

Gravações telefônicas como prova da infração dos deveres conjugais

JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS
Promotor de Justiça – SP

Questiona-se muito a respeito da legitimidade da gravação de conversa telefônica, como meio de prova.

A jurisprudência e a doutrina têm se dividido no trato do tema, especialmente no âmbito do processo penal, com destaque especial para a emérita processualista Ada Pellegrini Grinover ("Novas tendências do Direito Processual", "Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal", "Liberdades Públicas e Processo Penal" e outros que deixo de declinar). 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 explícita no artigo 383 do Código de Processo Civil, para se apreciar, como prova documental, qualquer reprodução mecânica, como a fonográfica 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 terá de ser aferida por prova pericial.

É certo que o artigo 332 do mesmo código traz restrições à utilização da prova à sua obtenção por meios não só legais como moralmente legítimos.

Nesse contexto, já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal, inadmitindo a utilização de gravação, feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher, em ação de desquite por ele ajuizada com fundamento no adultério: "Parece-me incorreta a conclusão do acórdão recorrido, pois a admissibilidade dos meios probatórios propiciados pela moderna tecnologia, e contemplados no artigo 383 do CPC, está condicionada à regra geral do artigo 332 do mesmo código, evidentemente desaplicada nestes autos. Tenho como patente, por outro lado, à luz do que dispõem a respeito o Código Penal e o Código Brasileiro de Telecomunicações, a ilegalidade do meio probatório de que se valeu, até aqui com a aquiescência das instâncias ordinárias, o recorrido, meio que também não

pode ser considerado moralmente legítimo, por mais progressistas e elásticos que sejam os padrões de moralidade que se possam utilizar. Conheço do recurso e lhe dou provimento, reformando o acórdão recorrido e o despacho saneador, que ele manteve, indeferindo a produção da questionada prova, determinando o desentranhamento das fitas gravadas e de tudo quanto com elas se relacionar." (RTJ 84/609).

Nas instâncias ordinárias, também se encontram julgados nessa mesma linha, v.g., o publicado na RT 687/139: "Evidenciado que a prova consubstanciada em fita magnética de conversação telefônica fora obtida clandestinamente, sem conhecimento de nenhum dos interlocutores, inadmissível se torna a sua utilização no processo judicial, porque não se compadece com o preceito inserto no artigo 332 do CPC (meios legais e moralmente legítimos) e desrespeita os princípios constitucionais consagrados pelo artigo 5º, X, XII e LVI, da CF de 1988" (TJPR, 3ª Câm., AI 14.407-8, j. 16.4.91, rel.Des. Silva Wolff).

Parece-me incorreta a conclusão destes v. arestos. Observa-se, desde logo, que uma coisa é a gravação em si e seu conteúdo, como meio de prova tendente à formação do convencimento do juiz; e outra, distinta, a forma eventualmente imoral ou ilícita com que terá sido obtida fora dos autos, sabido que incide nas sanções previstas no artigo 151, § 1º, II, do Código Penal, quem, indevidamente, divulga a conversa telefônica entre outras pessoas, que, abusivamente, gravara.

Munõz Sabaté, em estudo sobre as provas na ação de divórcio e separação, analisa o crucial problema e conclui que: "É indubitável que o único modo de fazer válidas as teses daqueles que se opõem à prova ilícita será mediante o seu controle na fase de admissão (e não de valoração), pois, de outro modo, levada a prova ao conhecimento do julgador, não mais poderão ser descartados os efeitos de uma convicção psicológica sobrepondo-se a toda interferência lógica; uma vez mais se verá obrigado o julgador, a fim de não violentar a sua consciência, a revestir com argumentos tomados de outras fontes de convicção seu convencimento formado através da prova aparentemente rechaçada. Não há nenhum inconveniente em que o juiz aplique a lei que seu foro íntimo considere injusta, porque ao final a lei não é obra sua e sim do legislador; mas quando se trata de buscar a verdade dos fatos – que é trabalho exclusivamente de sua sã crítica – pretender que o julgador automutila sua própria convicção, declarando não ser verdade o que é verdade, resulta em algo que rompe com os cânones da submissão ou concordância. Como corolário dessa visão fenomênica, temos que, se por qualquer causa, a prova ilícita logra burlar as barreiras da admissão e vem para os autos, o juiz deve valorá-la como qualquer outra prova, sem prejuízo, é claro de providenciar o que for de direito se a produção da referida prova revelar a existência de algum delito" (Técnica probatória, cit. 8, págs. 71-74). Sua conclusão recebe oportuno arremate de Yussef Cahali: "Em outros termos, não é dado ao juiz da separação judicial autorizar ou determinar a produção da prova através da interceptação das conversas telefônicas de qualquer dos cônjuges com terceiros; mas, obtida aquela prova pela parte interessada, qualquer que tenha sido o meio, e apresentada aquela nos autos, cumpre ao juiz considerá-la na formação do seu convencimento de maneira expressa, sabido que, pelas regras de experiência, tais gravações, ainda que eventualmente desentranhadas dos autos, inevitavelmente deixam resíduo na convicção do julgador" ("Divórcio e Separação", vol. I, pág.737).

