instrumento de participação democrática no processo, não esclarecendo exatamente como se dá essa participação. Antônio Scarance Fernandes (1999, p. 43) registra uma nova “tendência entre os processualistas de ressaltar a importância da participação popular na distribuição da justiça”. Em vista disso, sustenta que a motivação da decisão judicial não deve se dirigir “só às partes, seus advogados e aos juízes do recurso, ou ainda aos juristas, mas a todos, permitindo o controle e a compreensão dos atos dos juízes pela população”. E prossegue:

Avança a ideia de que o provimento, como ato estatal, não se dirige apenas a autor e réu, mas a toda comunidade, que tem interesse na correta administração da justiça. A própria legitimação do provimento decorre da possibilidade de que outros possam trazer a juízo informações necessárias para a correta apreensão daquele trecho da realidade que é objeto de apreciação processual. O processo não é só procedimento e contraditório; é procedimento, contraditório e participação. (FERNANDES, 1999, p. 43)

A chamada “participação democrática” no processo, contudo, deve ser vista com alguma reserva. A justiça não é um ambiente em que prevalecem as posições majoritárias, manifestadas pelo voto ou pela “opinião pública” repercutida nos meios de comunicação

de massa. Pelo contrário, trata-se de um espaço contramajoritário, de proteção de direitos mesmo contra a vontade da maioria. Como ressalta Luís Roberto Barroso:

É certo que o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. [...] O fato é que, ao aceitar e apreciar o papel de ser um poder político, o Judiciário passou a estar sujeito às regras do jogo: tolerância com a crítica e disposição para receber o sol radiante da opinião pública. [...] Mas há aqui uma fina sutileza. Embora deva ser transparente e prestar contas à sociedade, o Judiciário não pode ser escravo da opinião pública. A ribalta, a fogueira de vaidades ateadas pela mídia, as paixões que a exposição pública desperta são frequentemente incompatíveis com a discrição e recato que devem pautar a conduta de quem julga. Aos juízes pode caber, eventualmente, dar o pão, nunca o circo. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. Juízes e tribunais não podem ser populistas nem ter seu mérito aferido em pesquisa de opinião. Devem ser íntegros, seguir as suas consciências e motivar racionalmente as suas decisões. (BARROSO, 2005, p. 426)

Ainda sobre o tema, o magistrado francês Antoine Garapon adverte para a *tentação populista* a qual alguns juízes sucumbem, tornando-se permeáveis às demandas da opinião pública com o intuito de obter aprovação popular:

A tentação populista se caracteriza, antes de mais nada, por sua pretensão a um acesso direto à verdade. Alguns indivíduos aproveitam a mídia para se emancipar de qualquer tutela hierárquica. Ela lhes oferece um acesso direto, conforme expressão de Perelman, ao “auditório universal”, quer dizer, à opinião pública. Um juiz considera-se prejudicado por sua hierarquia? Ele apela imediatamente para a arbitragem da opinião pública. Todas as anulações processuais são purgadas por essa instância de recurso selvagem que a mídia representa, e os argumentos técnicos do direito ou processuais não tardam a revelar-se para a opinião pública como argúcias, astúcias, desvios inúteis, que impedem a verdade de “vir à tona”. A busca direta da aprovação popular por intermédio da mídia, acima de qualquer instituição, é uma arma temível à disposição dos juízes, o que torna muito mais presente o desvio populista. O populismo, com efeito, é uma política que pretende, por instinto e experiência, encarnar o sentimento profundo e real do povo. Esse contato direto do juiz com a opinião pública é proveniente, além disso, do aumento de descrédito do político. O juiz mantém o mito de uma verdade que se basta, que não precisa mais da mediação processual. (GARAPON, 1999, p. 66)

Neste estudo, partilha-se do entendimento de que a transparência do funcionamento da Justiça tem o escopo de dar a conhecer à população a forma como funciona o Poder Judiciário, e ainda a lógica que permeia o processo e as decisões judiciais; e não o de, numa via de mão dupla, permitir ao público que exerça pressão sobre juízes para que decidam a causa dessa ou daquela maneira. Trata-se de qualificar o público para que possa intervir, não diretamente sobre a atuação do juiz na causa, mas sim nos processos políticos decisórios (pelo voto ou por deliberações diretas) nas instâncias legislativa e executiva, sobre a aprovação de leis e adoção de políticas públicas dirigidas ao direito material, processual e à própria organização do Poder Judiciário.

Ultrapassado esse ponto, é importante ressaltar que não é apenas a exigência democrática de transparência da atuação do Poder Judiciário que informa a garantia

constitucional da publicidade dos atos processuais, particularmente quando se trata de processo criminal.

