

José Carlos G. Xavier de Aquino

A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

7ª edição
Revista, atualizada
e ampliada

Colaboradora

Aparecida Tatiana Gomes Barbosa Consalter

2020

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

X

EXCEÇÕES AO DEVER DE DEPOR

Conquanto o art. 206 do Código de Processo Penal tenha preconizado que “a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor”, o certo é que o legislador, no final do mesmo dispositivo e no artigo subsequente, apresentou exceções:

- a)* em razão de parentesco;
- b)* em razão de função, ministério, ofício ou profissão.

Fundam-se tais exceções em motivos morais, éticos e sociais, que dispensam ou obstaculizam determinadas pessoas de contar o que sabem sobre a verdade do acontecimento de interesse judicial. Argumentam os escritores que, se assim não fosse, a lei estaria colocando em situação deveras difícil essas pessoas que se encontrassem nas condições supramencionadas. Estariam elas, para usar expressão popular, “entre a cruz e a espada”. Mentir em benefício do réu, em detrimento da justiça, ou, vice-versa, falar a verdade em prejuízo daquele, em detrimento dos princípios de solidariedade familiar e do dever que impõe calar.

1. FUNDAMENTO DA EXCEÇÃO DE DEPOR EM RAZÃO DO PARENTESCO

A exceção em apreço encontra suas raízes no direito processual romano. Já naquela época certos parentes do acusado eram

excluídos do dever de depor, ou pelo menos não eram obrigados a fazê-lo¹.

Florian, doutrinando sobre o tema, depois de afirmar que a Lei Júlia admitia o testemunho dos parentes que quisessem depor voluntariamente, e que Justiniano nem estes admitia, apresenta as fontes:

“D., XXII, 5, 4: *Lege Julia iudiciorum publicorum cavetur, ne invito denunciatur, ut testimonium litis dicat adversus socerem, generum, vitricum, priviggum, sobrinum, sobrinam, sobrinum natum eosve qui priore gradu sint.* (Na Lei Júlia sobre os juízes públicos se ordena que não se obrigue ninguém a depor contra seu sogro, genro, padraço, primo, sobrinho, sobrinha, ou filhos desta, ou contra os que estão em primeiro grau.)

D., XXI, 5, 9: *Testis idoneus pater filio aut filius patri non est.* (Não é testemunha idônea o pai que depõe contra o filho, ou este contra aquele.)

Paulo, Sent., V, 15, 2: *In adfinem vel cognatum inviti testes interrogarino possunt.* (Não podem ser interrogadas contra a sua vontade as testemunhas, parentes por afinidade ou consanguinidade.) V, 15, 3: *Adversus se invicem parentes et liberi... nec volentes ad testimonium admittendi sunt.* (Não se podem admitir como testemunhas uns contra os outros, os pais e os filhos, ainda quando quiserem depor.)

Colec., Tít. VIII: *De familiares testimonio non admittendo.* (Não se admite parente como testemunha.)

C., IV, 20, 6: *Parentes et liberi invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittendi sunt.* (Não se admitem como testemunhas os pais contra os filhos, e reciprocamente, ainda quando quiserem depor)².

1 Florian, *De las pruebas penales*, cit., t. 2, p. 127.

2 Florian, *De las pruebas penales*, cit., t. 2, p. 127.

Os legisladores, no decorrer dos tempos, visaram, com a exceção em exame, proteger e respeitar os laços existentes entre as famílias. É evidente que, se não houvesse essa possibilidade de eximir-se ao dever de depor em razão do parentesco, criar-se-ia, no “eu” do sujeito que fosse obrigado a testemunhar contra um seu parente, um conflito interior consubstanciado entre o dever de dizer a verdade e a obrigação de ajudar um ente pelo qual ele nutre afeto. Portanto, concordo que o fundamento da exceção *sub studio* é a preservação da solidariedade familiar.

Vale acrescentar que, seja pelos vínculos consanguíneos, seja pela afinidade, o certo é que a família, desde os tempos de antanho, caracterizou-se pela cooperação e fidelidade existente entre seus membros.