É certo que essas considerações sofrem o impacto da nova Constituição, que inseriu no capítulo das garantias fundamentais do indivíduo o direito à preservação de sua intimidade.

Todavia, não vejo razão para uma interpretação rígida do texto, especialmente quando a própria Constituição ressalva a possibilidade de ordem judicial para quebra do sigilo telefônico, quando se tem em vista investigação criminal ou instrução processual penal, o que se aproveita a semelhança, conforme magistério de Cahali, quando se cuida da aplica-

ção de pena em sede de infração grave de deveres conjugais, como causa de separação ou divórcio litigioso; e se ao juiz facultar-se ordená-la previamente, permite-se-lhe também aproveitar-se daquela que já foi produzida, ratificando-a se assim entender fazê-lo (ob. e vol. cit. pág. 737).

Inaceitável que, a pretexto da preservação da intimidade da pessoa, se viole o igualmente constitucional direito de defesa. Nesse passo dos trabalhos, oportuno se trazer memorável voto do Des. Barbosa Moreira, afastando a ilegalidade da gravação telefônica feita pela parte como meio de prova em processo de separação judicial, entendendo-a moralmente legítima, como especial forma de vigilância e fiscalização da conduta alheia, assim justificável porque o direito de uma das partes à preservação de sua intimidade se absolutizado, pode mutilar ou mesmo nulificar, sob certas circunstâncias, o direito da outra parte à prova. Eis a lição do festejado processualista: "Trata-se de saber se é admissível, em processo de separação judicial, a prova consistente na gravação em fita magnética, de conversas telefônicas mantidas pela mulher, sob suspeita de adultério. Nega-o a agravante com o fundamento de que o marido, interceptando telefonemas da esposa, sem o conhecimento desta, haveria agido de forma ilegal e imoral. O problema da admissibilidade de provas ilegítimamente adquiridas vem sendo objeto, sobretudo nos últimos anos, de atenta investigação em muitos países e já tem até constituído tema de congressos jurídicos internacionais. É certo que as preocupações em torno do assunto se concentram principalmente no processo penal, campo em que, de maneira muito compreensível, se faz mais agudo o perigo de interferências arbitrárias das autoridades públicas na vida privada, por meio de expedientes condenáveis, entre os quais precisamente avulta o do chamado "grampeamento" de aparelhos telefônicos. O caráter odioso de tais procedimentos responde pela reação de muitos espíritos, justamente alarmados com a ameaça que daí resulta para a liberdade pessoal. São menos dramáticos os termos da questão no âmbito do processo civil, em que a matéria, não obstante, figura também, por assim dizer, na ordem do dia. Parece ainda longínqua a pacificação das opiniões que se digladiam a propósito do tema. Vai predominando, contudo, a tendência a fugir das soluções radicais, extremas, consistentes em excluir de maneira absoluta a admissibilidade das provas ilegítimamente adquiridas ou em reconhecê-las sem qualquer restrição (cf., por exemplo, Zeiss, "Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, in Zeitschrift für Zivilprozess", v. 89, 1976, págs. 377 e segs., especialmente págs. 386 e segs., 398, IV, nº 3). Prefere-se adotar critério mais matizado, que, levando em conta as características do caso concreto, abra ao juiz a possibilidade de balancear os interesses em jogo, de acordo com o chamado "princípio de proporcionalidade" (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), para admitir a prova, abstraindo de sua eventual origem ilegítima, quando necessário, a preservação de valores relevantes que, de outro modo, se veriam injustamente sacrificados (v. Moniz de Aragão, prova ilegalmente obtida, na Rev. dos Magistrados do Paraná, nº 31, pág. 28). No direito brasileiro, o problema tem de ser equacionado e resolvido à luz do artigo 332 do CPC, que limita a admissibilidade dos meios de provas através de duas cláusulas exigindo que eles sejam "legais" e "moralmente legítimos", isto é, que a respectiva aquisição não contrarie preceito da lei nem da moral. Convém esclarecer de passagem que o dispositivo, ao falar de "meios legais", não alude exclusivamente aos meios de provas previstos e regulados em termos expressos; na hipótese, contudo, o ponto não suscitaria qualquer dúvida, porque a reprodução fonográfica está mencionada no artigo 383 do próprio estatuto processual. O que se tem de verificar, pois, é se se revela incompatível com o ordenamento jurídico ou com os comandos da ética a gravação de conversas telefônicas, em fitas, para utilização como prova em juízo, nas circunstâncias do caso sob exame. Invoca-se, no sentido negativo, o precedente que constituiria o acórdão do STF, de 11.11.77, no julgamento do RE 85.439, publicado na RTJ 84/609. Observe-se desde logo que certas peculiarida-

