

A GRAVAÇÃO COMO MEIO DE PROVA

HENRIQUE DAMIANO (*)

A proteção da conversa telefônica foi alçada a princípio constitucional pela Carta de 1946 que estabelecia ser inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, texto que norteou os legisladores até a Constituição de 1988, quando se entendeu por bem introduzir no texto constitucional, exceção à regra e autorizou a escuta telefônica, exclusivamente com ordem judicial, somente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Assim dispõe o art. 5º, inciso XII da CF:

“é inviolável o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Na ação penal movida contra Fernando Affonso Collor de Mello o STF decidiu pela inadmissibilidade, como prova, de laudos de desgravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de microcomputador, obtidos por meios ilícitos (art. 5º, LVI da Constituição Federal); no primeiro caso por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, havendo a desgravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório e utilizada com violação à privacidade alheia (art. 5º, X da CF); e no segundo caso, por estar-se diante de microcomputador que além de ter sido apreendido com violação do domicílio, teve a memória nele contida sido desgravada ao arripio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI da CF) (Ação Penal n. 307-3 DJ 13.10.95, pág. 34.247).

Por estes fundamentos a escuta feita pela Polícia Federal nos telefones do ex-Chefe de cerimonial do Palácio do Planalto Júlio Cesar Gomes dos Santos, também não pode incriminá-lo.

(*) Juiz Presidente da 2ª JCJ de Sorocaba.

Regulamentando o inciso XII, parte final do artigo 5º da Constituição Federal foi sancionada a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, a qual em seu art. 1º dispõe que:

“A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do Juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça”.

Ao que se depreende deste dispositivo legal, a gravação de comunicações telefônicas somente poderá ser autorizada pelo Juiz Criminal e também utilizada somente para prova em investigação criminal.

O Código Penal ainda vigente no art. 151, § 1º, item II, prevê como crime a violação de comunicações telegráficas, radioelétrica ou telefônica, estabelecendo pena de um a seis meses de detenção, podendo ser aumentada da metade se houver dano para outrem. No mesmo sentido dispõe o art. 10 da Lei 9.296, de 24.7.96 que “Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar sigilo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão de dois a quatro anos e multa”.

Cumpra indagar se uma gravação telefônica, de informática ou telemática pode ser utilizada como prova no processo civil ou trabalhista.

O art. 5º, inc. LVI da CF afirma que:

“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;” (grifei).

Salientamos o grifo no dispositivo constitucional, pois faz referência a processo e não a processo penal como excepcionado pela parte final do item XII do mesmo artigo.

Dispõe o art. 332 do Código de Processo Civil que:

“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

O Código de Processo Civil discrimina quais os meios de prova (art. 342 e seguintes), mas não elimina nenhum outro como instrumento válido.

Como afirma *Gil dos Santos* (“A prova no Processo Civil”, Ed. Saraiva, 1975, pág. 9), há duas correntes sobre o assunto: “Uma diz serem as provas somente aquelas que a lei admite e indica, não sendo permitido, senão ao legislador, acrescentar qualquer meio probatório além dos consagrados expressamente pelas normas jurídicas. Outra corrente que, embora indicando as provas permitidas, não impede que sejam aceitos pelo julgador outros meios além dos fixados em lei”.

Conforme art. 332 do CPC nosso Código filiou-se à segunda corrente, ou seja, admite qualquer tipo de prova, com as restrições previstas no art. 5º, LVI da CF referentes àquelas obtidas por meios ilícitos.

Pontes de Miranda esclarece que: "os microfímes, os slides, gravadores embutidos em estantes, mesas ou paredes, os computadores e outros meios de reprodução ou gravação não têm proibição. O que se há de examinar é aquilo que colhe, porque o conteúdo é que pode ofender o direito ao sigilo, ou não ser, por outro motivo, moralmente legítimo. O Juiz ao ter de negar ou admitir o meio de prova, há de recorrer ao direito material e até à Constituição, porque não fica às leis dizer, a seu arbítrio, o que há de entender por sigilo da correspondência e das comunicações" ("Comentários ao Código de Processo Civil", Ed. Forense, 2ª ed., tomo IV, pág. 344).

Ada Pellegrini Grinover em sua tese "Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas" que defendeu para conquistar a cátedra de processo penal na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, esclarece que "A interceptação telefônica pode ser lícita ou ilícita. É ilícita (ou, numa terminologia mais precisa, ilegalmente obtida) quando feita ao arripio das regras constitucionais e legais de um determinado sistema jurídico. É o que ocorre com as escutas clandestinas, efetuadas pela polícia ou por particulares, e que são por isso mesmo imprestáveis como fonte de prova" "interceptar (de *inter* e *capio*) tem o sentido de "deter na passagem" e conseqüentemente de impedir que alguma coisa chegue a seu destino, entende a doutrina, por interceptação telefônica, a escuta direta e secreta das mensagens, captando-se a conversa no momento mesmo em que se desenvolve, sem o conhecimento de pelo menos um dos interlocutores".