O processo penal moderno, cunhado sob o pensamento político liberal, consagrou *a publicidade como garantia do acusado*, contrapondo-se ao modelo inquisitorial, em que o segredo na condução do processo viabilizava o cometimento de toda sorte de atrocidades contra aqueles que caíam nas malhas dos tribunais de inquisição. A importância do segredo no processo inquisitorial é destacada por Pedro Marcelo Pasche de Campos:

A inquisição criava em torno de si uma aura de poder e mistério - cuja base era assentada no segredo - e que era cotidianamente disseminada junto à população, das mais diversas maneiras. O sigilo foi, efetivamente, o elemento mais importante da atividade inquisitorial. Era usado, pelo Tribunal, em todos os níveis, desde os assuntos administrativos até os concernentes à condução dos processos e estado dos cárceres, nada escapava ao rigoroso crivo do silêncio. [...] No que tange ao procedimento para com os réus, o véu do segredo fazia-se mais pesado e opressor. Era o sigilo que comandava todos os passos do processo inquisitorial, desde as primeiras investigações, até a instrução e a prova de justiça [...] Durante o processo, o réu achava-se imerso num mar de mistérios. A ele era vedado o acesso aos autos - que deviam permanecer secretos - e, nas sessões de interrogatórios, eram omitidas circunstâncias e dados que pudessem revelar possíveis denunciadores. [...] Por fim, há um último dado que possui incontestável importância. É o fato de que após cada sessão de interrogatório ou de tormentos, - e também no ato de entrada no cárcere ou de sua libertação -, o réu era obrigado a jurar segredo sobre tudo o que vira/ouviria/presenciara dentro do secreto (como era sugestivamente chamado o prédio onde se localizavam os cárceres inquisitoriais). A quebra desta regra - o que não raro acontecia -, se chegada ao conhecimento do Santo Ofício, era punida como sendo obstaculização à ação do Tribunal, podendo o réu voltar ao cárcere por causa disto, sofrendo processo e novamente saindo em auto. Desta forma, ao impor silêncio e esquecimento, o Santo Ofício revitalizava a aura de terror e mistério que o envolvia, reafirmando cada vez mais sua posição no seio da sociedade. (CAMPOS, 1997, p. 167-172)

A publicidade na condução do processo criminal destina-se a garantir o julgamento justo, e não apenas a publicidade concebida de forma mais restrita e que se perfaz dando-se acesso aos autos e garantindo-se a presença nas audiências judiciais às partes envolvidas e a seus advogados. A publicidade ampla - a possibilidade de que o público em geral tenha igualmente acesso aos atos processuais - também foi instituída inicialmente como garantia do acusado na ação penal. Assim, nas constituições de diversos países, e também em tratados internacionais de direitos humanos, a publicidade dos processos criminais está associada ao *fair trial*.¹

Esse ponto é relevante, pois dá arrimo à tese de que o réu, titular do direito de publicidade, pode unilateralmente renunciar a ela, pleiteando ao juiz a decretação do sigilo, para se preservar do constrangimento causado pela exposição de sua imagem, de suposto autor de crime, perante a coletividade; ou mesmo para evitar influência da cobertura jornalística no resultado do processo, sempre que o caso desperte maior repercussão nos meios de comunicação.

Contudo, mesmo nos Estados Unidos, onde o julgamento público é direito do acusado (6ª Emenda), o entendimento firmado pela Suprema Corte é no sentido de que o processo público se relaciona também com o direito da coletividade à informação. Em *Richmond Newspapers Inc. v. Virginia*, a Suprema Corte anulou um julgamento criminal que havia sido conduzido a portas fechadas a pedido da defesa, com anuência da promotoria, declarando que a publicidade dos julgamentos decorria não apenas da 6ª mas também da 1ª Emenda².

Registre-se que a publicidade na Constituição de 1988 tem indiscutivelmente dupla natureza. É garantia do acusado (inerente ao devido processo legal e ao princípio acusatório) e, ao mesmo tempo, elemento do processo judicial, relacionado com a exigência de transparência e com o controle democrático da atuação do Poder Judiciário. Ela está prevista nos seguintes dispositivos constitucionais:

Art. 5º [...] LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Art. 93. [...] IX - 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. (BRASIL, 1988)

A Constituição consagra, portanto, o *princípio da publicidade dos atos processuais e das audiências judiciais*. O fim propugnado por essa norma constitucional (o estado de coisas a ser buscado) é a possibilidade de pleno acesso da população aos locais em que se realizam as audiências e sessões de julgamentos pelos diversos órgãos do Poder Judiciário e ainda às informações contidas nos autos processuais (nos quais ficam documentados os procedimentos, atos das partes, provas produzidas e decisões judiciais). A realização desse estado de coisas depende não apenas de abstenção estatal (não impedir indevidamente o acesso), mas também de prestações positivas (viabilizar materialmente o acesso da forma mais ampla possível).

Pode-se perquirir se os profissionais da imprensa, diante da necessidade de ordenação da presença do público em salas de julgamento, teriam prerrogativa de acesso preferencial em detrimento das pessoas comuns. Se o estado ideal de coisas propugnado pelo princípio é dar à coletividade conhecimento do que se passa, a veiculação pelos meios de comunicação de massa realiza mais amplamente tal fim (quanto mais jornalistas, maior o público atingido pelas informações coligidas).