Como bem observa, com peculiar sabedoria, Malatesta:

“Los parientes del procesado dentro de cierto grado que las leys deben fijar, en razón del vínculo que el parentesco supone, se sienten muy poderosamente a disculparlo. La sociedad no puede ni debe contribuir por ese lado a romper los lazos de solidaridad de todo género que una familia supone. El pariente, por el cariño a su pariente, se verá impulsado a mentir cuando la verdad le sea desfavorable. La desposición contra el propio pariente procesado, no se verifica de ordinario porque repugna a la conciencia, y aunque se produzca, por su misma singularidad, antes que hacer suponer un culto por la verdad capaz de sofocar los instintos naturales llevaría a pensar en una animosidad especial, causa de posibles mentiras”³.

Ora, nada mais justo que a lei não possa atentar contra essa solidariedade familiar, impondo que alguém deponha contra a sua vontade em processo em que figura seu parente como acusado, já que a família está sob a proteção do Estado e, em sendo assim, o próprio Estado não pode desagregá-la, alegando que o

3 Malatesta, *Lógica de las pruebas*, cit., p. 295.

interesse público deva prevalecer em detrimento da coesão do núcleo familiar.

A tendência natural de cooperação entre os membros de uma família faria fatalmente com que aquele que estivesse constrangido a depor em processo em que figurasse como acusado seu parente se inclinasse pelo caminho do coração, em vez do da razão, falseando a verdade para favorecer o seu ente querido. Tanto assim que Gorphe adverte:

“Todo testigo que forma parte de un grupo social y se siente solidario de él, afrontará de muy distinta manera de los hechos que interesan al grupo que aquellos que le sean indiferentes. Para los primeros, mostrará parcialidad en manifiesta relación con su espíritu de solidaridad”⁴.

Mittermayer também participa desse entendimento:

“É muito possível que a voz da natureza, que na testemunha falla a favor do acusado, abafe a voz do dever; mesmo involuntariamente as preocupações da sua afeição podem fazê-lo desviar da verdade”⁵.

Acrescenta-se que, quanto mais estreitos forem os laços consanguíneos ou afins, maior será a tendência de ajudar o acusado em detrimento da verdade, pois é muito mais forte o dever de mentir do que a obrigação para com a solidariedade comunitária.

2. ELENCO DOS PARENTES QUE PODEM GOZAR DESSA ISENÇÃO

Os parentes que podem gozar dessa isenção vêm catalogados no art. 206 do Código de Processo Penal, a saber: o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado

4 Gorphe, *La crítica del testimonio*, cit., p. 170.

5 C. J. A. Mittermayer, *Tratado da prova*, cit.

(leia-se separado ou divorciado), o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado.

Vale lembrar que a Constituição Federal de 1988, no art. 227, §6º, garantiu igualdade de tratamento entre os filhos biológicos e os adotados, não havendo, portanto, qualquer distinção entre eles.

Também são abarcados nesse rol os companheiros (art. 226, §3º, CF), inclusive aqueles oriundos de união homoafetiva estável, tendo em vista que “o que deve ser valorado é o nível de comprometimento da pessoa com o respectivo laço afetivo, bem como o seu grau de reconhecimento na comunidade jurídica”⁶.

Nessa linha, o REsp 1302467/SP, julgado em 03/03/2015, DJe 25/03/2015, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, didaticamente explica que:

“1. No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, são reiterados os julgados dando conta da viabilidade jurídica de uniões estáveis formadas por companheiros do mesmo sexo, sob a égide do sistema constitucional inaugurado em 1988, que tem como caros os princípios da dignidade da pessoa humana, a igualdade e repúdio à discriminação de qualquer natureza.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família; por conseguinte, “este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva”.

6 Eugênio Pacelli e Douglas Fisher. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 9ª ed., São Paulo, Atlas, ISBN 978-85-970-1090-9, 2017. E-book, p. 351.