Extrai-se que tanto o Código Penal quanto a Lei 9.296/96, proíbem e regulam a interceptação dos meios de comunicação entre outras pessoas, não se tratando de interceptação quando a gravação ou o registro for feito pelo transmissor ou receptor da mensagem.

Theotonio Negrão, 27ª ed., no art. 332 do CPC, registra as seguintes posições: "A gravação magnética de ligações telefônicas, feita clandestinamente, não é meio legal nem moralmente legítimo (RTJ 84/609). No mesmo sentido: RJ 110/798, RT 603/178, 649/65, 654/132, RJTJESP 124/354, RP 59/273, com comentário de *Luiz Rodrigues Wambier*. Nesta ordem de idéias, é inadmissível prova consistente em gravação magnética sem que haja explicação convincente quanto à forma pela qual foi obtida (RT 635/208). Contra: RF 286/270 e RBDP 43/137, Rel. Des. Barbosa Moreira, admitindo essa prova, em separação litigiosa. Aceitando a prova, desde que obtida licitamente (Bol. AASP 1.743/157, RJTJERGS 139/117), embora sem o conhecimento de sua formação pela outra parte: RT 620/151, JTJ 143/199, JTA 108/273, 111/149, bem fundamentado, Bol. AASP 1.494/185; admitindo a prova, no caso de gravação em secretária eletrônica: RJTESP 137/360.

O art. 383 do CPC, no capítulo referente à prova documental, admite expressamente como meio de prova a reprodução mecânica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie e havendo impugnação sobre a autenticidade da reprodução mecânica, o juiz ordenará a realização de exame pericial.

Segundo uma decisão "o que a Constituição veda, é a interferência de terceiro no interior do diálogo, sem aceitação do comunicador ou do receptor. Aquilo que se denomina de interceptação, dando azo à gravação clandestina. Mas a conversa regular entre duas pessoas que se aceitam como comunicador e receptor, em livre expressão do pensamento, admite gravação por uma das partes, assim como seria possível gravar o teor de conversações diretas, sem uso de aparelho telefônico" (AI 171.084-1/0 — 1ª C., j 24.3.92 — Rel. Des. Euclides de Oliveira, RT689/160).

Em sua atual e relevante fundamentação, diz o referido acórdão que: "Questiona-se a respeito da legitimidade da gravação de conversa telefônica, como meio de prova".

A jurisprudência tem se dividido no trato do tema, conforme anotado na decisão recorrida. Elementos circunstanciais vários influem na conclusão, tais como a origem da prova, a forma de sua obtenção, o conhecimento ou não da outra parte etc.

Há permissão legal para se apreciar como prova documental, qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica ou de outra espécie. Faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade. Havendo impugnação, a autenticidade da reprodução mecânica terá de ser aferida por prova pericial. São disposições do CPC, no art. 383 e seu parágrafo único.

Mas, o art. 332 do mesmo Código restringe a utilização da prova à sua obtenção por meios não só legais como os moralmente legítimos.

Nesse contexto, já decidiu o egrégio STF que a gravação magnética de ligações telefônicas, feita clandestinamente, não é meio legal nem moralmente legítimo (RTJ 84/609). Ou "Infringente da garantia constitucional do direito da personalidade e moralmente ilegítimo é o processo de captação de prova, mediante a interceptação de telefonema, à revelia do comunicante, sendo, portanto, inadmissível venha a ser divulgada em audiência de processo judicial, de que sequer é parte" (RTJ 110/798, Rel. Min. Rafael Mayer; no mesmo sentido RTJ 84/609, rel. Min. Xavier de Albuquerque).

Confira-se *Theotonio Negrão* ("Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", Ed. RT, 21ª ed.) em nota ao art. 332:2a, reportando-se, também, a precedentes jurisprudenciais em sentido contrário: RF 286/270 e RBDP 43/137, Rel. Des. Barbosa Moreira, admitindo essa prova em separação litigiosa. Aceitando a prova desde que obtida licitamente, embora sem o conhecimento de sua formação pela outra parte (RT 620/151, JTA 108/273, 111/149, Boletim da AASP 1.494/185).

Funda-se a decisão agravada no princípio constitucional que resguarda o sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII da CF de 1988). Entendeu seu d. Prolator que, diante da nova redação do texto, tem-se por encerrada a discussão jurisprudencial, uma vez que prova oriunda de comunicação telefônica somente será admitida se houver autorização judicial e, além disso, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal. Como não se configuraram tais pressupostos na espécie, "a prova é de ser tida como inconstitucional".