Por outro lado, garantir preferencialmente a presença de jornalistas a ponto de inviabilizar o acesso do público em geral, causaria a redução da noção de publicidade à “publicidade mediada” (possibilidade de conhecer apenas os fatos apreendidos e tal como traduzidos pela imprensa), sacrificando a possibilidade de acesso direto do público à informação. A combinação da possibilidade de acesso direto do público com a organização de espaços destinados aos diversos veículos de comunicação realiza, assim, mais amplamente o princípio constitucional da publicidade.

Outra questão que enseja controvérsias é a possibilidade de transmissão televisiva de audiências judiciais. É inquestionável o ganho de transparência proporcionado pela veiculação (ao vivo, inclusive) das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal pela TV Justiça. Contudo, tratando-se de um julgamento criminal, o possível impacto da presença de câmeras sobre o ânimo das partes, advogados, testemunhas, juízes e jurados pode colocar a necessidade da preservação do julgamento justo como valor constitucional contraposto, justificando a restrição da publicidade com a proibição de transmissão televisiva.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão do televisionamento de sessão de uma comissão parlamentar de inquérito (CPI) que funcionava na Câmara dos Deputados, a denominada “CPI da Pirataria”. Tratava-se do depoimento do empresário chinês Law Kin Chong, acusado de chefiar uma organização criminoso de contrabando e comercialização de produtos pirateados em São Paulo. O ministro Cezar Peluso, relator do Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 24.832-7/DF, havia concedido medida liminar vedando a transmissão televisiva do depoimento de Law na CPI, ao argumento de que a veiculação da sessão traria danos irreversíveis à imagem e honra objetiva do réu. Diante da reação negativa dos deputados à decisão, os quais acusavam o ministro de se imiscuir em assuntos *interna corporis* de outro poder da república e sinalizavam no sentido de que não iriam acatar a decisão, Peluso decidiu levar a questão ao colegiado do Supremo Tribunal Federal. Para o relator, a hipótese era de colisão de direitos fundamentais. A transmissão televisiva causaria danos irreparáveis aos direitos da personalidade de Law, o que só seria evitado por medida liminar. A publicidade da sessão estaria, por outro lado, preservada pela presença dos jornalistas, os quais poderiam reportar o fato, mas a transmissão televisiva causaria dano desproporcional à honra e à imagem do impetrante.

O voto do ministro relator foi acompanhado pelos ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes. A divergência foi inaugurada por Carlos Ayres Brito. Aduziu que a imprensa tinha legítimo interesse em cobrir a sessão da CPI; que a suposta violação dos direitos de personalidade não pode ser aferida *a priori*, dado o regramento constitucional sobre a liberdade de informação jornalística; e que é próprio da democracia que a coletividade possa acompanhar “as coisas do poder”. O funcionamento do Legislativo é afeto ao público e deve prevalecer o direito da coletividade de acompanhar os trabalhos desse poder. Votaram no mesmo sentido Ellen Gracie, Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, tendo sido portanto negado o referendo do colegiado à liminar antes deferida pelo ministro Peluso (Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 24.832-7/DF, relator: Cezar Peluso, Pleno, j. 18/3/2004, DJ 18/8/2006, maioria).

Está correta a decisão do Supremo Tribunal Federal, uma vez que os trabalhos do Congresso Nacional são públicos por excelência, embora o Relator tenha ressalvado que não estava impedindo o acesso da imprensa à sala de sessão, mas apenas a transmissão televisiva do depoimento. A comissão parlamentar de inquérito não tem atribuição de julgar ninguém, mas apenas de investigar fatos, e a atuação dos parlamentares não é isenta ou desinteressada; pelo contrário, é fomentada por interesses e disputas políticas.

Questões diversas envolvem a possibilidade de transmissão televisiva de julgamentos criminais - em especial, os de competência do tribunal do júri.

Contudo, mesmo que seja correta a premissa de que o reconhecimento do direito de televisionar dá uma nova dimensão ao conceito de publicidade - não só pela ampliação do espectro de pessoas atingidas, mas também pela fidelidade com que a informação diretamente transmitida chega ao público, possibilitando maior compreensão do funcionamento do Poder Judiciário -, é inegável o impacto da cobertura televisiva sobre a condução do julgamento.

Independentemente de inovações tecnológicas que possam reduzir o caráter intrusivo do aparato usado na filmagem, o fato é que a mera ciência de que o julgamento será transmitido afeta o ânimo dos jurados, dos próprios juízes togados, das partes, dos advogados e das testemunhas. A transmissão confere uma conotação de espetáculo ao julgamento, sendo certo que o drama da vida envolvido em casos criminais contribui para que isso ocorra.