3. A legislação que regula a união estável deve ser interpretada de forma expansiva e igualitária, permitindo que as uniões homoafetivas tenham o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heterossexuais, trazendo efetividade e concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, igualdade, liberdade, solidariedade, autodeterminação, proteção das minorias, busca da felicidade e ao direito fundamental e personalíssimo à orientação sexual.

4. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias, sendo o alicerce jurídico para a estruturação do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inseparável e incontestável da pessoa humana. Em suma: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se for garantido o direito à diferença.

5. Como entidade familiar que é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (ADI n. 4277/DF e ADPF 132/RJ) (...).”

Evidentemente, o legislador não poderia de forma lacunosa limitar-se a dizer que os parentes do acusado estão isentos de depor. Era mister que houvesse uma fixação de quem poderia, dentre os considerados parentes, eximir-se dessa obrigação. Assim, está elencado no art. 206 até que grau de consanguinidade e afinidade as pessoas são consideradas, para o direito processual penal, parentes do acusado, ou seja, aqueles “indivíduos vinculados intimamente ao réu, dos quais não se pode exigir o esforço sobre-humano de ferirem a quem amam”, conforme pontua Nucci⁷.

7 *Código de Processo Penal comentado*. 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, ISBN 978-85-309-5464-2, 2014. E-book, p. 459.

O elaborador do nosso diploma processual penal partiu da premissa de que, quanto mais distante for o laço familiar, menor será o espírito de sentimento.

Conquanto o legislador tenha concedido amplo limite ao elencar quais os parentes do acusado que podem gozar dessa isenção, a verdade é que, muitas vezes, esta solidariedade extrapola o rol das pessoas que se encontram inseridas no artigo em estudo. Mas essa fixação se fazia necessária.

3. O MOMENTO EM QUE O SUJEITO ADQUIRE, PARA O PROCESSO PENAL, A QUALIDADE DE PARENTE

Muito se discute doutrinariamente sobre qual o instante em que a pessoa adquire a qualidade de parente. Manzini, por exemplo, entende que: “Assim como o testemunho diz respeito ao passado, e não ao presente, para decidir se subsiste o vínculo de parentesco se deve ter em conta o momento do crime, e não somente o momento do processo”⁸.

No entanto, concordo que, *data venia*, não assiste razão ao mestre italiano, pois entendo que somente se poderá averiguar o vínculo de parentesco – para que o sujeito goze da isenção – no momento do processo; mais especificamente, no momento da oitiva da testemunha. Se assim não fosse, a lei não estaria protegendo os laços familiares, uma vez que com a imposição de depor é que surge aquele conflito interior antes mencionado⁹.

Ainda que o acusado se casasse com uma pessoa que tivesse presenciado o crime, com o fito de evitar o seu testemunho e, por via de consequência, fraudar a lei, o momento a ser considerado seria o do processo, pois que a *ratio* da norma é a preservação da solidariedade entre os parentes.

8 Vincenzo Manzini, *Trattato*, cit., v. 3, p. 335.

9 Assim também pensa Perchinunno (*Limiti suggestivi*, cit., p. 152).

Entretanto, não posso olvidar que se trata de uma faculdade de abstenção, sendo certo que sempre fica à discricionariedade do sujeito testemunhar ou não.

Contudo, inexistente na nossa legislação processual dispositivo que obrigue o magistrado inquirente a advertir o parente do acusado sobre faculdade de eximir-se da obrigação de depor. Na Itália, *a contrario sensu*, o juiz é obrigado a prevenir o indivíduo sobre a faculdade de se abster de depor. Caso isso não ocorra, o sujeito poderá, durante o juízo de primeiro grau de jurisdição, manifestar o desejo de gozar da isenção e, nesse caso, inutilizar-se-á a prova invalidamente adquirida.

Com fulcro ilustrativo trago à colação aresto da Corte de Cassação peninsular:

“Alla deposizione resa da un congiunto dell'imputato senza l'avvertimento previsto nell'art. 350 CPP non conseguono gli effetti della sanzione processuale della nullità assoluta. È bem vero che il diritto di difesa va inteso anche come diritto alla osservanza delle norme processuali protese ad assure la genuinità delle prove, ma è pur vero che l'unico effetto, nel caso di violazione di tali norme, si esaurisce nella inutilizzabilità della prova invalidamente acquisita, sganciandosi l'irregolarità del rapporto processuale senza comunicarsi agli atti successivi”¹⁰.