Todavia, não se justifica a rigidez desse enfoque. A proteção ao sigilo das correspondências e das comunicações sempre foi da tradição de nosso ordenamento jurídico, na esteira da preservação de um direito maior, relativo à inviolabilidade do domicílio e da própria intimidade das pessoas.

Assim, a Constituição vigente, longe de inovar, apenas confirmou o preceito da Carta anterior, que era mais sintético: "É inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas" (arts. 153, § 9º da EC de 1969, 150, § 9º da CF de 1967, 141, § 6º da CF de 1946).

Comentando esse dispositivo, assinala *Celso Ribeiro Bastos* que o seu caráter absoluto e peremptório "não impediu que surgisse uma série de exceções", dentro do ponto de vista de que não pode haver o exercício absoluto de um direito. Bem por isso, "o atual texto procurou encontrar uma forma de não tolher de maneira absoluta a utilização de meios que importem na violação da correspondência", traçando os requisitos para admissão da interceptação das comunicações para fins de persecução penal.

Assim, deu-se abertura à admissão desse meio probatório, ainda que mediante interceptação da comunicação telefônica, desde que judicialmente autorizada.

Não há dizer, pois, que o texto da nova Carta Magna tenha implicado num maior rigorismo. Apenas foi mantido, com temperos, o sistema tradicional da inviolabilidade das comunicações.

Inaceitável que, a pretexto da intransigente proteção desse direito, se viole o igualmente constitucional direito de defesa. Nessa linha de raciocínio, ressalta o eminente Des. Regis Fernandes de Oliveira, em artigo publicado na RT 643/25 ("A prova colhida em fita magnética") que a liberdade do magistrado na formação do seu convencimento não pode ficar cerceada pelo exame de gravação telefônica. Observa que a disposição contida no art. 5º, XII da CF "significa que não se pode aceitar a gravação telefônica de forma sub-reptícia, ou seja, quando há interrupção de fios telefônicos para fora da residência ou do local de trabalho de alguém, havendo intervenção absolutamente inconstitucional ou ilegal na liberdade de manifestação de pensamento. Já o mesmo não se pode dizer quando a gravação é feita no próprio local de interlocução. Do direito de liberdade de expressão estabelecido no preceptivo constitucional é correlato o direito de escolha do destinatário da comunicação. O pensamento há de ser transmitido à pessoa escolhida pelo emitente, sem qualquer interrupção".

Em suma, o que a Constituição veda é a interferência de terceiro no interior do diálogo, sem aceitação do comunicador ou do receptor. Aquilo que se denomina de interceptação, dando azo à gravação clandestina. Mas, a conversa regular entre duas pessoas que se aceitam como comunicador e receptor, em livre expressão de pensamento, admite gravação por uma das partes, assim como seria possível gravar o teor de conversações diretas, sem uso de aparelho telefônico.

A conclusão do ilustre jurista é de que o "moralmente ilícito" a que alude a legislação processual é a interferência de terceiro. "A escolha do

interlocutor é livre pelo emissor da mensagem. A ele poderá expender todo seu pensamento. O interlocutor poderá gravá-la. Poderá utilizá-la para prova em processo, uma vez que houve expressa vontade de manifestar o pensamento àquele".

Neste mesmo sentido trilha e jurisprudência trabalhista:

"GRAVAÇÃO — A gravação de voz em fita magnética é meio de prova admissível, mas depende de perícia técnica para identificar a respectiva autoria, que deve ser realizada às expensas da parte que pretender produzi-la". TRT/SC 12ª Região, 774/88, Rel. Câmara Rufino, DOE 13.1.89 (Decisório Trabalhista — março/89, in Revista Synthesis 12/91, pág. 264).

GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA. Meio de prova. Qualquer um dos interlocutores de uma conversa telefônica pode usar a gravação dela como prova em processo judicial em que é parte, inclusive trabalhista (CPC, artigo 383). Tal não infringe o direito de inviolabilidade da correspondência e das comunicações (CF, art. 5º, XII) pois esta é uma proteção que se dirige contra terceiros e não contra os correspondentes. Os titulares da correspondência de qualquer natureza podem divulgá-la sem violação daquela garantia (TRT 2ª Reg., MS 280/89 — Rel. Juiz Vantuil Abdala — DOE 11.4.90, pág. 93)".

QUESTÕES ATINENTES À PERÍCIA EM GRAVAÇÃO

O Prof. Dr. Ricardo Molina de Figueiredo, do Departamento de Medicina Legal da Faculdade de Ciências Médicas da Universidade Estadual de Campinas — UNICAMP, em dados a que me foram fornecidos, fez as seguintes apreciações, as quais teriam sido objeto de palestra proferida no Primeiro Seminário de Fonética Forense, organizada pelo Instituto de Criminalística do Rio Grande do Sul em novembro de 1994:

1) Cada voz é realmente única?