Há um risco concreto de que o objetivo que deve mover as pessoas envolvidas no procedimento judicial seja desvirtuado. Em vez de estarem reunidas para realizar a apuração serena dos fatos e a individualização de responsabilidades e proporcionar ao acusado um julgamento imparcial, pode ocorrer uma mudança de foco, passando cada personagem a desempenhar seu papel norteador principalmente pela repercussão que sua forma de proceder terá nos meios de comunicação sobre a opinião pública. Registre-se ainda que a exposição do réu levada às últimas consequências não tem fundamento razoável, pois os motivos que animam o princípio da publicidade podem se realizar satisfatoriamente por intermédio da atuação de jornalistas autorizados a assistir o julgamento e reportá-lo pelas mídias impressa ou eletrônica.

2 Restrições à publicidade dos atos processuais

As mesmas normas constitucionais acima destacadas, que instituem o princípio da publicidade processual, autorizam a edição de leis que *restringam a publicidade dos processos judiciais* e estabelecem previamente os valores constitucionais que justificariam tal restrição: a *defesa da intimidade* (artigos. 5º, LX e 93, IX) e o *interesse social* (art. 5º, LX).

Na redação originária do art. 93, IX, o interesse público podia ser invocado para limitar a presença do público às sessões de julgamento. Com a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 45, não se fala mais em interesse público na restrição à publicidade, mas sim em interesse público na própria publicidade (interesse público à informação)³.

A nova redação do art. 93, IX, dá maior acento à publicidade, quando prevê a possibilidade de que a intimidade seja sacrificada pelo direito à informação. Pietro de Jesús Lora Alarcón et al., escrevendo sobre a Reforma do Judiciário, sustentam que o constituinte derivado conferiu maior peso à liberdade de informação em detrimento do

direito de intimidade, devendo “vencer” aquela, sempre que a notícia de interesse do público não puder ser transmitida de forma compreensível sem estar associada a dados da intimidade do envolvido (TAVARES; LENZA; ALARCÓN, 2005, p. 27-48).

Flávio Dino de Castro Costa et al., por sua vez, refutam a possibilidade de que o dispositivo constitucional tenha consagrado uma “prevalência absoluta de um direito fundamental sobre o outro”, devendo ser ponderados ambos considerando-se as circunstâncias do caso. Ressalta que apenas os regimes ditatoriais negam de modo absoluto o direito à intimidade (DINO; MELO FILHO e BARBOSA, 2005, p. 75).

Na verdade, não se pode negar que o “deslocamento” do interesse público para o outro lado da balança (antes da reforma, poderia ser invocado para justificar o segredo; agora, dá sustentação à publicidade) traduz uma opção por reforçar o caráter público do processo. Ainda que a intimidade de pessoas envolvidas possa ser sacrificada, é possível preservar a publicidade, em face do direito do público à informação. Contudo, isso não quer dizer que a Constituição tenha aprovado uma regra absoluta de preponderância, mas sim que o legislador ordinário deverá proceder à ponderação desses dois valores, ainda que se reconheça maior peso abstrato à liberdade de informação. Um dos critérios possíveis de ser adotado para reduzir a proteção à intimidade é o fato de o processo tratar de pessoas públicas (servidores públicos, agentes políticos, etc.) e seu objeto estar relacionado com o exercício de suas funções públicas. Ainda que não seja editada a lei prevista no dispositivo, nada obsta que esse critério de ponderação seja utilizado pelos juízes ao apreciar a conveniência de decretar sigilo por exigência de preservação de fatos íntimos contidos no processo.

O conceito de “interesse social” deve ser densificado pelo legislador ordinário, o que lhe confere alguma discricionariedade para definir quais as matérias sensíveis que recomendam o segredo. Há previsões legislativas que repetem a fórmula constitucional invocando conceitos indeterminados para autorizar a restrição à publicidade, conferindo agora ao juiz a discricionariedade para decretar o sigilo e fechar as salas de audiência. O art. 155, I, do Código de Processo Civil, estabelece que correm em segredo de justiça os processos em que o exigir o interesse público. Já o art. 792, § 1º, do Código de Processo Penal, autoriza o juiz a restringir a presença do público nas audiências quando da publicidade puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem.

É de se ressaltar que, como se trata de limitação a direito fundamental, tanto as escolhas feitas pelo legislador ao regulamentar o dispositivo constitucional quanto as decisões judiciais de decretação de segredo não podem sacrificar desproporcionalmente o direito objeto da restrição. Assim, a lei que venha a instituir casos de sigilo pode ser questionada se a hipótese não puder ser sustentada como de “interesse social”. O mesmo se diz das decisões judiciais que decretam o segredo de justiça, invocando interesse público, inconveniente, ou perigo de perturbação da ordem⁴.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivos dos Regimentos Internos do Superior Tribunal Militar e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (RISTM), por violação ao princípio da publicidade processual. No 1º caso, o art. 118, § 3º, do RISTM, estabelecia que o resultado de julgamentos seria

divulgado por mera certidão, dispensando-se a lavratura de acórdão. O STF declarou a inconstitucionalidade de tal norma regimental por violação dos princípios da publicidade e da motivação das decisões judiciais (art. 93, XI, CF) (Recurso Extraordinário nº 575.144/DF, Pleno, rel.: Ricardo Lewandowski, j. 11/12/2008).