Todavia, voltando ao direito pátrio, há casos em que os parentes do acusado não podem se eximir da obrigação de depor. Com efeito, não poderão arguir a isenção quando, por outro modo, não se puderem provar os fatos investigados. Nesse caso, está patente que o legislador entende prevalecer o interesse público sobre o privado (inerente ao sentimento familiar).

10 Cass. Set. I, 14 ottobre 1975, Tolve, Cass. Pen. Mass. Anno 1977, 447, m. 592.

Destarte, se uma das pessoas elencadas no art. 206 do Código de Processo Penal for a única testemunha de um fato criminoso, de sorte que sem seu depoimento não se poderá obter nenhuma prova do delito, esta não poderá invocar a isenção em apreço, posto que, para o legislador, a necessidade que a justiça tem de recorrer aos meios de prova a seu alcance faz com que sejam aceitos os parentes do acusado como tal.

Com outras palavras, Tourinho Filho adverte que “a relevância do interesse público – administração da justiça – se sobrepõe às relações de família”¹¹. Contudo, a prática tem demonstrado que obrigar o parente do acusado a testemunhar não tem produzido resultados satisfatórios.

Ressalta-se ainda que, caso haja a sua oitiva, ela não prestará o compromisso de dizer a verdade, conforme abordado no Capítulo VIII.

4. IMUNIDADE DOS CONGRESSISTAS PARA SERVIR DE TESTEMUNHA

Recita a Carta Magna, em seu art. 53, §6º, que os deputados (inclusive, os estaduais) e senadores podem abrir mão de prestar esclarecimentos, uma vez que não são obrigados a testemunhar sobre fatos que tiveram conhecimento em virtude do exercício do mandato e tampouco indicar as pessoas que confirmaram ou receberam as informações sobre o dado objetivo que se investiga. Todavia, com relação ao mais, os parlamentares deverão prestar o devido depoimento e, se porventura não o fizerem, estarão sujeitos aos crimes de desobediência e falso testemunho.

11 Tourinho Filho, *Processo penal*, cit., v. 3, p. 193.

5. IMUNIDADE DOS AGENTES DIPLOMÁTICOS E CONSULARES

Segundo preconiza a Convenção de Viena¹², que cuida das relações diplomáticas, o agente desta estirpe, não está obrigado a prestar depoimento como testemunha, ao passo que os agentes consulares têm esta obrigação, abstração feita quando o depoimento se relaciona com o exercício de suas funções.

12 Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

XI

PROIBIÇÃO EM RAZÃO DO SEGREDO PROFISSIONAL

Até aqui foram examinadas as pessoas dispensadas de depor. Agora passaremos a analisar os sujeitos que, em razão de conhecerem os fatos em virtude de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo e, por isso, são *proibidos* do exercício da prova testemunhal, tendo em vista que tal revelação poderá causar dano a outrem.

Muito já se escreveu que o dever de calar, mais que legal, é sobretudo uma obrigação moral.

Conforme preconiza o art. 154 do código repressivo, aquele que, sem justa causa, expuser segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, cuja revelação possa produzir dano a outrem, será apenado com detenção de de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Nesse sentido, o art. 207 do CPP está em perfeita consonância com o art. 154 do CP, posto que o legislador do diploma processual, coerentemente, proibiu de prestar testemunho os mesmos sujeitos que o legislador do direito substantivo puniu pela revelação do segredo profissional.

O Brasil não adotou a taxatividade dos casos de proibição. Na Itália, por exemplo, o legislador houve por bem, taxativamente, a contar quais as profissões que podem invocar o segredo profissional.

Assim recita o art. 200 do *Codice di Procedura Penale*:

“1. Non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria [331, 334]:

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

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

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

d) gli esercenti altri uffici o professioni ai quali la legge riconosce la facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale [256 2, 271].

