

## Segredo de Estado e prova ilícita<sup>(\*)</sup>

Mário Sérgio Sobrinho

Promotor de Justiça – SP

**Sumário:** 1 – Introdução. 2 – Segredo e sigilo. 3 – O segredo pessoal, estatal e processual. 4 – O segredo e o sigilo no ordenamento jurídico brasileiro. 5 – O segredo de Estado e o processo penal. 6 – O segredo de Estado e a prova no processo penal. 7 – O segredo de Estado e o Direito Português. 8 – O segredo de Estado e o Direito Italiano. 9 – Análise de casos. 9.1 O “Caso TAM”. 9.2 Acesso às fitas contendo gravações de julgamentos de presos políticos. 10 – Conclusões. 11 – Bibliografia

### 1. Introdução

Ocorrendo a prática de um delito, caberá ao Estado punir o infrator da lei penal, observando não apenas a definição do fato como ilícito penal e a imposição de uma sanção, mas também os princípios que balizam a atuação estatal, subordinados às regras constitucionais e processuais

Ao desenvolver a tarefa da persecução penal, sob as diretrizes do Direito Processual Penal,<sup>(1)</sup> o Estado juiz deverá, ao final, apresentar um pronunciamento, cristalizado em uma decisão judicial, que visa dirimir o conflito entre o crime (que lesa interesses individuais e sociais) e o direito de liberdade do acusado<sup>(2)</sup>

A decisão judicial não pode ser imposta de forma aleatória ou pelo mero alvedrio do órgão jurisdicional, mas, contrariamente, deve encontrar firme fundamento na prova.<sup>(3)</sup>

(\*) Tema de Seminário da disciplina Processo Constitucional – Provas Ilícitas da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

- (1) Segundo o Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, in “Elementos de Direito Processual Penal”. 1ª ed., 2ª tiragem (reedição), Campinas: Bookseller, Ed., 1998, pág. 32, o Direito Processual Penal é “conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária e a estruturação dos órgãos e da função jurisdicional e respectivos auxiliares”
- (2) Conforme EDGAR MAGALHÃES NORONHA, in “Curso de Direito Processual Penal”. 18ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1987, pág. 4
- (3) Conforme TÊRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR: “A prova jurídica traz consigo, inevitavelmente, o seu caráter ético. No sentido etimológico do termo – *probatio* advém de *probus* que deu em português, prova e probo – provar significa não apenas uma constatação demonstrada de um fato ocorrido – sentido objetivo – mas também aprovar ou fazer aprovar – sentido subjetivo. Fazer aprovar significa a produção de uma espécie de simpatia, capaz de sugerir confiança, bem como a possibilidade de garantir, por critérios de relevância, o entendimento dos fatos num sentido favorável (o que envolve questões de justiça, equidade, bem comum etc.)” “Introdução ao Estudo do Direito”, 2ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 1994, pág. 318.

O desenvolvimento da atividade probatória é considerado como o momento central do processo penal, pois é durante a produção da prova que os direitos de ação e defesa são exercitados com maior ênfase, possibilitando às partes influir sobre a decisão do juiz, demonstrando, através das teses de acusação ou defesa, a relevância (ou irrelevância) dos fatos apresentados em juízo.<sup>(4)</sup>

O direito das partes introduzirem provas no processo penal não é ilimitado. Embora tenha natureza constitucional, estando inserido entre as garantias da ação, defesa e contraditório, ele não é absoluto.<sup>(5)</sup>

Apesar da importância, destaque e matriz constitucional, o direito de introdução de prova no processo penal é limitado por outros valores e interesses, também dignos de proteção, não estando o juiz autorizado a buscar todo e qualquer meio para formar ou amparar seu convencimento sobre um fato relevante, o qual seja objeto de discussão no processo, sob pena do desempenho arbitrário da atividade jurisdicional.<sup>(6)</sup>

A fixação de dispositivos legais, que restringem a atividade probatória não é novidade entre nós, vez que em nosso sistema penal e processual existem normas sancionadoras da violação ao segredo profissional.<sup>(7)</sup>

Em nosso ordenamento jurídico, a ilicitude da prova acarreta sua inadmissibilidade no processo, conforme previsão constitucional.<sup>(8)</sup>

Neste estudo, surge como idéia central a discussão dos limites impostos ao desenvolvimento da atividade probatória no processo penal, quando as provas produzidas puderem desvendar assuntos protegidos pelo segredo de Estado.

O objetivo buscado neste trabalho é a análise do segredo de Estado frente à disciplina da prova ilícita, através da interpretação do ordenamento jurídico nacional e estrangeiro, verificando-se, assim, os limites à atividade probatória, inclusive através do estudo de casos.

(4) Neste sentido ver NICOLÒ TROCKER, *Processo Civile e Costituzione - La garanzia di azione e di difesa ed il procedimento probatorio*. Milano: Giuffrè, 1974, págs 509/510.

(5) Conforme ensinam os Professores ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO E ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES, in "As nulidades no processo penal", 3ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 1994, págs 109/110.

(6) Neste sentido ver a lição do Professor ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, in "Direito à prova no processo penal". São Paulo: Ed RT, 1997, págs 91/92.

(7) Artigo 154 do Código Penal - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja divulgação revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa.

Artigo 207 do Código de Processo Penal - São proibidas de depor as pessoas que, em razão da função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

(8) Artigo 5ª, inciso LVI, da Constituição Federal - São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

## 2. Segredo e sigilo

Sob o aspecto gramatical, a palavra segredo apresenta vários significados,<sup>(9)</sup> sendo interpretado na maior parte das vezes como aquilo que não pode ser revelado ou que é sigiloso.<sup>(10)</sup>

Escrevendo sobre o tema o Professor Antônio Chaves afirmou que: "segredo, sigilo, resguardo, intimidade são palavras que, com diversas tonalidades, procuram indicar uma série de atos, lugares ou situações, acontecimentos, objetos, escritos ou simples pensamentos que se tem o direito de ocultar ou de não revelar, no momento, durante certo período ou para sempre".<sup>(11)</sup>

Apesar de utilizados normalmente como sinônimos, diante da natural proximidade dos significados, as palavras segredo e sigilo apresentam conotação diferente, que merece destaque neste estudo, diante da abordagem do tema segredo de Estado.

De Plácido e Silva, anota em seu "Vocabulário Jurídico" que: "segredo do latim *secretum* (secreto, guardado em segredo), exprime o que se tem conhecimento particular, sob reserva ou ocultamente". Quanto ao sigilo diz que vem do latim "*sigillum* - marca pequena, sinalzinho, selo, é empregado na mesma significação de segredo. No entanto, imperando nele a idéia de algo que está sob selo ou sinete, o sigilo traduz com maior rigor, o segredo que não pode nem deve ser violado, importando o contrário, em quebra do dever imposto à pessoa, geralmente em razão de sua profissão ou ofício".<sup>(12)</sup>

Assim, a relação que existe entre segredo e sigilo é, para nós, a mesma que há entre conteúdo e continente, pois o segredo é o cerne ou

(9) Segundo AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA, em seu "Novo dicionário básico da língua portuguesa", Rio de Janeiro, Ed Nova Fronteira - Folha de S. Paulo, 1995, págs 590/591, a palavra segredo é um substantivo masculino que significa: "1. Aquilo que não pode ser revelado; sigilo. 2. Aquilo que se oculta à vista; ao conhecimento; aquilo que não se divulga; sigilo. 3. Assunto, problema, negócio conhecido apenas de uns poucos, sigilo. 4. Aquilo que se diz ao ouvido de alguém. 5. Silêncio, discrição, sigilo. 6. Confidência, confissão. 7. Aquilo que há de mais recôndito na pessoa humana. 8. Mistério, enigma. 9. Razão misteriosa, causa secreta. 10. Sentido ou significação oculta, secreta. 11. Aquilo que há de mais difícil em uma arte, ou numa ciência. 12. Meio ou processo particular para se atingir um fim. 13. Lugar oculto, esconderijo, recesso, esconso. 14. V. Solitária (cela de presídio na qual se isola o sentenciado turbulento ou perigoso; segredo, surda). 15. Dispositivo oculto ou disfarçado que é preciso manobrar de certa maneira para que o objeto de que faz parte possa funcionar; 16. Sucessão de movimentos que, executados neste dispositivo, o fazem funcionar".

(10) O famoso dicionarista pátrio Aurélio Buarque de Holanda, ao interpretar a palavra sigilo, indica ser um substantivo masculino que significa segredo, remetendo o leitor aos itens 1 a 3 e 5, do verbete segredo. *Ib id*, pág 599.

(11) ANTÔNIO CHAVES, verbete Segredo, I, "Enciclopédia Saraiva do Direito", São Paulo: Ed Saraiva, pág 155.

(12) "Vocabulário jurídico", Rio de Janeiro: Ed Forense, 1993, volume 4, págs 182 e 231.

substrato da informação que não pode ser revelada, enquanto o sigilo serve como verdadeiro manto de proteção do segredo, através da obrigação ou compromisso de sua não revelação.