Já no 2º caso, os artigos 144 e 150 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios instituíam como regra a sessão secreta de julgamento nas ações penais originárias, permitindo-se a presença apenas das partes e do procurador geral de justiça durante a sessão, vedando-se até mesmo a presença das partes no momento da deliberação. Nesse julgamento, o STF decidiu que a publicidade é pressuposto de validade, não apenas do ato de julgamento do tribunal, mas da própria decisão que é tomada pelo órgão jurisdicional. As exceções ao princípio da publicidade devem estar justificadas por circunstâncias do caso concreto, ponderando-se os direitos fundamentais em jogo. O art. 12, II, da Lei nº 8.038/90 prevê a possibilidade de restrição da publicidade dos julgamentos se o interesse público o exigir. Contudo, não se pode estabelecer uma regra geral de sigilo para todas as ações penais originárias. Assim, tal norma regimental restringe desproporcionalmente o princípio da publicidade, motivo pelo qual foi declarada inconstitucional (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.970/DF, Pleno, rel.: Ellen Gracie, j. 20/4/2006).

Finalmente, deve ser consignado que a previsão explícita no texto constitucional de que a publicidade possa ser restringida em nome da intimidade ou do interesse social não impede que aquela seja também objeto de limitação em situação de colisão com outros direitos fundamentais. Na lição de Jane Reis Gonçalves Pereira:

A tutela dos direitos fundamentais como um conjunto implica, necessariamente, que estes se restrinjam reciprocamente. A positivação simultânea de diversos direitos fundamentais e fins constitucionais que podem revelar-se conflitantes, opera como uma autorização implícita ao legislador e ao Judiciário para restringi-los, respectivamente, no momento legislativo e no momento aplicativo. O fundamento dessa interpretação é o princípio da unidade da Constituição. (PEREIRA, 2006, p. 214)

Atendo-se à hipótese de colisão entre liberdade de expressão e direito a um julgamento justo e imparcial, cabe consignar que a restrição à publicidade é uma das formas possíveis de arrefecer eventual campanha de mídia que propugne uma condenação criminal. A medida é reconhecidamente menos invasiva do que ordens judiciais que proíbam a veiculação, pela meios de comunicação, de informações que já estejam em seu poder (denominadas pelos americanos de medidas de *prior restraint*). E, desde que justificada sob a máxima da proporcionalidade, tal providência judicial não é incompatível com a Constituição Federal de 1988.

Inserir-se nessa discussão o novo § 6º do art. 201 do Código de Processo Penal, introduzido em 2008, o qual prevê a possibilidade de se restringir a publicidade processual para preservação da pessoa da vítima ante os meios de comunicação. O legislador ordinário elegeu outros direitos que podem ser invocados para a restrição da publicidade - quais sejam, a imagem e a honra - distintos portanto do "interesse social" e da "privacidade".

Na linha do ora sustentado, tal dispositivo é constitucional, já que os valores contrapostos - imagem e honra - são tributários de proteção constitucional, estabelecidos até mesmo como limite à liberdade de informação jornalística (art. 5º, V e X; art. 220, § 1º, CF88).

3 Publicidade e sigilo na fase investigatória

As normas constitucionais que consagram o princípio da publicidade do Poder Judiciário só se referem a atos processuais (art. 5º, LX) e a julgamentos (art. 93, IX), o que suscita discussão sobre se os inquéritos policiais devem ser conduzidos em público ou em segredo.

O art. 37, cáput, da Constituição institui o princípio da publicidade da Administração Pública em geral; e o art. 5º, XXXIII, assegura a qualquer pessoa o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, *ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*.

É possível assim sustentar a aplicação do princípio da publicidade ao inquérito policial, como de resto a todos os procedimentos administrativos que tramitam perante os órgãos públicos. Como ocorre com o regime dos atos processuais *stricto sensu*, a Constituição Federal confere ao legislador a possibilidade de restringir a publicidade invocando razões de política pública. Como consignado acima, categorias como a segurança do Estado, da sociedade e o interesse social conferem ao legislador infraconstitucional um espectro relativamente amplo de atuação para instituir hipóteses de sigilo tanto nos processos judiciais quanto administrativos, incluído aí o procedimento inquisitorial conduzido pela Polícia Judiciária destinado à apuração inicial da prática de crimes.

Nesse sentido, não enseja maiores controvérsias a recepção do art. 20 do Código de Processo Penal (*verbis*: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”) pela CF88. A finalidade do inquérito policial é a apuração de fatos criminosos, e diversas diligências investigatórias devem ser conduzidas sob sigilo para que não se frustrem. O sigilo imposto no inquérito é, inicialmente, aquele *necessário* à elucidação do fato criminoso.

O sigilo dos autos do inquérito policial não é oponível, contudo, aos advogados, em razão da regra do art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), que confere aos advogados o direito de “examinar, em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos” (BRASIL, 1994).