des da espécie então apreciada nitidamente a distinguem da que se julga nos presentes autos. Assim, conforme se lê no parecer da Procuradoria-Geral da República, que o acórdão transcreve, o casal estava separado, a mulher era a única assinante do aparelho telefônico, e o marido penetrou duas vezes na casa, onde já não residia, a fim de instalar ali o gravador e mais tarde retirá-lo. Dai não ter sido ao parecerista argumentar com a inviolabilidade do domicílio; poderia até, embora disso não se tenha lembrado, enquadrar o comportamento do marido na moldura do artigo 150 do Código Penal. As circunstâncias apontadas não se reproduzem na espécie *sub judice*. É verdade que no parecer se acrescenta: "também não faria diferença se o aparelho gravador fosse instalado quando o marido ainda residisse no próprio lar conjugal, porque o mesmo pertence não apenas a um dos cônjuges, mas à família como um todo (pág. 612); ai, porém, a opinião vem fundamentada, com a devida vênia, em termos vagos e insuficientes. Importa frisar que o acórdão - tanto quanto se depreende do teor do voto, aliás sucinto, do Ministro Relator - não adotou como razão de decidir a alegada ofensa à inviolabilidade do domicílio. Ali se alude unicamente a outro aspecto do problema, relacionado com o sigilo das comunicações; e, ainda assim, não se encontra referência à disposição constitucional do artigo 153, § 9º - talvez por se haver percebido que o texto não tem o alcance irrestrito que à primeira vista se lhe poderia atribuir: do contrário, nenhuma possibilidade existiria de reconhecer, em determinados casos, a licitude de interceptações telefônicas, conforme a reconhece, v.g., Ada Pellegrini Grinover, "Liberdades Públicas e Processo Penal", 2ª ed., 1982, pág. 267 ("Exceções legais podem ser estabelecidas a esta inviolabilidade, e o são pelo Código de Telecomunicações"), obra insuspeita de ressaibo antiliberal. São dois os diplomas apontados no voto para abonar a afirmação da ilegalidade da obtenção da prova: o Código Penal e o Código Brasileiro de Telecomunicações, justamente. Convém, portanto, analisar a questão mais de perto, à vista desses textos. Do Código Penal só pode interessar aqui o artigo 151, § 1º, II, que comina a mesma pena da violação de correspondência a "quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas". Não parece viável a subsunção do fato em qualquer dos tipos aí configurados. Sublinhe-se que o simples "captar" não está previsto: e em matéria penal, como se sabe, é vedada a aplicação analógica *in malam partem*, em obséquio ao princípio da reserva legal (Código Penal, art. 1º, 1ª parte). Por outro lado, o emprego dos advérbios "indevidamente" e "abusivamente" restringe o alcance da norma incriminadora, a que escapam comportamentos não qualificáveis como "indevidos" e "abusivos". Ora, se os há - e o texto necessariamente implica tal existência -, parece muito pouco razoável não incluir entre eles os que tenham por fim prova em juízo, num processo que, além de tudo, corre em segredo de justiça. Se esses são "indevidos" e "abusivos", quais não o serão? Para semelhante pergunta não se afigura fácil encontrar resposta satisfatória. Assim, o artigo 151, § 1º, nº II, do Código Penal não autoriza a conclusão tranqüila de ser ilegal a conduta do agravado. Passando ao Código Brasileiro de Telecomunicações, e fazendo abstração de perplexidades em que inevitavelmente se embarça o intérprete diante de diploma redigido com tão deplorável imperícia técnica, cabe examinar o teor do artigo 56, *caput*, segundo o qual "pratica crime de violação de telecomunicações quem, transgredindo lei ou regulamento, exhiba autógrafa ou qualquer documento de arquivo, divulgue ou comunique, informe ou capte, transmita a outrem ou utilize o conteúdo, resumo, significado, interpretação, indicação, ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro". Aqui o "captar", por si só, seria típico; mas a configuração, em qualquer hipótese, subordina-se à cláusula "transgredindo lei ou regulamento", que caracteriza a regra como "norma penal em branco", segundo a terminologia consagrada (v. por exemplo, Heleno Fragoso, "Lições de Direito Penal, Parte Geral", 5ª ed., 1983, pág. 76), e na qual obviamente por