É possível verificar portanto, ser o segredo o conteúdo que não pode ser revelado, enquanto que o sigilo é o continente que não deve ser transpassado, de modo que se impõem a uma pessoa ou instituição – representada por pessoas – para a preservação do segredo, cuja revelação ou quebra pode acarretar inclusive punição.<sup>(13)</sup>

Referida distinção deve ser bem fixada, pois interessa ao estudo do segredo de Estado, vez que os assuntos de relevância vital para o Estado não estarão protegidos apenas pela eventual classificação que lhes dê a condição de secretos ou sigilosos, mas também através do sigilo, que é imposto a todos aqueles que devam guardar segredo, conforme previsão do artigo 207 do Código de Processo Penal

### 3. O segredo pessoal, estatal e processual

Algumas condutas e relações humanas, embora o homem seja gregário e busque a vida em comunidade, muitas vezes são praticadas de forma reservada, visando que não sejam conhecidas por terceiros, pois poderiam causar prejuízos de toda a ordem às pessoas expostas.

Pouquíssimas pessoas, em sã consciência, sairiam pelas ruas exibindo todo o dinheiro que carregam consigo, falando em altos brados sobre uma discussão familiar encerrada, dizendo quais são seus planos para o futuro ou afirmando ser portador de uma doença grave e irreversível

O segredo do homem ou da mulher, considerado como “aquilo que há de mais recôndito na pessoa humana”, conforme explicitou Aurélio Buarque de Holanda,<sup>(14)</sup> é um componente da personalidade protegido pelo direito à intimidade<sup>(15)</sup> ou à privacidade,<sup>(16)</sup> que abrange a inviolabilidade da intimidade, da

(13) Um exemplo bastante esclarecedor seria a hipótese do profissional (chaveiro) que instala um sistema de fechamento e abertura do cofre de um banco, que é natural conhecedor da fórmula para sua abertura (segredo – conteúdo), cuja divulgação é restringida pela obrigação do ofício (sigilo – continente), sob pena de sanção

(14) Ver nota de rodapé anterior (nº 10).

(15) O direito à intimidade é o “direito ao segredo ou à reserva, integrante de categoria dos direitos à personalidade”, segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Liberdades públicas e processo penal”, São Paulo, Ed RT, 2ª ed., 1982, págs. 69 e 72.

(16) JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao discorrer sobre o tema que, para alguns é denominado de direito à intimidade, afirma que: “preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações de esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou”. Segue o festejado constitucionalista pátrio, com base na lição de J. Matos Pereira, in “Direito de Informação”, Lisboa, Associação Portuguesa de Informática, edição do autor, 1980, pág. 15, dizendo que

honra e da imagem da pessoa, conforme expressamente previsto pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, no qual também são assegurados outros direitos e garantias, como a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (incisos XI e XII)

Nas relações estatais, ao contrário, o segredo deve ser exceção, pois a publicidade é o princípio regente do exercício do Poder Público, muito embora seja admitido o sigilo, quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (conforme artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal).

A revelação de segredo de Estado não parece afetar o direito à intimidade da pessoa humana. A divulgação desta espécie de segredo atinge as relações estatais essenciais, exigindo apurada interpretação das hipóteses concretas em que referido segredo possa ser trazido ao processo penal através das provas.

Quanto ao processo, é importante que seja feita menção de que nele vige o princípio da publicidade,<sup>(17)</sup> o qual é, no sentir dos Mestres Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, “uma preciosa garantia do indivíduo no exercício da jurisdição”.<sup>(18)</sup>

Afirmam os autores citados que a presença do público durante as sessões de audiência e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa são instrumentos seguros de fiscalização popular sobre o trabalho dos operadores do direito, cujas decisões, espera-se, sejam dotadas de maior responsabilidade, a medida que maior for sua carga de publicidade, por exemplo, nos casos de apresentação da decisão final em audiência pública.

Continuam ensinando os ilustres professores que, como regra geral, a publicidade dos atos processuais, seja cível ou criminal, somente é mitigada em casos excepcionais, trazendo como exemplos hipóteses previstas no Código de Processo Penal nos artigos 483 (possibilidade da retirada do Plenário do Júri de pessoa com comportamento inconveniente) e 792, § 1º (trata da realização de audiência a portas fechadas com número reduzido de presentes, em casos de perigo, inconveniente grave ou escândalo), além do caso de sigilo sobre o resultado das investigações sobre organização criminosa.<sup>(19)</sup>

toma-se privacidade como: “o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem isso ser legalmente sujeito”, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 9ª ed., 4ª tiragem, Ed Malheiros, 1994, pág. 188 e nota de rodapé nº 18

(17) Artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal – A lei só pode restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

(18) “Teoria Geral do Processo”, 13ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997, págs. 69/70.

(19) Diante do regramento imposto pelo artigo 3º, da Lei nº 9.034/95. Sobre o tema, interessante é o artigo de CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA, “A Lei da Caixa Preta”, in “Justiça Penal – Críticas e Sugestões 3”, organização de Jacques de Camargo Penteadó, Ed Revista dos Tribunais, 1995

#### 4. O segredo e o sigilo no ordenamento jurídico brasileiro

Conforme já foi visto, o direito à intimidade ou privacidade, à inviolabilidade do domicílio e das comunicações são protegidos pela Constituição Federal.

Várias leis ordinárias também tratam de hipóteses variadas de segredo ou sigilo, trazendo regulamentação e sanções.

Neste sentido, encontramos regras expressas no Código Civil,<sup>(20)</sup> Código Tributário Nacional,<sup>(21)</sup> Consolidação das Leis do Trabalho,<sup>(22)</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente,<sup>(23)</sup> Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União,<sup>(24)</sup> Decreto-Lei nº 1 029, de 21.10.1969<sup>(25)</sup> e na lei que organiza da Justiça Federal de primeira instância.<sup>(26)</sup>

Não há no Brasil, diferentemente de outros países, como Portugal e Itália, lei que defina o que é segredo de Estado.<sup>(27)</sup>

Entretanto existe a Lei Federal nº 8 159, de 8 de janeiro de 1991, que, ao dispor sobre a política nacional de arquivos públicos e privados, assegurou acesso pleno aos documentos públicos, ressalvando a possibilidade de ser fixado, por decreto do Poder Executivo, a categoria ou grau de sigilo (ultra-secreto, secreto, confidencial ou reservado)<sup>(28)</sup>

(20) Artigo 144 do Código Civil – Ninguém será obrigado a depor de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão deva guardar segredo.

(21) Em seu artigo 198 prevê ser vedado, para qualquer fim, pela Fazenda Pública ou seus funcionários, de qualquer informação obtida em razão de ofício, sobre situação econômica ou financeira de sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades, excetuada em hipótese previsto na própria lei ou por requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça.

(22) Conforme artigo 482, alínea g, configura justa causa para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, a violação de segredo da empresa.

(23) Lei nº 8 069 de 13.7.90, que impõe responsabilidade ao representante do Ministério Público pelo uso de informações e documentos que requisitar, nas hipóteses legais de sigilo.

(24) A Lei nº 1 711, de 28.10.52, dispõe no artigo 207, VII, sobre a proibição do funcionário público federal em revelar segredo.

(25) Dispõe sobre a proibição do militar em revelar segredo (artigo 34, j).

(26) A lei orgânica da Justiça Federal (Lei nº 5 010 de 30.5.66), tem previsão no artigo 44, que mediante ordem judicial, os oficiais de justiça terão livre acesso a registros imobiliários e bancários, para cumprimento de mandado de penhora, seqüestro, arresto, busca ou apreensão de bens e dinheiro em favor da União ou suas autarquias.

(27) Na legislação brasileira consultada, o emprego literal da expressão segredo de Estado, foi encontrado apenas no artigo 15, alínea a, da Lei de Imprensa (Lei nº 5 250/67), onde é considerado crime a publicação ou a divulgação de segredo de Estado, relativo à preparação de defesa interna ou externa do país, quando o sigilo é necessário mediante norma ou recomendação prévia, determinando segredo, confidência ou reserva.

(28) Decreto nº 2 134 de 24 de janeiro de 1997.

Referida lei dispôs que os documentos sigilosos, relacionados com a segurança da sociedade e do Estado, terão acesso restrito pelo prazo de trinta anos, a contar da data de sua produção, prorrogável por uma única vez, por igual período.

Outro importante dispositivo é encontrado no artigo 24 da lei citada, que apresenta a seguinte redação:

“Artigo 24. Poderá o Poder Judiciário, em qualquer instância, determinar a exibição reservada de qualquer documento sigiloso, sempre que indispensável à defesa de direito próprio ou esclarecimento de situação pessoal da parte

Parágrafo único Nenhuma norma de organização administrativa será interpretada de modo a, por qualquer forma, restringir o disposto neste artigo”.