"Essa é uma pergunta freqüentemente colocada no paradigma da fonética forense. No estágio atual da pesquisa é improvável que, de um ponto de vista estritamente teórico, seja possível respondê-la com segurança, embora, intuitivamente, estejamos inclinados a respondê-las afirmativamente. A primeira dificuldade relaciona-se com o próprio conceito de "voz"; quais são, efetivamente, as características que configuram, completa e indubitavelmente, a "voz" ou — mais apropriadamente — a "fala" de um indivíduo? A questão é complicada, especialmente se considerarmos a noção de plasticidade, em todos os níveis do processo de produção. O fato é que a variabilidade é inerente à fala de qualquer indivíduo, sendo que parte dessa variabilidade pode ser voluntária (variação estilística, por exemplo) e parte imposta por diversos fatores contingentes (diferentes estados físicos e/ou emocionais, por exemplo). Visto sob esse prisma, não podemos sequer di-

zer que a "voz" de um indivíduo é a "mesma" em todos os momentos; o que podemos afirmar é que um determinado indivíduo terá, mantida uma série de condições de controle, um conjunto de características estáveis que permitirão situá-lo em uma região única de um espaço multidimensional".

2) Uma Impressão Vocal é como uma Impressão Digital?

"O termo "impressão vocal" (*voiceprint*), cunhado e popularizado por pesquisadores norte-americanos na década de 60, é totalmente inadequado. Nada poderia ser mais diferente de uma impressão digital (*fingerprint*) do que um espectrograma. A fala é uma ação, desenvolvida no tempo e resultado de gestos articulatórios complexos, cuja repetição, em função mesmo da complexidade e da interatividade dos elementos neurofisiológicos envolvidos, nunca se dá exatamente da mesma forma. Já a impressão digital é um traço anatômico imutável, geneticamente determinado e não depende de qualquer ato ou comportamento individual".

3) Uma avaliação auditiva-perceptual é eficiente?

"Em geral, há uma tendência a supervalorizar a análise acústica instrumental, como se apenas esta representasse evidência "objetiva" em um exame de autenticação. A verdade, no entanto, é bem outra. O fato é que não existe nenhum método "automático" eficiente para identificar falantes, especialmente se considerarmos as dificuldades inerentes ao modelo forense (gravação de baixa qualidade, limitação de banda, eventual presença de disfarce, etc.).

A análise auditiva competente pode destacar características impossíveis de serem verificadas "automaticamente". Considere-se, por exemplo, a determinação do perfil dialetal do falante. Esse aspecto só poderá ser desenvolvido por um foneticista experimentado, com bom treinamento em transcrição fonética e conhecimento dos traços dialetais mais importantes.

Nenhuma análise puramente instrumental terá um peso maior na elaboração de uma perícia de voz, do que a convicção formada por uma análise auditiva alicerçada em critérios lingüísticos sólidos e bem estabelecidos. A análise acústica instrumental, por outro lado, serve como apoio e eventual confirmação de aspectos previamente levantados pelo examinador. O procedimento mais produtivo é combinar análise auditiva e instrumental de um modo iterativo, antes que sucessivo".

4) Qual a probabilidade de acerto em um exame de identificação de falante?

"Provavelmente não há uma resposta "objetiva" para essa pergunta. Não é possível atribuir um valor "estatístico" a um exame, pelo menos no estágio atual da pesquisa (e não é certo que algum dia se possa fazê-lo, em função da própria natureza do material). A formulação de uma conclusão em termos numéricos empresta apenas um toque de falsa cientificidade ao laudo e deve ser evitada. O grau de "certeza" em uma conclusão não é um dado quantitativo, mas antes o resultado de um conjunto integrado de observações, cuja validade dependerá das propriedades específicas de cada caso analisado (incluindo principalmente, o grau de expertise do examinador). O

aspecto mais importante é a consistência da discussão e a utilização de critérios universalmente aceitos. Assim como qualquer trabalho científico, um Laudo Pericial deve se valer apenas de procedimentos cuja metodologia possa ser reproduzida em qualquer outro laboratório bem equipado".

5) Qual o valor dos honorários periciais para uma perícia de impressão vocal?

"Atualmente há poucos ou alguns locais no Brasil que efetuam este tipo de exame. Há necessidade da voz comparativa e o exame deve passar por algumas fases de análise detalhada como a filtragem, transcrição ou desgravação, autenticação e identificação, utilizando-se de aparelhos que poucos existem. O Departamento tem avaliado o custo de uma perícia em média no valor de R\$ 2.000,00 (nov./96)".