A aparente incompatibilidade entre a regra do sigilo vinculada à boa condução da investigação criminal (art. 20 do Código de Processo Penal) e a regra que assegura de forma irrestrita o direito de vista dos autos do inquérito policial aos advogados (art. 7º, XIV, do Estatuto da OAB) deu ensejo a controvérsias doutrinárias e, principalmente, jurisprudenciais. A Polícia Judiciária vinha sistematicamente impedindo o acesso da defesa aos autos do inquérito policial, com apoio do Ministério Público, ao argumento de que

o direito de vista do advogado estaria condicionado à conveniência das investigações. Se a autoridade policial considerasse inoportuno franquear a vista do inquérito, por vislumbrar possível prejuízo que decorreria da ciência prematura pela defesa das linhas de investigação adotadas, poderia indeferir o acesso do advogado aos autos.

Essa tese teve respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Alegava-se que o interesse público na persecução penal deveria nortear a interpretação e compatibilização dos diplomas legislativos citados. Diante dos riscos que o acesso da defesa ao inquérito poderia trazer para o sucesso da investigação, a ponderação dos valores constitucionais em jogo deveria ser resolvida a favor do interesse da coletividade na apuração e repressão das práticas criminosas (ver: RMS nº 17.691/SC, rel: Gilson Dipp, 5ª Turma, j. 22/2/2005, DJ 14/3/2005, unânime; RMS nº 12.516/PR, rel: Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 20/8/2002, DJ 27/9/2004, maioria).

Contudo, julgado paradigmático do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence, contestava a possibilidade de se proceder à ponderação de valores constitucionais nessa matéria, diante da opção clara do legislador ordinário de assegurar irrestritamente vista dos autos do inquérito policial ao advogado (até mesmo sem exigir que esteja previamente constituído pelo investigado). Em seu voto, Pertence sustentou que a Lei nº 8.906/94 era da mesma hierarquia e posterior ao Código de Processo Penal, e a única interpretação possível para compatibilizar os dois dispositivos legais era a de que o sigilo eventualmente decretado pela autoridade policial não seria oponível ao advogado. Confira-se trecho do voto condutor:

A irrestrita amplitude do preceito [referindo-se ao art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94] situam-se, no caso, os dois acórdãos e o parecer do Chefe do Ministério Público da União, para opor-lhe, em nome do princípio da proporcionalidade, temperamentos de maior ou menor extensão, sobretudo quando posto em cotejo com a decretação de sigilo do inquérito policial específico. O conflito aparente de interesses contrapostos, de que partem tais raciocínios, no entanto, mais do que aparente, é falso, na medida em que a lei mesma o resolve, em favor da prerrogativa do defensor e contra a oponibilidade ao advogado do sigilo decretado do inquérito. O inciso XIV da Lei 8.906/94 [...] bem posterior ao Código de Processo Penal, não faz qualquer distinção entre inquéritos sigilosos e não sigilosos, não sendo lícito ao intérprete e ao aplicador da lei distinguir onde ela não distingue, especialmente quando dessa distinção decorre restrição de direitos. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82354-8/PR. Relator: Sepúlveda Pertence. 1ª Turma. J. 10/8/2004, DJ 24/9/2004, unânime)⁵

O art. 7º XIV, da Lei nº 8.906/94 viabiliza ainda o exercício de direitos constitucionais assegurados ao investigado, notadamente o direito de ser assistido por advogado e de não se autoincriminar. Ainda que não se reconheça ao investigado o direito de contraditório e ampla defesa, é certo que o advogado só poderá orientar convenientemente o depoimento de seu cliente na fase inquisitorial, inclusive sobre se é oportuno que exerça o direito de não responder a perguntas formuladas pela autoridade policial, caso lhe seja franqueada previamente vista integral de todos os elementos coligidos.

O mesmo se diz da possibilidade, em tese, de impetração de habeas corpus visando ao trancamento de inquérito policial. O exercício desse direito constitucional

pela pessoa sobre a qual recaem as suspeitas da prática de um crime depende de que o réu esteja assistido por um advogado inteirado do conteúdo da investigação (no STF: HC nº 86.120-SP, rel.: Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 9/8/2005, unânime; no STJ: HC nº 33.925-SP, rel.: Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 7/4/2005, unânime). Registre-se, contudo, que, embora tenha afirmado a importância do direito de vista dos autos de inquérito policial para o exercício de direitos constitucionais do investigado, o STF, já no HC nº 82.354, partiu da distinção entre o resultado de diligências investigatórias já encerradas e os atos de realização de diligências em curso para afirmar que o direito de vista do advogado só atinge a documentação das diligências já concluídas e incorporadas aos autos. Justifica-se, assim, teoricamente a postergação do direito de vista quando estiverem em curso diligências cujo resultado possa ficar comprometido pela ciência prematura da parte que está sob investigação. Em seu voto, Sepúlveda cita exemplificativamente a disciplina legal da interceptação telefônica (Lei nº 9.296/96), a qual prevê o sigilo oponível ao investigado enquanto estiver sendo feita a escuta e posteriormente regula a introdução do resultado da escuta no processo e sua sujeição ao contraditório. A extensão desse regime a outros atos investigatórios não deixa de expressar um temperamento da regra do art. 7º, XIV, do Estatuto da OAB, decorrente de ponderação entre o direito de vista e o interesse de resguardar o sucesso da investigação.