Assim, é possível verificar que em nosso país não existe regulamentação legal definindo o segredo de Estado, mas há uma lei que permite a classificação dos documentos públicos diante do seu grau de sigilo, e que também indica aos órgãos públicos que seus representantes não podem impedir o Poder Judiciário de ter acesso aos documentos, mesmo sendo classificados como sigilosos, quando seu exame for necessário para defesa de acusado, por exemplo, no processo penal, cabendo, entretanto, a partir da juntada dos documentos nos autos a decretação de sigilo no processo.

No campo penal, a violação de segredo por quebra de sigilo é punida pelo Código Penal<sup>(29)</sup> e Legislação Penal Extravagante.

Nas leis penais especiais são encontrados alguns tipos penais relacionados com o segredo ou sigilo, como por exemplo a lei que define os Crimes de Responsabilidade de Autoridades,<sup>(30)</sup> Lei de Imprensa,<sup>(31)</sup> Lei de

(29) O Código Penal prevê como crime: artigo 154 – Violação de Segredo Profissional; artigo 153 – Divulgação de Segredo; artigos 151/153 – Violação de Correspondência e artigo 325 – Violação de Sigilo Funcional (a diferença que existe entre os delitos previstos nos artigos 154 e 325 do Código Penal são basicamente as seguintes: a) forma de ação penal; b) pena mais grave e elevada para quem pratica a segunda conduta; c) o crime do artigo 325 do Código Penal é um crime próprio praticado pelo funcionário público, em razão do seu cargo, enquanto o outro delito pode ser praticado por qualquer pessoa). A Lei nº 8 021, de 12.4.90, que dispõe sobre a identificação de contribuintes para fins fiscais, dispõe no artigo 7º, § 3º, que o servidor que revelar informações obtidas na forma permitida no *caput* do artigo, fica sujeito às penas previstas no artigo 325 do Código Penal.

(30) A Lei nº 1 079 de 10.4.50, que define os crimes de responsabilidade do Presidente da República, Ministros de Estado e do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, Governadores e Secretários de Estado, prevê como um delito contra a existência da União a revelação de negócios políticos ou militares, que devam ser mantidos secretos a bem da defesa, da segurança externa ou dos interesses da Nação (artigo 5º, inciso 4).

(31) Segundo a Lei nº 5 250 de 9.2.67, é crime de imprensa, previsto no artigo 15, alínea a, publicar ou divulgar segredo de Estado, notícia ou informação relativa à preparação da defesa interna ou externa do país, desde que o sigilo seja justificado como necessário, mediante norma ou recomendação prévia determinando segredo, confidência ou reserva.

Entorpecentes,<sup>(32)</sup> Lei da Responsabilidade pela Prática de Atos Relacionados com Atividades Nucleares,<sup>(33)</sup> Lei de Segurança Nacional,<sup>(34)</sup> Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro,<sup>(35)</sup> Lei de Licitações e Contratos Administrativos,<sup>(36)</sup> Lei da Propriedade Industrial<sup>(37)</sup> e Lei das Interceptações Telefônicas.<sup>(38)</sup>

A violação de sigilo funcional também é crime praticado em tempo de paz, previsto no Código Penal Militar.<sup>(39)</sup> A espionagem é conduta considerada como crime militar, que pode ser praticado tanto em tempo de paz como em época de guerra.<sup>(40)</sup>

Dentro do Código de Processo Penal, como já foi frisado, é possível encontrar no artigo 207 a proibição do depoimento de pessoas que devam guardar segredo em razão da função, ministério, ofício ou profissão.<sup>(41)</sup>

(32) Na Lei nº 6.368, de 21.10.76, é punido com detenção de dois a seis meses ou multa, a violação de qualquer forma sigilo, previsto no artigo 26 da mesma lei. Referido dispositivo prevê que os registros, documentos, ou peças de informações, autos de prisão em flagrante e inquérito policial decorrentes de apuração de crime previsto na lei de entorpecentes, serão mantidos sob sigilo, cabendo ao juiz na ação penal, definir sobre sua manutenção.

(33) A Lei nº 6.453 de 17.10.77 regula a responsabilidade civil e criminal por atos praticados em relação às atividades nucleares, e define como crime punido com reclusão de 4 a 8 anos, no artigo 23, a conduta relacionada com a transmissão ilícita de informações sigilosas, concernentes à energia nuclear.

(34) A Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170, de 14.12.83), no artigo 13 pune qualquer forma de comunicação de assunto sigiloso, de interesse do Estado Brasileiro, a governo ou grupo estrangeiro, bem como organização ou grupo ilegais. No artigo 21 há um outro tipo penal que impõe pena para quem, em razão de cargo, emprego ou função pública, revelar segredo, relacionados a planos, ações ou operações militares ou policiais.

(35) O artigo 18 da Lei nº 7.492, de 16.6.86, impõe pena de reclusão de um a quatro anos, para quem violar sigilo de operação ou de serviço prestado por instituição financeira. A mesma sanção já era fixada pelo artigo 38, § 7º, da Lei nº 4.595, de 31.12.64, dispõe sobre as instituições bancárias.

(36) A Lei nº 8.666, de 21.6.93, que prevê como crime no artigo 94, a conduta de quem devassa sigilo de proposta em procedimento licitatório ou proporciona ao terceiro devassá-la.

(37) Lei nº 9.279, de 14.5.96 (artigos 183 a 195).

(38) A Lei nº 9.296, de 24.7.96, dispõe no seu artigo 10 que constitui crime realizar interceptação telefônica, informática ou telemática, ou quebrar segredo de justiça: sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em Lei, impondo pena de reclusão de dois a quatro anos e multa.

(39) Artigo 326 do Código Penal Militar – Revelar fato de que tem ciência em razão de cargo ou função e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação, em prejuízo da administração militar.

(40) Conforme artigos 143/146 e 366/367 do Código Penal Militar.

(41) Para DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS função é: “a incumbência determinada a uma pessoa, em face de lei, imposição judicial ou contrato, haja remuneração ou não. Exemplos: função de tutor, curador ou depositário judicial”. Ministério é: “a incumbência determinada por uma situação de fato e não de direito. Exemplos: sacerdote, irmã de caridade, etc”. Ofício é: “atividade eminentemente manual”, e finalmente profissão é: “toda atividade habitual, exercida com o fim de lucro”. “Código Penal anotado”, 7ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1997, pág. 484.

Há disposição, no mesmo sentido, no artigo 355 do Código de Processo Penal Militar.

Como no Brasil não há conceituação legal do segredo de Estado, nem especificação das matérias que podem ser consideradas essenciais para a segurança estatal, a discussão fica submetida ao Poder Judiciário, que deverá exercitar a tarefa jurisdicional, com amparo na Constituição Federal, em leis nacionais que de alguma forma disciplinem o tema, na doutrina e na jurisprudência, sem nunca perder de vista os princípios gerais de direito<sup>(42)</sup> e o direito comparado, que poderão trazer lições preciosas no deslinde da questão.

### 5. O segredo do Estado e o processo penal

Na visão do autorizado dicionarista De Plácido e Silva, há duas maneiras de conceituar segredo de Estado, ou seja, no aspecto gramatical e perante o Direito Público.<sup>(43)</sup>

A expressão segredo de Estado já foi interpretada como segredo político militar, ligada à espionagem, delito previsto na legislação penal militar, que visa preservar a personalidade do Estado, sua segurança interna e externa (aspecto militar).<sup>(44)</sup>

Ao estudar o segredo de Estado sob a ótica do processo penal, duas abordagens iniciais parecem necessárias.

A primeira está relacionada com a existência de previsão constitucional sobre o tema, enquanto a segunda é a discussão sobre o relacionamento do segredo de Estado com a prova no processo penal.

No primeiro aspecto, o entendimento trilhado é no sentido de que o segredo de Estado deve ser visto como instrumento hábil para a

(42) O artigo 3º do “Código de Processo Penal” dispõe que: “A lei processual penal admitirá a interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Além disso, a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.647, de 4.9.42) traz a seguinte redação: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

(43) “Vocabulário jurídico”, *op cit*, pág. 182 – “Gramaticalmente, o segredo de Estado, entende-se o fato, o negócio, a ocorrência de interesse da Administração Pública que, por sua natureza, ou pela importância ligada à própria existência do Estado, não possam nem devam ser revelados, sem danos, ou perigo, aos negócios públicos e vida do Estado.” Perante o Direito Público, afirma o autor “o segredo de Estado importa na obrigação que é imposta a todo funcionário público, a todo funcionário público, a todo agente de governo, ou qualquer outra pessoa, de não divulgar e conservar o segredo de um negócio, de um fato, ou de uma ocorrência, de que participou, ou de que foi oficialmente encarregado, sob pena de lhes serem aplicadas as sanções cometidas à inobservância desse dever, notadamente quando a divulgação deles seja prejudicial aos interesses do Estado e possa servir a interesse de nações estrangeiras”.