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

3. Le disposizioni previste dai commi 1 e 2 si applicano ai giornalisti professionisti iscritti nell'albo professionale, relativamente ai nomi delle persone dalle quali i medesimi hanno avuto notizie di carattere fiduciario nell'esercizio della loro professione. Tuttavia se le notizie sono indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicità può essere accertata solo attraverso l'identificazione della fonte della notizia, il giudice ordina al giornalista di indicare la fonte delle sue informazioni [195 7]”.

1. DEFINIÇÃO DE SEGREDO

Inicialmente, ainda que de modo superficial, é mister definir o que seja segredo. Este nada mais é do que todos os assuntos e

dados pessoais que o cidadão deseja que não passem ao conhecimento público.

Popularmente, João Bernardino Gonzaga define o segredo como “todo informe que alguém conserva voluntariamente oculto”¹.

Segredo segundo o *Dicionário de tecnologia jurídica*, da lavra de Pedro Nunes², é “tudo aquilo sobre que se guarda ou deve guardar-se completo silêncio”.

Carnelutti, por seu turno, conceitua o segredo como todo “fato que se quer manter escondido por considerar que seu conhecimento poderia causar dano a alguém”³. Nesse sentido mais objetivo, também Bernardino Gonzaga: “Segredo é todo informe cuja revelação a terceiros possa acarretar um dano para seu titular”⁴.

2. FUNDAMENTO DO SEGREDO PROFISSIONAL

O fundamento do segredo profissional, sobre o qual se apoia a norma que proíbe as pessoas catalogadas no art. 207 do Código de Processo Penal de depor, não está na concessão de um privilégio que porventura o legislador outorgasse a alguma pessoa em razão de sua função, ministério, ofício ou profissão, mas sim na necessidade ética e social de garantir os interesses do confidente.

Cumpra salientar, entretanto, que o fato criminoso, cuja manutenção do sigilo é de interesse do confidente, deve exsurgir, precipuamente, da manifestação de vontade deste, e não apenas do mero relato do fato.

1 Bernardino Gonzaga, *Violação do segredo profissional*, São Paulo, Max Limonad, 1976, p. 17.

2 Pedro Nunes, *Dicionário*, cit., v. 2, p. 439.

3 Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1947, t. 2, p. 175.

4 Bernardino Gonzaga, *Violação do segredo profissional*, cit., p. 18.

O assunto mereceu de Bernardino Gonzaga aguçada observação: “É preciso cuidado portanto ao falar, como se costuma fazer na França em fatos que se apresentam sigilosos por sua natureza. O segredo que vincula penalmente terceiros, não pode jamais nascer apenas do próprio fato, e sim também da vontade do seu titular”⁵.

Contudo, continua prelecionando o erudito escritor: “... há assuntos que, por sua qualidade ou pelas condições em que são transmitidos a outrem, fazem presumir o dissenso do interessado à sua divulgação”⁶.

O fulcro da norma em apreço está também na possibilidade de proporcionar um bom relacionamento entre as pessoas e determinados profissionais (médico, advogado etc.).

A obrigação que se impõe aos profissionais de guardar sigilo sob os fatos cujo segredo lhes foi confiado se estabelece, como pondera Battle Sales, “*en la consciencia de que el hombre en cierto modo sufre una disminución de su libertad al tener que buscar en otro hombre el remedio o la solución a su problema que por su especial naturaleza implica el descubrimiento más o menos profundamente, de su propia intimidad personal*”⁷.

3. FACULDADE DE DEPOR

Sem embargo do que foi dito, as pessoas que, em razão da função, ministério, ofício ou profissão, devem guardar segredo, poderão depor caso a parte interessada na sua divulgação as desobrigue. Mas, mesmo assim, prestarão depoimento se assim o quiserem, posto que sempre serão os próprios julgadores de suas consciências.