Na prática judiciária, o problema é contornado impondo-se sigilo às chamadas medidas cautelares investigatórias, as quais formam autos apartados do inquérito, posteriormente apensados a ele. A maior parte das providências investigatórias que podem se frustrar se não forem conduzidas em segredo dependem de autorização judicial (por exemplo: diligência de busca e apreensão; quebra de sigilo bancário preparatória da decretação de sequestro de ativos financeiros; e a própria interceptação telefônica). Somem-se a estas as medidas de caráter assecuratório tomadas em detrimento do investigado (prisões cautelares e sequestro de bens). Em vista disso, a representação policial feita ao juiz é atuada em apartado, classificada como medida cautelar, e conduzida sob sigilo.

Vê-se assim que a posição firmada no Supremo Tribunal Federal, embora reconheça que o sigilo decretado no inquérito policial não é oponível ao advogado, admite que se adote o artifício de não realizar os atos preparatórios e executórios de determinadas modalidades de investigação no próprio inquérito, reservando-se a autoridade policial a introduzir a prova nos autos quando sua produção estiver encerrada.

Essas diretrizes foram consolidadas na Súmula Vinculante nº 14, do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte redação: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Assegura-se, assim, o direito amplo aos elementos investigatórios *já documentados*. A ressalva de que a vista refere-se aos elementos “que digam respeito ao exercício do direito de defesa” poderia sugerir que caberia à autoridade policial franquear vista apenas dos

documentos que dissessem respeito à pessoa do investigado, na hipótese de inquérito policial com vários investigados.

Contudo, como já ressaltado, a única hipótese em que a vista dos autos ao advogado pode ser negada é *a da existência de diligências em curso, que devam ser conduzidas em sigilo, para que cheguem a bom termo*. Desse modo, não é possível opor sigilo ao investigado de peças do inquérito policial ao argumento de que não dizem respeito à sua pessoa, mas sim a outros investigados. Registre-se que a primeira proposta do ministro Carlos Direito a respeito do texto da súmula era a seguinte: “É direito do defensor, no interesse do representado envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de Polícia Judiciária, *digam respeito ao interessado*”⁶ (grifo nosso).

Diante de uma ponderação do ministro Marco Aurélio, de que a limitação final poderia “se prestar ao surgimento de obstáculos, considerada a subjetividade”, sustentando ainda que “constituído um representante processual, um advogado, um defensor, o acesso é irrestrito ao que está nos autos do inquérito”, até porque ficaria “muito difícil definir-se o que diz respeito diretamente ao envolvido ou não”, o ministro Carlos Direito alterou a redação da súmula. Assim, a redação finalmente aprovada garante o acesso amplo do advogado aos elementos já documentados nos autos “que digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Em vista disso, a melhor interpretação da súmula é no sentido de que o acesso aos resultados das diligências já ultimadas e documentadas é amplo, e que cabe *ao advogado e não à autoridade policial* avaliar quais são as peças relevantes para o pleno exercício do direito de defesa. Em outras palavras, a autoridade policial não pode negar acesso à parte dessa documentação, ao argumento de que a mesma não diga respeito à pessoa do investigado. Isso porque, se diversas pessoas estão sendo investigadas no mesmo inquérito policial, pressupõe-se que há um vínculo entre elas. Somente o advogado poderá analisar se as peças pertinentes aos outros investigados são relevantes ou não para o exercício do direito de defesa de seu representado.

Não se pode impedir o advogado de ter vista de todo o contexto investigatório, pois tal procedimento o impedirá de exercer na plenitude seu múnus de: a) orientar o investigado para que preste adequadamente seu depoimento policial; b) analisar as possibilidades de defesa que já se apresentam na fase investigatória, inclusive no que tange a eventual pedido de trancamento de inquérito policial em habeas corpus.

A necessidade imposta pela elucidação dos fatos não é o único motivo hábil a justificar a restrição da publicidade do inquérito policial. Aplicam-se aqui as razões invocadas acima, quando se defendia a constitucionalidade da decretação de sigilo de processos judiciais para preservar outros princípios constitucionais eventualmente colidentes.

É possível restringir a publicidade para proteger direitos fundamentais do investigado, do ofendido ou das testemunhas envolvidas nas investigações. Por exemplo, o direito à intimidade pode ter sido infringido no curso da investigação, e dados privados

podem instruir os autos do inquérito ou seus apensos, tais como informações fiscais e financeiras, transcrição de conversas telefônicas interceptadas ou ainda registros de dados telefônicos.