(44) Neste sentido ver verbete Segredo de Estado – I, “Enciclopédia Saraiva do Direito”, São Paulo: Ed. Saraiva, pág. 176, escrito por FERNANDO PINTO.

preservação dos fundamentos da República Federativa do Brasil, Estado Democrático de Direito, onde o poder emana do povo e em seu nome é exercido (ou seja, soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e livre iniciativa e pluralismo político – conforme indica o artigo 1º da Constituição Federal de 1988).<sup>(45)</sup>

É visível o relacionamento do segredo de Estado com a Soberania, que é um dos fundamentos do próprio conceito de Estado, uma vez que não se concebe Estado que não exerça soberania.

A soberania significa “poder político supremo e independente”,<sup>(46)</sup> exigindo para sua preservação, algumas vezes, que certos assuntos e documentos sejam tratados como secretos, havendo sigilo de sua divulgação.

Outro dado importante, retirado também da Constituição Federal, está no artigo 5º, inciso XXXIII, que trata do direito à informação, ressalvada a hipótese do sigilo ser imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

A classificação de alguns assuntos como matéria protegida pelo segredo de Estado somente é justificada, quando for claro que referida imposição visa a preservação de interesses intimamente relacionados com os fundamentos da República Federativa do Brasil, podendo em algumas hipóteses excepcionais, servir como condição restritiva do direito à informação.

Assim, é possível verificar que segredo de Estado é uma modalidade de segredo relacionado à segurança do Estado, estando protegido pelo sigilo imposto aos funcionários públicos e pessoas que dele conhecerem em virtude de cargo ou função, sob o enfoque restrito dos fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil e da manutenção do Estado Democrático de Direito, não podendo ter sua conceituação alargada, para abranger assuntos ou fatos não relacionados com a proteção de interesses dessa magnitude.

O segundo aspecto do tema, que merece atenção neste momento, está relacionado com o fato do direito à prova no processo penal não ser ilimitado, havendo restrições necessárias para a manutenção de outros valores e interesses que devem ser protegidos.

Conforme conclusão do Professor Antônio Magalhães Gomes Filho, em sua obra “Direito à prova no Processo Penal”,<sup>(47)</sup> esses limites são

(45) Essa idéia decorre do “princípio democrático”, inserido tanto no *caput*, quanto no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, segundo ALEXANDRE DE MORAES, “Direito Constitucional”, São Paulo: Ed Atlas, 4ª ed., 1998, pág. 44.

(46) Soberania é, para MARCELLO CAETANO, *apud* José Afonso da Silva, *op. cit.*, pág. 95: “o poder político supremo (pois não está limitado por nenhum outro na ordem interna) e independente (na ordem internacional), não tem de acatar regras que não estejam voluntariamente aceitas e estar em pé de igualdade com os poderes supremos de outros povos”.

(47) São Paulo, Ed. RT, 1997, pág. 173.

“jurídicos” (relacionados com a admissibilidade da prova) ou “lógicos” (relativos à lógica e pertinência da prova). Continua o ilustre mestre em seu estudo, afirmando que o primeiro limitador, ou seja, de ordem “jurídica”, encontra fundamento “processual” ou “político”, tendo a primeira natureza quando visar a correção da averiguação do fato, e a última, quando buscar a proteção de outros valores fundamentais.

Atenta leitura dessas afirmações, debaixo do enfoque constitucional que o tema segredo de Estado oferece, permite que seja feita pelo menos uma observação sobre o assunto, a seguir exposta.

Somente quando os fundamentos do Estado brasileiro, previstos no artigo 1º da Constituição Federal estiverem em jogo, face ao efetivo confronto com uma situação de segredo, é que será possível considerar esta circunstância como verdadeiro segredo de Estado, que deverá ser considerado como limitador do direito à prova no processo penal.

Muito embora a redação do art. 207 do Código de Processo Penal apresente uma limitação “jurídica”, ao ser interpretada como a obrigação de guardar segredo decorrente de função, ministério, ofício ou profissão, abrangendo, inclusive, o segredo de Estado, não é possível afastar a idéia de que referida restrição também tem fundamento “político”.

Assim, toda limitação da produção de prova, sob a alegação do afrontamento ao segredo do Estado, deve ser entendida como um limite “jurídico – político”, o qual encontra previsão na regra processual citada e tem razão de existência quando intimida, de alguma maneira, os fundamentos da República Federativa do Brasil ou o Estado Democrático de Direito.

Referida construção parece necessária, por não haver em nossa legislação a conceituação ou a regulamentação do segredo de Estado, nem tampouco uma regra processual expressa que limite a produção da prova, em especial testemunhal, quando sua produção em juízo acarretar prejuízo a interesses substanciais do Estado.

O segredo de Estado deve funcionar como limite à produção da prova no processo penal, nos casos de oitivas de testemunhas que estejam ligadas de alguma maneira ao Estado, as quais tenham a obrigação de manter segredo sobre assunto conhecido em razão do exercício de cargo ou função. Sendo vedada a admissibilidade de tal testemunho como meio de prova,<sup>(48)</sup> quando for

(48) Ao tratar do tema, *in* “Liberdades públicas e processo penal” São Paulo: 2ª ed., Ed. RT, 1982, pág. 99, a Professora Ada Pellegrini Grinover ensina que a prova ilícita surge no momento de sua coleta para produção no processo, esclarecendo que no nosso sistema a atividade processual concernente à prova se desdobra em quatro momentos bem distintos, a saber: a) propositura (quando é indicada ou requerida); b) admissão (quando o juiz se manifesta sobre sua

constatado pelo juiz que há violação de algum interesse estatal sensível, pois há descumprimento de regra processual e aparente violação de norma penal, aliada ao afrontamento dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Muito embora esteja sendo abordada a quebra de segredo de Estado mediante a produção de prova testemunhal, é necessário lembrar que há outros meios de produção de prova no processo penal, que podem violar referida modalidade de segredo, como ocorre por exemplo, com a prova colhida através de interceptação telefônica.<sup>(49)</sup>

Desta forma, com base no entendimento sobre prova ilícita formulado pela Professora Ada Pellegrini Grinover,<sup>(50)</sup> cabe observar que o meio de prova que devesse segredo de Estado, produzido mediante violação de norma material (lei penal ou norma constitucional), é inadmissível no processo penal, podendo ser encarada, em sentido amplo, como uma prova ilícita.

#### 6. O segredo de Estado e a prova no processo penal

O juiz, competente para processar e julgar a causa penal, deverá decidir sobre a admissibilidade da produção de prova proposta pelas partes, cabendo-lhe também analisar sobre eventual argüição da existência de sigilo que impeça sua produção.

A sistemática para se verificar da existência de proibição da produção de prova testemunhal, em virtude de eventual quebra de sigilo que possa expor segredo profissional, é a mesma que deve ser usada quando houver segredo de Estado

admissibilidade no processo); c) produção (momento de sua introdução no processo) e d) apreciação (ocasião em que é valorado pelo juiz, tanto que alguns autores chamam esse momento de valoração da prova).

(49) A interceptação telefônica é prevista no artigo 5<sup>º</sup>, inciso XII, parte final da Constituição Federal, sendo regulada pela Lei n<sup>º</sup> 9.296, de 24.7.96. Sobre a interceptação telefônica e o segredo os Professores ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO SCARANÇE FERNANDES E ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO escreveram que: "A lei não se preocupou com o dever de sigilo de um dos interlocutores da conversa telefônica, ou seja, com o sigilo profissional em geral, e do advogado em particular, nem como o segredo de Estado". "As nulidades no processo penal", *op cit*, pág. 190.

(50) Em seu trabalho, após fazer estudos sobre algumas abordagens da prova ilegítima e ilícita, a prezada professora aponta que a prova é ilegítima quando for obtida com violação de norma processual e, ilícita, quando essa violação for de natureza material, indicando sobre a possibilidade da prova ser ao mesmo tempo ilegítima e ilícita (p. ex. carta interceptada criminosamente – artigo 151 do Código Penal –, e usada para produzir prova em processo crime – artigos 233 e 375 do Código de Processo Penal e Processo Penal Militar). Indica finalmente que em sentido estrito, prova ilícita é aquela decorre de fonte de prova colhida com infringência de normas ou princípios colocados pela Constituição e leis, para proteção das liberdades públicas, direito à personalidade e intimidade *Op cit*

A existência dessa modalidade de segredo, poderá ser levada ao conhecimento do juiz de diversas formas, por exemplo, mediante argumentação da própria testemunha ou manifestação da autoridade pública.