5 Bernardino Gonzaga, *Violação do segredo profissional*, cit., p. 19.

6 Bernardino Gonzaga, *Violação do segredo profissional*, cit.

7 G. Battle Sales, *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, Alcoy, 1972, p. 59.

A propósito, Bernardino Gonzaga escreve: “O consentimento daquele interessado deve, em princípio, convencer a testemunha a contar o que sabe, mas não lhe gera a obrigação de fazê-lo”⁸.

Tornaghi observa, nesse contexto, que, embora o profissional seja dispensado de guardar segredo, não deve consentir em depor, pois só assim aumentará a confiança geral e o prestígio da profissão⁹.

Em contrapartida, Malatesta entende que “*cuando el cliente dice, a su abogado o a su médico: los autorizo a publicar mis confidencias; cuando el penitente declara a su confesor que puede romper el sigilo confesional, entonces el deber moral de callar no persiste, afirmandose resueltamente el deber cívico de prestar declaración*”¹⁰.

De outro ângulo, Florian preleciona que “*se los depositarios consideran que deben callar, su voluntad debe respetarse, no obstante el consentimiento de quien confió el secreto. En efecto, si al depositario se le impuso la obligación, con la amenaza de pena, de guardar el secreto que se le confió a causa de su estado, profesión u oficio, solo él puede decidir, desde el punto de vista de la corrección inherente a sus funciones y según su competencia especial, acerca de la oportunidad de mantener o romper el silencio ante la justicia*”¹¹.

Na mesma ordem de ideias, Manzini anota que o profissional não está obrigado a revelar o segredo, embora advenha a autorização do interessado, devendo ficar a seu critério fazê-lo ou não, sempre mantendo o caráter de voluntariedade; adverte, ainda, esse célebre autor peninsular, que existem interesses pessoais do

8 Bernardino Gonzaga, *Violação do segredo profissional*, cit., p. 200.

9 Hélio Tornaghi, *Instituições*, cit., p. 476.

10 Malatesta, *Lógica de las pruebas*, cit., p. 298.

11 Florian, *De las pruebas penales*, cit., t. 2, p. 163.

profissional, como a fama, o bom nome etc., pelo que não pode ser constrangido a depor¹².

Tenho para mim que razão assiste àqueles que pensam como Manzini, uma vez que, se o segredo exsurge de um acordo de vontade entre o segredante e o segredista, ele somente poderá deixar de existir pela concordância de ambas as partes, a despeito de que, *a priori*, os fatos que devam ficar reservados digam respeito apenas ao primeiro. E isto se justifica porque a lei também “*risponde all'esigenza di proteggere la dignità di determinate professioni*”¹³.

Cumpra salientar que, se o legislador não reconhecesse a proibição de depor em virtude do segredo profissional, estaria permitindo que se atentasse contra a moralidade, pois que o profissional ao faltar com a obrigação do segredo estaria traindo a confiança que nele fora depositada.

4. QUAIS OS SUJEITOS QUE PODEM INVOCAR TAL PRERROGATIVA

Diferentemente da maioria das legislações, o direito brasileiro, como já foi dito, não abraçou a taxatividade das profissões que podem invocar a isenção de depor em razão do segredo profissional. O nosso legislador preferiu utilizar palavras genéricas que abrangem vários misteres (função, ministério, ofício ou profissão).

É evidente que o sujeito somente poderá abster-se de depor caso o objeto do depoimento seja fruto de confidências conhecidas em virtude do seu exercício profissional. Assim, *v.g.*, o advogado que presencia um acidente automobilístico não pode

12 Manzini, *Trattato*, cit., v. 3, p. 303 e s.

13 Perchinunno citado por Dosi, *La prova testimoniale*, cit., p. 180.

abster-se do exercício testemunhal, invocando segredo profissional. No entanto, nesse mesmo caso, se eventualmente o culpado desse acidente o procurar para constituí-lo ou para uma mera consulta sobre o evento e lhe confidencia determinados fatos, aí sim poderá invocar o silêncio.

Diante da generalidade dos termos usados pelo legislador, faz-se necessário explicitar o que se deve entender por função, ministério, ofício e profissão.