“lei” não se há de entender o próprio Código Brasileiro de Telecomunicações, senão outra, que no caso não se identifica o regulamento porventura transgredido. Há, porém, outro aspecto mais importante: à vista do teor do artigo 58, II, letra “a”, que comina, em se tratando de pessoas físicas, a pena alternativa de “1 a 2 anos de detenção ou perda de cargo ou emprego, apurada a responsabilidade em processo regular, iniciado com o afastamento imediato do acusado até decisão final”, tem-se entendido como registra Celso Delmanto, Código Penal Anotado, 3ª ed., 1982, pág. 167 (embora com referência a uma opinião contrária, ao que parece isolada), que “o crime especial é próprio, só alcançando agentes que desempenham funções de caráter público”. Se assim é, fica necessariamente pré-excluída a possibilidade de configurar-se o delito por obra de particular. Todas essas considerações evidenciam quão precária e insegura é a base que fornece a tese da ilegalidade da prova adquirida nas circunstâncias da espécie, os dispositivos de leis penais invocados – sem maior esforço de demonstração, diga-se sempre com a vênia de praxe – no acórdão do excelso Pretório. Argumenta-se ainda com o direito da agravante, que se dá como lesado pela interceptação telefônica, à preservação de sua intimidade. A essa figura jurídica, não contemplada *expressis verbis* – ao menos em sua fisionomia global – no direito positivo brasileiro, se vêm todavia reconhecendo, no plano doutrinário, foros de cidadania, com razões de grande peso. Já tem ela constituído até objeto de tratamento cuidadoso em sede monográfica (Milton Fernandes, Proteção Civil da Intimidade, 1977; René Dotti, Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação, 1980). O direito de que se trata, no entanto, é como qualquer outro, limitado, e não pode sobrepor-se de maneira absoluta a todos os restantes interesses dignos de tutela jurídica, por mais relevantes que se mostrem. Aqui tem igualmente lugar a valoração comparativa dos interesses em conflito e a aplicação do princípio da proporcionalidade. A isso já teve ocasião de aludir o Relator deste acórdão em artigo de há quatro anos, onde se ocupou especialmente das relações entre o mencionado direito e a necessidade de apurar tão exata e completamente quanto possível, no processo, como pressuposto de julgamento correto, os fatos relevantes para a solução do litígio. Escreveu-se naquele trabalho: “Não pode, assim, haver dúvida acerca da posição fundamental do ordenamento em face do conflito de valores que se desenha. Sobre o interesse na preservação da intimidade prevalecem, em linha de princípio, os interesses legados à reta administração da justiça. Aquele não pode ter a virtude de obstar ao pleno atendimento destes. Todavia, deve atuar aqui, como alhures, o princípio de que os meios se proporcionam de modo necessário aos fins colimados. O direito à preservação da intimidade sujeita-se ao sacrifício na medida em que a sua proteção seja incompatível com a realização dos objetivos, que se têm primariamente em vista. Nessa medida, o ordenamento o tolera ou mesmo o impõe; além dela, não. Cumpre observar um critério de proporcionalidade, com o auxílio do qual se possa estabelecer adequado “sistema de limites” à atuação das normas suscetíveis de pôr em xeque a integralidade da esfera íntima de alguém, participante ou não do processo” (“Processo Civil e Direito à Preservação da Intimidade”, Temas de Direito Processual, Segunda Série, 1980, págs. 9-10). Tenha-se em mente que o direito de uma das partes à preservação de sua intimidade, se “absolutizado”, pode mutilar ou mesmo nulificar, sob certas circunstâncias, o direito da outra parte à prova. Ora, este é elemento integrante do direito de ação, consoante frisa, v.g., Calmon de Passos, “Da arguição de relevância no recurso extraordinário”, RT 259/19, *verbis*: “Pode-se afirmar que do artigo 153, § 4º, da Constituição do Brasil deriva o direito de acesso aos Tribunais mediante um processo em que esteja assegurado o direito de ser julgado por um juiz independente e imparcial, preconstituído pela lei (direito ao juiz natural), processo cujo custo não seja incompatível com a capacidade econômica dos litigantes e no qual, em todo o curso do procedimento, fiquem assegurados o contraditório, a igualdade das partes, o direito à prova e a motivação das decisões proferidas”. A