A anotação feita por Eduardo Espínola Filho, ao artigo 221 do Código de Processo Penal, considera que em boa hora o legislador substituiu a requisição do funcionário público (que remanesce para o militar na forma do § 1<sup>º</sup> do mesmo artigo) por sua intimação, acompanhada de comunicação subsequente ao chefe da repartição na qual o funcionário público está lotado, com natural submissão deste funcionário à disciplina das testemunhas, em casos de ausência injustificada, nos termos dos artigos 218 e 219 do Código de Processo Penal

Continua o ilustre comentarista da lei processual penal ressaltando que, doravante o juiz não ficará mais jungido à insegurança de saber se a requisição foi transmitida pelo chefe ao funcionário público, quando tiver de aplicar à testemunha a pena de condução coercitiva<sup>(51)</sup>

Ao estudar o segredo de Estado, no aspecto da restrição da admissibilidade de prova testemunhal no processo penal, é possível fazer algumas ponderações sobre o regramento do artigo 221, § 1<sup>º</sup> e § 2<sup>º</sup> do Código de Processo Penal, baseado nos comentários de Eduardo Espínola Filho.

Nos casos em que eventual existência de segredo de Estado não for apontada no momento da propositura da prova testemunhal, poderá o juiz penal tomar conhecimento de sua existência através do emprego do regramento previsto na lei processual penal, pois ao comunicar o chefe imediato do funcionário público ou requisitar o militar ao seu superior hierárquico, quando estes devam ser ouvidos como testemunhas em processo crime, caso seus depoimentos possam violar segredo sensível ao Estado, é dever do chefe ou superior hierárquico, comunicar tal fato ao juiz criminal

No sentido da observação, é encontrado um interessante caso julgado pelo Tribunal Constitucional de Portugal, no qual o Primeiro Ministro, ao ser instado para apresentar testemunhas para depor em processo crime, ponderou que a oitiva daquelas testemunhas militares em juízo, a respeito de fatos ligados a atividades secretas que eles desenvolviam, violaria o segredo de Estado.<sup>(52)</sup>

(51) "Código de Processo Penal Brasileiro anotado", 2<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, vol III, págs. 94/95.

(52) Neste sentido, ver parecer publicado na Revista do Ministério Público (Português), n<sup>º</sup> 50, ano 13<sup>º</sup>, abril-junho/1992, págs. 121/122, exarado pelo Procurador-Geral Adjunto Mário Torres, nos autos do processo n<sup>º</sup> 442/91 da 1<sup>a</sup> Seção do Tribunal Constitucional Português, no qual se discutiu sobre o fato do Primeiro Ministro não conceder autorização, sob a alegação de existência de razões de Estado e de interesse para segurança nacional, para que Oficiais das Forças Militares do Serviço de Informação Português fossem ouvidos como testemunhas em processo

Muito embora nossa lei processual penal não regule expressamente essa situação, como é feito em Portugal e na Itália, com a possibilidade de uma alta autoridade manifestar-se, esclarecendo sobre possível violação de segredo de Estado (mediante a ouvida de testemunha), é bastante razoável que, cumprindo estritamente aquilo que está fixado no Código de Processo Penal, ao intimar ou requisitar funcionário público ou militar para ser ouvido como testemunha em processo crime, o juiz poderá, antecipadamente, com a prévia e necessária manifestação das partes (sob a garantia do contraditório), formar sua convicção sobre a admissibilidade (ou inadmissibilidade) da prova indicada uma vez que em nosso ordenamento jurídico cabe ao juiz e apreciação dessa questão.<sup>(53)</sup>

O assunto segredo de Estado, embora pouco tratado pela nossa jurisprudência e não regulamentado por lei, merece atenção para que casos como o "Rio Centro"<sup>(54)</sup> não se repitam. Neste episódio, não houve sinais de existência de violação de segredo de Estado, mas demonstração de que, em virtude de questões de ordem política, fatos criminosos não foram investigados.

### 7. O segredo de Estado e o Direito Português

O assunto segredo de Estado<sup>(55)</sup> não é novidade na legislação processual penal portuguesa, pois estava regulamentada pelo Código de Processo Penal Português de 1929, nos seguintes termos:

que apurava a prática de vários crimes (seis tentativas de homicídio doloso; promoção, adesão e prática de terrorismo; falsificação de documento particular e detenção de arma proibida) praticados por pessoas ligadas ao Grupo Anti Terrorista de Libertação (GAL), organização clandestina e ilegal formada na Espanha e que se dedicava à hostilização física (homicídios, raptos e torturas) de membros do ETA.

(53) O Projeto de Código Processual Penal Tipo para a Ibero-América ao tratar da prova, em especial das testemunhas no seu artigo 172, classifica como testemunha inadmissível, a pessoa que a respeito do objeto de sua declaração, tenha dever de guardar segredo. Indica o texto que se a testemunha for notificada, deverá comparecer e explicar o motivo que tem obrigação de guardar segredo, podendo o tribunal quando estimar que a testemunha invoca erroneamente a faculdade de abster-se ou o direito de guardar sigilo, poderá ordenar a sua declaração, devendo resolver a questão através de decisão fundamentada. Dispõe por fim o texto, que durante o procedimento preparatório, em regra a decisão ficará a cargo do órgão do Ministério Público. Revista de Processo, nº 63, pág. 113.

(54) O caso "Rio Centro" ocorreu em 30 de abril de 1981, com a explosão de duas bombas no interior de um automóvel que estava estacionado próximo ao centro de convenções na cidade do Rio de Janeiro, durante show comemorativo do Dia do Trabalho, acarretando a morte do sargento Guilherme Pereira do Rosário e ferimentos graves no Capitão Wilson Luiz Chaves Machado. O inquérito policial militar instaurado para apuração do caso foi arquivado sem apontar culpados, apesar das conclusões da investigação sofrerem duras críticas. A investigação não foi reaberta, embora algumas tentativas nesse sentido tenham sido feitas. Atualmente o caso "Rio Centro" voltou ao noticiário nacional, pois o Procurador-Geral da Justiça Militar, Kleber de Carvalho Coêlho, anunciou que requisitará a abertura de um novo inquérito policial militar, para apurar a responsabilidade pela explosão das bombas. Conforme Jornal "Folha de S. Paulo", de 11 de junho de 1999, pág. 10.

(55) Segredo de Estado parece ser um tema discutido em países que ultrapassam fases de governos ditatoriais, muito embora nesse período fosse tratado sob a ótica do segredo político militar,

*"Artigo 217 Não são obrigados a depor nem a prestar declarações 1ª ..."*

*2ª Os funcionários públicos sobre factos que possam constituir segredo de Estado ou que, segundo a lei, não puderem revelar sem autorização superior"*

Sobre o tema ainda existiu o Decreto-Lei nº 223/85, de 4 de julho que, nos itens do artigo 7º, tratava da prestação de depoimentos e de declarações sobre fatos abrangidos pelo segredo de Estado:

*"1 Sem prévia autorização do Primeiro Ministro, nenhum funcionário ou agente dos serviços de informações pode ser chamado a depor ou a prestar declarações perante autoridades judiciais sobre factos de que tenha tomado conhecimento no exercício das suas funções ou por causa delas.*

*2. Mesmo nos casos em que a autorização referida no número anterior tenha sido concedida, o funcionário ou agente não poderá revelar factos abrangidos pelo segredo de Estado e, no tocante aos factos sobre os quais possa depor, não deve revelar as fontes de informação nem deve ser inquirido sobre as mesmas, bem como sobre o resultado de análises ou sobre elementos contidos nos centros de dados ou nos arquivos.*

*3 Se a autoridade judicial considerar injustificada a recusa do funcionário ou agente em depor ou prestar declarações adoptada nos termos do número anterior, comunicará os factos ao primeiro-ministro, que confirmará ou não a recusa,*

*4 A violação pelo funcionário ou agente, do dever previsto no nº 2 constitui falta disciplinar grave, punível com sanção que pode ir até à pena de demissão ou outra medida que implique a imediata cessação de funções do infractor, sem prejuízo do disposto nos artigos 28º e 30º da Lei nº 30/84, de 5 de setembro."*

O Tribunal Constitucional português apreciou esse Decreto-Lei, havendo parecer sobre sua inconstitucionalidade orgânica (por violação da norma do artigo 168º, nº 1, alínea c da Constituição Portuguesa, por ter

principalmente no âmbito de seu confronto com o direito à privacidade. Neste sentido é encontrado um acórdão do Supremo Tribunal Administrativo Português de 3 2 83, onde foi autorizado ao requerente copiar cartas escritas por seu pai ao Dr. António de Oliveira Salazar, integrado no chamado "Arquivo Salazar", para fins de publicação, sob a argumentação que o direito ao segredo epistolar é um direito de personalidade, não sujeito ao prazo (vinte e cinco anos após a morte do titular, sendo certo que Salazar morreu em 1979) de preservação para consulta pública, instituído pelo Decreto-Lei nº 77/81, que ordenou a transferência dos conhecidos "Arquivos Salazar e Marcelo Caetano", para a Biblioteca Nacional de Portugal. Revista *Scientia Iuridica*, nº 184/186, jul/dez de 1983, págs. 251/268.



sido editado pelo Governo sem credencial parlamentar válida, não podendo ser aplicada ao processo penal) e material (vez que estabelecia possibilidade absoluta, discricionária e incontrolável de obstrução da administração da justiça, sem possibilidade de controle sobre a real necessidade de defesa de interesses constitucionais superiores, com violação ao princípio do Estado de direito democrático)<sup>(56)</sup>

O segredo de Estado foi previsto no novo Código de Processo Penal Português, que começou a ser aplicado a partir de 1<sup>o</sup> de janeiro de 1988, em seu artigo 137<sup>a</sup>, que apresenta a seguinte redação:

“1. As testemunhas não podem ser inquiridas sobre fatos que constituam segredo de Estado;

2. O segredo de Estado a que se refere o presente artigo abrange, nomeadamente, os factos cuja relação, ainda que não constitua crime, possa causar dano à segurança, interna ou externa, do Estado Português ou à defesa da ordem constitucional

3. Se a testemunha invocar segredo de Estado, deve este ser confirmado no prazo de 30 dias, por intermédio do Ministro da Justiça. Decorrido este prazo sem a confirmação ter sido obtida, o testemunho deve ser prestado”.