Função – consiste no exercício de um cargo, encargo ou *munus publicum*, seja ele remunerado ou não. Nos termos de Renato Brasileiro, “compreende-se por função o encargo que alguém recebe em virtude de lei, decisão judicial ou contrato, também abarcando a função pública”¹⁴.

Ministério – relaciona-se com o desempenho de atividade religiosa. Dizendo com Magalhães Noronha, “é um encargo subordinado a um estado ou condição” (padre, freira, pastor, rabino etc...), cuja remuneração não está relacionada ao mister.

Ofício – está ligado à ocupação eminentemente mecânica ou manual, como, por exemplo, o realizado por protético, costureiro etc.

Profissão – é o modo pelo qual o sujeito, de forma independente e intelectual, emprega habitualmente a sua ocupação em determinada espécie de trabalho, do qual auferer proventos para a sua subsistência.

Porém, como adverte Tornaghi, “nem sempre é possível distinguir essas quatro categorias: profissão, ofício, função e ministério, porque a mesma atividade pode, freqüentemente, ser enquadrada em mais de uma. Poderá dizer-se que: profissão, além de habitual, é remunerada; ofício pode não ser uma coisa nem

14 *Código de Processo Penal comentado*. 2ª. ed., Salvador, Juspodivm, 2017, p. 649.

outra; função é um exercício sem caráter profissional; e ministério é o desempenho altruístico de um alto encargo assumido com a finalidade de servir a outrem.

Mas todas essas noções são vizinhas e têm muito em comum. O que a lei quis não foi tanto classificar as atividades, mas prover para amparar todas aquelas que exigem a custódia do segredo”¹⁵.

No mesmo sentido, Bernardino Gonzaga conclui: “É melhor não nos preocuparmos demasiadamente em demarcar com rigor o conceito de cada uma das expressões adotadas. O campo que elas cobrem é bem maior do que o ocupado pelos possíveis sujeitos ativos do crime. O Código, afinal de contas, quer apenas significar que o segredo deve ter chegado ao agente por via de certo trabalho que ele prestara à vítima, e não graças a qualquer diferente tipo de relacionamento. Para tanto, usou expressões que, em seu conjunto, conferem carta branca ao intérprete, de modo que este não se veja preliminarmente impedido de aí incluir qualquer categoria profissional que, por suas características, deva possuir um dever penal de sigilo. O que unicamente interessa será verificarmos, por detrás daquelas palavras, qual a idéia que presidirá a solução dos possíveis destinatários da norma”¹⁶.

5. ABSTENÇÃO DE DEPOR EM RAZÃO DO SEGREDO CONFSSIONAL – FUNDAMENTO

Em um país altamente religioso como o nosso, não admitir legislativamente aos sacerdotes a faculdade de calar sobre acontecimentos que lhes foram confiados em confissão seria, sem dúvida nenhuma, atentar contra os princípios religiosos que norteiam o nosso povo.

15 Tornaghi, *Instituições*, cit., p. 478.

16 Bernardino Gonzaga, *Violação do segredo profissional*, cit., p. 54-5.

Não se hesita em dizer que a *ratio* da isenção de depor em virtude do *sigillum confessionis* está na preservação da maciça confiança que os penitentes depositam em seus confessores ao revelarem a estes seus atos antissociais.

O sacerdote pode invocar o sigilo ainda que os fatos não tenham vindo ao seu conhecimento por meio da confissão. Entretanto, tal conhecimento deve ser sempre em razão do seu ministério.

O *sigillum confessionis* exsurgiu com o direito canônico e tem suma importância nos países que abraçam a religião católica. Os seguidores deste culto veem na confissão uma forma de purificar a alma.

Seria profundamente injusto exigir do padre a verdade sobre acontecimentos que chegaram ao seu conhecimento por meio da confissão. A sua situação seria desesperadora, pois que teria de optar entre a lei do homem e a lei de Deus.

O direito canônico também apresenta sanções punitivas:

“El sigilo sacramental es inviolable; por ello el confesor debe cuidar con la mayor diligencia de no revelar en lo mínimo pecador, ni de palabra, ni por signos, ni de cualquier outro modo, por ningún motivo.” (Codex Juris Canonici, Cânon 889, §1º).