Conclusão

No presente estudo, procurou-se desvendar o conteúdo do princípio constitucional da publicidade processual, seus limites previstos na própria Constituição, e a possibilidade de restrição quando há situação de colisão com outros direitos fundamentais. Ademais, analisou-se a questão do sigilo do inquérito policial, qual é o fim que se pretende alcançar a preservação do segredo na investigação, e sua não oponibilidade ao próprio investigado e a seu advogado.

Embora não se discuta que a transparência no trato da coisa pública seja um dos principais elementos de um regime democrático e que o Poder Judiciário deve se dar a conhecer pela população, expondo sua estrutura e mazelas, e deve se sujeitar ao permanente escrutínio público, há limites possíveis decorrentes do próprio sistema constitucional para o princípio da publicidade processual.

Como sustenta Antoine Garapon (1999. p. 86), a transparência exigida pela democracia deve ser bem compreendida, ela “não consiste em tudo saber, mas em saber apenas aquilo que pôde ser legitimamente estabelecido”.

NOTES ON THE PRINCIPLE OF PUBLIC PROCEEDINGS IN CRIMINAL PROCEDURE

ABSTRACT: This article presents the treatment of the constitutional principle of public proceedings in the Brazilian Constitution of 1988, with emphasis on criminal procedural law, analyzing the reason for its inclusion in the Constitution, what are the restrictions that may be imposed on this constitutional principle, and as such principle applies in the police investigation stage, in view of the secret nature of the police investigation.

KEYWORDS: Public proceedings principle. Restrictions. Secrecy. Police investigation.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 425-445.

CAMPOS, Pedro Marcelo Pasche de. A violência oculta: uma análise da importância do segredo no processo inquisitorial. *Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro, Revan, ano 2, n. 3, p. 167-172, 1º sem. 1997.

DINO, Flávio; MELO FILHO, Hugo Melo; BARBOSA, Leonardo. DINO, Nicolau. *Reforma do Judiciário: Comentários à Emenda nº 45/2004*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2002. Tomo I: fundamentos.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva dos julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantia individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Notas

- ¹ Confirmam-se, por exemplo, os seguintes textos: 6ª Emenda da Constituição norte-americana; artigo 24.2 da Constituição Espanhola; art. XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966; art. 6, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Em todos esses diplomas, está assegurado o direito do acusado ao julgamento público. O Pacto de São José da Costa Rica, de modo semelhante à Constituição brasileira, dispõe que o processo penal será público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça (art. 8º, 5).
- ² *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia* (448 US 555, 1980). Essa já havia sido a 4ª tentativa de julgar o réu por homicídio. O primeiro julgamento, no qual o réu foi condenado, fora anulado. Os dois seguintes não chegaram a termo (*mistrial*). Nesse 4º julgamento, conduzido a portas fechadas, o veredicto foi absolutório. A decretação do sigilo fundou-se em uma lei estadual que conferia ampla discricionariedade ao juiz para excluir a presença de pessoas que pudessem pôr em risco a condução de um julgamento justo. A Suprema Corte ressaltou em *Richmond* que a publicidade dos julgamentos criminais decorria da 1ª Emenda. Afirmou-se o direito do público de ser informado sobre o que se passa no âmbito do Poder Judiciário e sobre como são conduzidos os casos criminais. A presença do público garantiria a integridade e a qualidade do julgamento. A publicidade do julgamento criminal teria, ademais, caráter profilático, pois a reação emocional do público ao cometimento de um crime violento seria contida quando houvesse percepção de que a justiça foi restaurada.
- ³ A redação do art. 93, IX, foi alterada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Judiciário). A redação original do dispositivo é a seguinte: "IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes" (BRASIL, 1988).
- ⁴ Os artigos 155, I, do CPC e 792, § 1º, do CPP são compatíveis com a Constituição Federal de 1988, uma vez que as categorias utilizadas podem ser reconduzidas ao conceito de "interesse social". Mas, sem dúvida, conferem discricionariedade ao juiz para aferir o interesse na restrição à publicidade que justifique a excepcional prevalência do segredo sobre a regra da publicidade. E a decisão judicial em cada caso está sujeita ao controle de constitucionalidade.
- ⁵ Em recente julgado, o STF afirmou o direito de vista do advogado do conteúdo de investigação sigilosa conduzida pelo Ministério Público, por força do art. 7º, XIV, do Estatuto da OAB. Veja-se a ementa: "ADVOGADO. Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituinte. Prerrogativa profissional garantida.

Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. HC concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei nº 6.368/76 Precedentes. É direito do advogado, suscetível de ser garantido por habeas corpus, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte” (HC nº 88.190/RJ, relator: Cezar Peluso, 2ª Turma, j.: 29/8/2006, DJ 6/10/2006, unânime).

⁶ Os trechos destacados dos debates travados pelos ministros na sessão de aprovação da Súmula Vinculante nº 14 estão disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br>>.