Em 7 de abril de 1994, a Assembléia da República Portuguesa decretou, com respaldo em normas constitucionais,<sup>(57)</sup> a Lei n<sup>o</sup> 6/94, que regula o segredo de Estado, dispondo que:

“o regime de segredo de Estado é definido pela presente lei e obedece aos princípios de excepcionalidade, subsidiariedade, necessidade, proporcionalidade, tempestividade, igualdade, justiça e imparcialidade, bem como ao dever de fundamentação”.

Referida lei é importante para nosso estudo porque serve para afastar, um pouco, a “porosidade”<sup>(58)</sup> da expressão segredo de Estado, uma vez que dá razoáveis contornos ao assunto, quando afirma que:

(56) Ver nota de rodapé n<sup>o</sup> 53

(57) Artigos 164<sup>a</sup>, alínea d; 168<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 1, alínea b, c e r e 169<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 3, da Constituição Federal Portuguesa

(58) A palavra “porosidade” é usada para indicar expressões “abertas”, especialmente usadas no Direito Penal, Processual ou Execução Penal, que guardam um elevado grau de subjetividade em sua interpretação, como por exemplo, sem justa causa reproduzida no artigo 154 do Código Penal; garantia da ordem pública, prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal ou interesse da disciplina, conforme artigo 60, *caput*, da Lei de Execução Penal, as quais sofrem interpretação diversa e multiforme entre os juízes e autoridades que as empregam. Há menção neste sentido, no trabalho de RICARDO ANTUNES ANDREUCCI, “Direito Penal e Criação Judicial”. São Paulo: Saraiva, 1989, lembrado pelo Dr. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo durante aula de 27 de agosto de 1998, do Curso de Pós-Graduação, nesta Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, quando ministrava o tema “Polícia e Ordem Pública”, na disciplina “Princípio e Regras Orientadoras do Processo Penal Brasileiro”, juntamente com o Professor Rogério Lauria Tucci

“são abrangidos pelo segredo de Estado os documentos e informações cujo conhecimento por pessoas não autorizadas é susceptível de pôr em risco ou de causar dano à independência nacional, à unidade e integridade do Estado e sua segurança interna ou externa”<sup>(59)</sup>

No mesmo sentido da delimitação do tema, determina que o risco e o dano, causados pela violação do segredo de Estado, devem ser avaliados caso a caso, apresentando um rol de documentos relacionados com assuntos que poderão ser protegidos (p. ex. transmissões a título confidencial, estratégias de negociações ou procedimentos em matéria de segurança na transmissão de dados e informações envolvendo outros Estados estrangeiros ou organizações internacionais; segurança e operacionalidade do pessoal, equipamento, material e instalações das Forças Armadas e de segurança; aqueles cuja divulgação facilitar a prática de crimes contra a segurança nacional e temas de natureza diversa, que interessem à preparação da defesa militar do Estado)

Dispõe, ainda, a lei portuguesa sobre a classificação e a desclassificação de documentos submetidos ao regime de segredo de Estado, exigindo fundamentação para o ato e prazo de duração (não superior a quatro anos), e dispondo, também, que: “a dispensa ao dever de sigilo na ação penal é regulada pelo Código de Processo Penal”<sup>(60)</sup>

Referida regulamentação legal é medida que disciplina o segredo de Estado, permitindo que a autoridade administrativa e judiciária possam fazer um cotejamento objetivo de temas que lhe são apresentados, sob a argumentação da existência de segredo de Estado.

### 8. O segredo de Estado e o Direito Italiano

Na Itália, o assunto segredo de Estado estava previsto no Código de Processo Penal revogado em 1988, nos artigos 342 e 352, sob o título de segredo político militar, até que a Lei n<sup>o</sup> 801, de 24 de outubro de 1977 substituiu a expressão segredo militar por segredo de Estado.

Segundo Sergio Ramojoli,<sup>(61)</sup> quando ainda estavam em vigor as regras processuais que vedavam a produção de provas testemunhal e documental, nos casos protegidos pelo segredo militar, houve uma importante decisão da Corte Constitucional, que serviu como uma orientação para a legislação a qual, algum tempo depois, regulou o tema.

(59) Artigo 1<sup>o</sup> da Lei Portuguesa n<sup>o</sup> 6/94.

(60) Artigos 5<sup>o</sup>, 6<sup>o</sup> e 10<sup>o</sup> da lei citada. O dispositivo da lei processual indicado é o artigo 137 do Código de Processo Penal Português de 1988

(61) “La prova nel processo penale”, Padova, CEDAM, 1995, pág. 106. A decisão referida é a sentença n<sup>o</sup> 86 da Corte Constitucional Italiana, de 24 de maio de 1977, in “Giustizia Penale”, 1977, I, col. 161

O pronunciamento da Corte Constitucional italiana foi vazado, em síntese, sob os seguintes argumentos:

a) os problemas relacionados com segurança nacional são o vértice da atividade de caráter público, em relação ao qual não pode deixar de intervir o órgão superior da organização governamental, representado pelo presidente do Conselho de Ministros;

b) a segurança do Estado constitui interesse essencial da coletividade, com absoluta prioridade sobre outros interesses, tanto que pode até atingir a existência do próprio Estado, do qual a jurisdição constitui um objeto;

c) a avaliação sobre os meios idôneos e necessários para manutenção da segurança do Estado tem natureza política no ordenamento italiano, sendo regra a proibição do órgão jurisdicional em substituir o Poder Executivo e eliminar o segredo;

d) isso não significa que a autoridade competente esteja livre de qualquer vínculo e dotada de poder incontrolável e incontrolado, tanto que deverá responder ao juiz dentro de prazo razoável, devendo o juiz verificar a competência de quem opôs o segredo, inclusive porque há responsabilidade geral e institucional em cada governo, nos moldes previstos pela Constituição, até para exame da eventual hipótese de perda da confiança;

e) é próprio diante do Parlamento, órgão representativo da soberania popular, que o Governo deva justificar o seu comportamento na medida mais idônea, para garantir a segurança dos assuntos que trata;

f) é necessário que a autoridade administrativa apresente as razões fundamentais da eventual manutenção do segredo, sob pena do juiz não aceitar a informação, quando não motivada

A almejada alteração do regime do segredo de Estado na Itália, na forma indicada pela Corte Constitucional, surgiu com a Lei nº 801, de 24 de outubro de 1977.

Nessa lei, em seu artigo 12, há uma indicação dos assuntos que podem ser considerados como segredo de Estado, apesar da doutrina considerar que a norma foi escrita com indicação de critérios muito genéricos, abstratos e elásticos, agrupando o segredo de Estado em três categorias, a saber:

a) segredo militar, visando a defesa de agressões externas, como aquelas que visam o desmembramento territorial;

b) segredo político interno institucional, para preservação, por exemplo, das instituições constitucionais fundamentais, o Estado Democrático e o livre exercício das funções dos órgãos constitucionais;

c) segredo político de relações internacionais, atinentes à segurança do Estado no relacionamento com Estados estrangeiros.<sup>(62)</sup>

A Lei nº 801/77 também alterou o antigo Código de Processo Penal italiano, trazendo disciplina diversa ao artigo 352 na forma indicada pelo julgado da Corte Constitucional, segundo a opinião de Sergio Ramajoli, uma vez que atribuía ao Presidente do Conselho de Ministros a titularidade do direito de oposição do segredo de Estado, sancionando com a improcedência da ação penal quando essa autoridade, no prazo de sessenta dias da requisição da autoridade judiciária, confirmava a existência de segredo de Estado, impondo, ainda, a obrigação, pelo seu artigo 17, do Presidente do Conselho comunicar à Câmara a motivação de cada caso onde foi alegado segredo de Estado.<sup>(63)</sup>