“El confesor que ose violar directamente el sigilo sacramental, quedará sometido a excomunió reservada de modo especialíssimo a la Sede Apostólica; y quien lo haga sólo indirectamente, estará sujeto a la pena que se señala en el canon 2.368, § 1º” (Codex Juris Canonici, Cânon 2.369, §1º)¹⁷.

É manifesto que o padre, devido ao caráter místico que envolve a sua personalidade, sempre optará pela transgressão da

17 O Novo Código de Direito Canônico também consigna esta punição (cf. os cânones 1.550, §2º, 983, §1º, 984, §1º).

norma do direito processual penal, para não ferir a sua convicção religiosa. Tal opção acarretaria consequências desastrosas para a Administração da Justiça.

Devido à grande influência que a Igreja Católica exerce em nossa pátria, o direito brasileiro, como sói acontecer, aceita o segredo confessional como motivo de abstenção de depor.

Daí surge a indagação: diante do termo genérico empregado pelo legislador, o direito ao silêncio contempla apenas os padres da religião católica ou essa proteção jurídica também se estende aos ministros de outros cultos?

O disposto no art. 5º, VI, da nossa Carta Magna¹⁸ induz à conclusão de que os ministros de outras seitas também gozam da prerrogativa de guardar sigilo sobre fatos que chegaram ao seu conhecimento em razão de seu ministério.

Abordando o assunto, de acordo com o sistema de seu país, Carnelutti observa: *“La exoneración de la obligación de testimonias de los ministros de la religión por lo que a ellos les fue confiado y ha llegado a su conocimiento por razón del propio ministerio es corolario de la libertad religiosa”*¹⁹.

Cumprе salientar que a lei brasileira não condicionou o exercício dos cultos ao reconhecimento jurídico do Estado. A nossa lei obsta apenas aos cultos religiosos que contrariem a ordem pública e os bons costumes, entendendo despidienda a autorização da Administração para a existência da seita.

18 “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

19 Carnelutti, *Principios del proceso penal*, trad. Sentis Melendo, Buenos Aires, Europa-América, 1971, p. 207.

Assim sendo, tanto os sacerdotes da religião católica como também os da religião protestante, judaica, presbiteriana etc. podem invocar a isenção em estudo.

Mas surge outra indagação: os ministros apenas deverão guardar silêncio sobre os fatos que lhes forem confiados em confissão?

Não! Para que os ministros religiosos possam invocar a isenção em apreço, basta que os fatos tenham chegado ao seu conhecimento no exercício do próprio ministério e lhes tenham sido revelados pelo sujeito em virtude da confiança inerente à sua probidade, o que vale dizer: independentemente de os acontecimentos terem sido confiados por meio da confissão.

Florian, doutrinando sobre o tema, assim se manifesta: *“Intensas controversias se han suscitado en torno a este punto dentro de los sistemas procesales de derecho positivo que no resuelven de modo expreso la cuestión; pero, según nuestro parecer, a falta de una limitación expresa, el motivo de la exención justifica plenamente la respuesta afirmativa, ya que el ministro del culto bien puede recibir como tal secretos aún fuera de la confesión”*²⁰.

Todavia, no caso concreto, surgirão para o magistrado dificuldades para estabelecer o limite do segredo religioso. Tentando solucionar este problema, Baudouin adverte que *“se ha de buscar la descripción de las condiciones de ejercicio de este secreto en el abuso del derecho. La Ley no puede otorgar protección a un nexo que, bajo apariencia de relación religiosa, no es de hecho más que una simple relación social. El criterio a seguir debe ser, pues: para determinar si una confidencia ha de beneficiarse del secreto religioso, es preciso saber que el individuo ha depositado su confianza en razón de la cualidad religiosa o moral del confidente”*²¹.

20 Florian, *De las pruebas penales*, cit., t. 2, p. 175.

21 J. L. Baudouin, *Secret professionnel*, p. 105, apud Moreno Catena, *El secreto*, cit., p. 252.