O atual Código de Processo Penal italiano regulou o tema segredo de Estado no Livro Terceiro (que trata da prova), no Título II (onde dispõe sobre os meios de prova), no Capítulo I (que fala da prova testemunhal), especificamente em seu artigo 202, que apresenta a seguinte redação:

*“Art. 202. Segreto di Stato –*

*1 I pubblici ufficiali, i pubblici impiegati e gli incaricati di un pubblico servizio hanno l’obbligo di astenersi di diporre su fatti coperti dal segreto di Stato.*

*2 Se il testimone oppone un segreto di Stato, il giudice ne informa il Presidente del Consiglio dei ministri, chiedendo che ne sia dato conferma.*

*3 Qualora il segreto sia confermato e la prova sia essenziale per la definizione del processo, il giudice dichiara no doversi procedere per la esistenza di un segreto di Stato.*

*4. Qualora, entro sessanta giorni dalla notificazione della richiesta, il Presidente del Consiglio dei ministri no dia conferma del segreto, il giudice ordina que il testimone deponga”*

Ainda segundo Sergio Ramajoli, a regra do artigo 202 do CPP italiano se refere, especificamente, à testemunha e não ao acusado, pois sua razão de ser é a proteção da testemunha contra possível incriminação pelo delito de falso testemunho, sob a forma do não dizer toda a verdade. Discorre ainda o autor, sobre a possibilidade do Presidente do Conselho de Ministros confirmar a fundamentação da oposição, através de um provimento administrativo, que deve ser motivado, ainda que de forma sintética, surgindo

(62) *Op cit*, pág 108

(63) *Op cit*, pág 109

nessa hipótese, uma “causa especial de improcedibilidade da ação penal condicionada a uma declaração de vontade”, que deverá ser expressa no prazo de sessenta dias, sob pena do juiz ordenar que a testemunha deponha<sup>(64)</sup>

Há, entretanto, uma única hipótese prevista no Código de Processo Penal italiano (artigo 204), lembrada pelo autor italiano Sergio Ramajoli,<sup>(65)</sup> na qual o juiz pode rejeitar o segredo de Estado (assim como o segredo profissional e sigilo sobre a identidade dos informantes da polícia ou serviço de segurança), qual seja, nos casos em que o crime apurado é praticado contra a subversão do ordenamento constitucional. A classificação da natureza delitiva é definida pelo juiz que, antes do exercício da ação penal realiza investigações preliminares. Fixa finalmente o artigo da lei processual penal italiana sobre a obrigação do juiz em comunicar ao Presidente do Conselho de Ministros, nos casos de rejeição da oposição de segredo.

### 9. Análise de casos

O tema segredo de Estado não é muito discutido pelos nossos Tribunais, não sendo comuns decisões que o abordem. Apesar disso, há dois episódios apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, que tocam o assunto, merecendo análise.

#### 9.1 O “Caso TAM”

A queda de um avião ocorrida na manhã de 31 de outubro de 1996, nos arredores do aeroporto de Congonhas, em São Paulo, que pertencia ao patrimônio da empresa Transportes Aéreos Regionais S.A., provocando a morte de todos os passageiros e tripulantes (noventa e nove pessoas), acarretou discussão judicial sobre a possibilidade do acesso às informações e documentos obtidos e produzidos pelo Ministério da Aeronáutica, através de um órgão interno denominado Centro de Investigação e Prevenção dos Acidentes Aeronáuticos – Cenipa.

Referidos dados e informações eram necessários ao Ministério Público para instrução de inquérito policial sigiloso,<sup>(66)</sup> que apurava possível culpa de terceira pessoa causadora do acidente, tratando-se, portanto, de hipótese em que eventual ação penal seria pública incondicionada.

Com a recusa do Ministério da Aeronáutica em apresentar os documentos, considerados como dados públicos, o Ministério Público do Estado de São Paulo, através do seu Procurador-Geral de Justiça, impetrou, perante o Superior Tribunal de Justiça, um mandado de segurança,

(64) *Op cit* pág 110.

(65) *Op cit*, págs. 114/117.

(66) Conforme previsto pelo artigo 20 do Código de Processo Penal

buscando obter cópias autênticas de todos os documentos, pareceres, relatórios, declarações e depoimentos reunidos pelo Cenipa; cópias autênticas das gravações ou transcrições da “caixa preta” da aeronave e dados das testemunhas e técnicos que prestaram declarações perante o órgão citado.

Uma das justificativas apresentadas pela autoridade coatora, no caso o Ministro da Aeronáutica, para não apresentar os documentos ao Ministério Público, estava embasada na alegação de que o assunto estava protegido por sigilo, conforme previsão legal<sup>(67)</sup>

Ao julgar o mandado de segurança por unanimidade de votos, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça entendeu que não existia, na recusa do fornecimento dos documentos, qualquer motivação relacionada com a segurança do Estado, ressaltando, ao contrário, que era visível a prevalência do interesse público relevante na liberação das informações para instrução do inquérito policial<sup>(68)</sup>

Nessa decisão o Superior Tribunal de Justiça, através do relator Ministro Demócrito Reinaldo, afirmou que:

“a publicidade dos atos administrativos e demais atividades estatais decorre de preceito constitucional (art. 5º, XXXIII), que só ressalva a hipótese em que o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

No julgado, o relator lembra Norberto Bobbio, aplicado em anterior decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que adverte que na democracia não há espaço reservado ao mistério, prosseguindo com a afirmação no sentido de que nossa Carta Constitucional “(...) rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais (...)”<sup>(69)</sup>

Dentro deste estudo, a lição que se pode retirar do exame do conhecido “Caso TAM”, frente àquilo que decidiu o Superior Tribunal de Justiça, é que as autoridades públicas brasileiras têm enorme dificuldade para extrair, do Texto Constitucional e da interpretação sistemática das leis, a diferença que há entre sigilo (necessário ao desempenho de algumas atividades estatais), segredo de Estado e a necessidade premente da autoridade policial, Ministério Público e Poder Judiciário conhecerem informações e documentos para apuração, formação da convicção ou julgamento em um processo criminal

(67) O Ministério da Aeronáutica invocava o disposto no artigo 23 da Lei nº 8 159, de 8 de janeiro de 1991, e o artigo 15, inciso IV, do Decreto nº 2 134, de 24 de janeiro de 1997.

(68) Mandado de Segurança nº 5 370/DF (97.0058928-5)

(69) RTJ, volume 139/713

No caso examinado, não havia justificativa alguma para que os documentos solicitados não fossem encaminhados ao Ministério Público, órgão que exerce, com privatividade, a ação penal pública (na forma da lei), pois não havia em seu conteúdo, conforme bem ressaltou o julgador, nenhum segredo de Estado, a ser preservado.

O resguardo de um segredo, através do sigilo das informações que possam desvendá-lo, tem cabimento quando sua manutenção seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.<sup>(70)</sup>

Quando não existir o interesse estatal, deverá valer o interesse social na correta apuração de fatos ilícitos, cabendo sempre lembrar a idéia, embora recorrente mas necessária, de que o segredo de Estado deva ser visto sob aspecto de excepcionalidade, frente ao princípio da publicidade, que se irradia ao Estado e à Administração Pública.

### 9.2 Acessos às fitas contendo gravações de julgamentos de presos políticos

Há, no Supremo Tribunal Federal, uma interessante discussão em andamento, sobre a possibilidade de advogados poderem ter acesso pleno a gravações que não integram processos, as quais foram consideradas, pelo Superior Tribunal Militar, como destinadas ao seu uso interno e de acesso privativo e, portanto, não consideradas de caráter público.

A questão começou a ser ventilada a partir do interesse de um advogado do Rio de Janeiro, Fernando Tristão Ataíde e seu filho estagiário Fernando Augusto Henriques Fernandes, que pretendiam ter acesso ao material arquivado no Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de escrever um livro que homenagearia advogados que fizeram sustentações orais, naquele Tribunal, na época da ditadura militar.

O pedido, inicialmente deferido administrativamente pelo Presidente do Superior Tribunal Militar, foi revogado, algum tempo depois, pela mesma autoridade, que considerou, em um segundo momento, ser vedado o exame de registros fonográficos, pois eles têm a finalidade de subsidiar, internamente, a elaboração de acórdãos, em cujos textos estão descritas as indicações relativas ao contraditório e as razões de decidir da Corte.

O Presidente da Corte apontando, ainda, que referida autorização poderia constituir indesejável precedente, comprometedor da estrita finalidade dos registros fonográficos, cassou a autorização anteriormente concedida, vedando, aos requerentes, o acesso para audição e reprodução das fitas

(70) Conforme artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal

Assim, os interessados impetraram mandado de segurança perante o Superior Tribunal Militar, cuja ordem foi denegada, sob o principal argumento da inexistência de direito líquido e certo dos impetrantes em obter acesso pleno a gravações que não integram processos, as quais, segundo o julgador, sendo de uso interno do Tribunal e de acesso privativo, não são consideradas de caráter público.<sup>(71)</sup>

A decisão unânime do Superior Tribunal Militar está sendo reapreciada pelo Supremo Tribunal Federal, através de recurso em mandado de segurança, que já contou com parecer pela manutenção da decisão recorrida exarada pela Procuradoria-Geral da República e voto do Ministro Relator Maurício Corrêa.<sup>(72)</sup>

Os autos estão desde 15.4.1999 com vista aberta (a pedido) para o Ministro Nelson Jobim, sem definição de data para julgamento.

Esse caso apresenta outra questão próxima ao tema discutido, embora tenha relacionamento com o segredo processual e o direito à intimidade.

Apesar disso, é possível fazer sobre ele algumas considerações úteis ao estudo em desenvolvimento, pois, se as sessões de julgamento eram públicas (uma vez que é possível a realização de sessões secretas pelo Plenário do Superior Tribunal Militar),<sup>(73)</sup> não há motivo para que seja negado acesso a tais dados, vez que a fita de áudio gravada, nada mais é do que o próprio julgamento.

Em que pese a afirmação de tratar-se de material de uso interno do Tribunal, sendo, pois, de acesso privativo, como as gravações não foram destruídas após o emprego para o qual eram destinadas, ou seja, elaboração dos acórdãos, não é possível afirmar-se que se trata de documentos internos e de acesso privativo, vez que tal afirmação está em desarmonia com o princípio da publicidade dos atos do Estado e não assegura o acesso a informações de natureza coletiva ou geral, relacionada com página recente de nossa história.

Muito embora o caso ainda esteja sob julgamento no Supremo Tribunal, pelos elementos sobre ele colhidos até agora, não se vislumbra a existência de sigilo que seja imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado.

(71) O mandado de segurança citado tomou o nº 380-0-RJ, sendo relator o Ministro Domingos Alfredo da Silva, cujo julgamento ocorreu em sessão de 18 de novembro de 1997.

(72) O parecer da Procuradoria da República ou do voto do Ministro ainda não foram publicados.

(73) Conforme pode ser verificado pelo teor do inciso I, do Provimento nº 54 do Superior Tribunal Militar, que assim determina: "Os Representantes do Ministério Público Militar e os Advogados terão acesso às gravações de julgamento dos processos em que tenham tomado parte, exceto quanto à matéria discutida e voltada em sessão secreta pelo Plenário do Superior Tribunal Militar."

## 10. Conclusões

a) as palavras segredo e sigilo não têm significado idêntico, havendo entre elas a relação de conteúdo e continente, uma vez que segredo é o cerne ou substrato da informação que não pode ser revelada, enquanto o sigilo é a forma de proteção do segredo, através da obrigação ou compromisso de sua não divulgação;

b) a revelação de segredo de Estado não afeta a intimidade da pessoa humana, mas as relações estatais essenciais, exigindo apurada interpretação das hipóteses concretas em que o sigilo possa ser quebrado no processo penal através da produção de provas;

c) há em nosso país uma lei que permite a classificação dos documentos públicos diante do seu grau de sigilo, a qual indica que os órgãos públicos (através de seus representantes) não podem impedir o Poder Judiciário de ter acesso aos documentos sigilosos, cabendo o exame desse material quando for necessário para defesa de acusado, sendo disposição que merece aplicação no processo penal, pois assegura a ampla defesa, apesar de exigir a decretação de sigilo processual;

d) a quebra do sigilo é punida penalmente, enquanto o Código de Processo Penal proíbe o depoimento das pessoas que devam guardar segredo em razão da função, ministério, ofício ou profissão;

e) apesar da inexistência de conceituação legal ou indicação dos assuntos que podem ser classificados como protegidos pelo segredo de Estado, nem especificação das matérias que podem ser consideradas como essências para a segurança estatal, nos casos de possibilidade da introdução dessas informações no processo penal (através da produção de provas) a matéria deverá ser submetida ao Poder Judiciário, que desempenhará a tarefa jurisdicional, com amparo na Constituição Federal, nas leis, na doutrina e jurisprudência, sem nunca perder de vista os princípios gerais de direito e o direito comparado;

f) o segredo de Estado deve ser visto como instrumento hábil para a preservação dos fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, pois é modalidade de segredo relacionado com a segurança do Estado, não podendo ter sua conceituação alargada para abranger outros assuntos ou fatos;

g) a limitação da produção de prova sob a alegação do afrontamento ao segredo do Estado, deve ser entendido como um limite "jurídico - político", que encontra previsão em regra processual específica (artigo 207 do Código de Processo Penal) e na Constituição Federal, dentro do Estado Democrático de Direito;

h) o meio de prova que devesse segredo de Estado, produzido mediante violação de norma material (lei penal ou norma constitucional), é inadmissível no processo penal diante de sua ilicitude;

i) a violação de segredo de Estado pode ocorrer mediante a produção de prova testemunhal, ou por outros meios de produção de prova no processo penal, que podem violar referida modalidade de segredo, como ocorre (por exemplo), com a prova colhida através de interceptação telefônica;

j) apesar da lei processual penal brasileira não regulamentar expressamente a forma da comunicação da existência de segredo de Estado ao juiz, como é feito em Portugal e na Itália, com a possibilidade de uma alta autoridade manifestar-se esclarecendo que a oitiva da testemunha sobre determinado assunto causará violação de segredo de Estado, é necessário o rigoroso cumprimento da normatização prevista no Código de Processo Penal para a intimação ou requisição de funcionário público ou militar, que deva ser ouvido como testemunha em processo crime, pois assim o juiz poderá, antecipadamente, e com prévia (e necessária) manifestação das partes (sob a garantia do contraditório), formar sua convicção sobre a admissibilidade (ou inadmissibilidade) da prova proposta;

l) legislações estrangeiras sobre o assunto, além de servirem como indicação das matérias que poderão ser classificadas sobre a proteção de segredo de Estado, permitem verificar também que, no nosso sistema, cabe ao juiz o acolhimento ou afastamento diante da alegação de existência do segredo de Estado (sem que a responsabilidade pela quebra do segredo possa ser exclusiva de outra autoridade, como o Primeiro Ministro, em países parlamentaristas), através de decisão motivada que deve ser precedida da tomada de informações prestadas pela testemunha ou outra autoridade, facultada a participação das partes.

## 11. BIBLIOGRAFIA

- Azzli, Giampiero. *Prove penali e segreti*. Milano, Giuffrè: 1967, págs. 1/31
- Barros, Marco Antonio. "Sigilo Profissional Reflexos da violação no âmbito das provas ilícitas". *Revista dos Tribunais*, n.º 733, 1996, págs. 423/441
- Espínola Filho, Eduardo. "Código de Processo Penal brasileiro anotado". 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, vol III
- Ferraz Júnior, Tércio Sampaio "Introdução ao estudo do direito" 2ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 1994.
- Franco, Alberto Silva *et alii*. "Código Penal e sua interpretação jurisprudencial" São Paulo: Ed RT, 1995.
- \_\_\_\_\_. "Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial" São Paulo: Ed RT, 1995
- Gomes Filho, Antônio Magalhães, "Direito à prova no Processo Penal" São Paulo: Ed RT, 1997

- Grinover**, Ada Pellegrini. "Liberdades públicas e processo penal" 2ª ed, São Paulo: Ed RT, 1982
- \_\_\_\_\_, **Araujo**, Antônio Carlos de Cintra, **Dinamarco**, Cândido Rangel "Teoria Geral do Processo". 13ª ed, São Paulo: Malheiros Editores, 1997
- \_\_\_\_\_, **Fernandes**, Antônio Scarance, **Gomes Filho**, Antônio Magalhães. "As nulidades no processo penal" 3ª ed, 2ª Tiragem, São Paulo: Malheiros, 1994
- Jesus**, Damásio Evangelista de. "Código Penal anotado". 7ª ed, São Paulo: Ed Saraiva, 1997.
- Noronha**, Edgard Magalhães. "Curso de Direito Processual Penal" 18ª ed, São Paulo: Ed Saraiva, 1987.
- Marques**, José Frederico. "Elementos de Direito Processual Penal" 1ª ed, 2ª tiragem (reedição), Campinas: Bookseller Ed, 1998.
- Moracs**, Alexandre "Direito constitucional" 4ª ed, São Paulo: Ed Atlas, 1998.
- Pinto**, Fernando "Segredo", "Revista Paraná Judiciário", nº 30, 1989, págs 21/25.
- Ramajoli**, Sergio. *La prova nel processo penale*. Padova: Cedam, 1995.
- Silva**, José Afonso da "Curso de Direito Constitucional Positivo". 9ª ed, 4ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1994.
- Tonini**, Paolo *La prova penale* Padova: Cedam, 1998.
- Trocker**, Nicolò *Processo Civile e Costituzione - La garanzia di azione e di difesa ed il procedimento probatorio*. Milano: Giuffrè, 1974, págs. 509/531.