proteção constitucional do direito de ação abrange, pois, o direito de provar em juízo os fatos em que se baseia o pedido, e – conquanto também sujeito, é claro, a restrições – esse direito não deve ser sistematicamente sacrificado todas as vezes que o respectivo exercício porventura entre em conflito com o interesse do adversário na preservação de sua intimidade. Resta verificado se a prova obtida pela captação e gravação de conversas telefônicas decorre de comportamento “moralmente legítimo”. Aqui se impõe distinções: à indagação não se pode responder de modo razoável nem com uma afirmativa categórica, nem com uma negativa peremptória. A moral, como ciência, não é nem pode ser casuística: estabelece princípios gerais, mas não ministra ao homem tabela alguma pela qual seja sempre aferível, *in concreto*, o valor ou desvalor ético deste ou daquele ato, na quase infinita variabilidade das circunstâncias que o especificam. Veja-se, v.g., a lição de Jacques Leclercq, “Las grandes líneas de la filosofía moral”, trad. esp., Buenos Aires, 1956, pág. 463:

“Una casuística centrada en la materialidad de los aspectos” y, por conseguinte, en los preceptos particulares puede determinar “cierto número de casos” en los que un acto está prohibido o es obliatorio; son estos casos extremos que constituyen las líneas generales de una moral mínima absoluta a la que todos los hombres deben someterse. Se podrá precisar, por ejemplo, cierto número de casos en que ningún hombre puede matar, mentir, realizar el acto carnal, etc. Pero este conjunto de soluciones no puede pretender constituir una moral completa, porque el precepto universal y los aspectos generales escapan a esta casuística que se limita a los aspectos secundarios de la moral”. A adoção de medidas de vigilância e fiscalização por um cônjuge – por qualquer deles, convém salientar – em relação ao outro, pode, sem dúvida, revelar-se moralmente reprovável (quando não constitua mero sintoma de estado mental patológico) e até configurar injúria grave ao cônjuge “espionado”, se se resolve em inútil e arbitrária imposição de vexame, que nenhum dado objetivo justifica. Mas a valoração mudará se houver motivos sérios para que se suspeite da prática de atos incompatíveis com o resguardo da fé conjugal. Em casos tais, não repugna forçosamente à ética a utilização pelo cônjuge que receia, com algum fundamento, estar sendo ofendido, ou na iminência de o ser, dos expedientes ao seu alcance para inteirar-se da verdade e registrá-la. Afigura-se excessiva e inaceitável, nos termos amplíssimos em que se vê expressa, a opinião de Pestana de Aguiar, Comentários ao Código de Processo Civil, v. IV, 2ª ed., 1977, pág. 76, o qual parece reputar sempre ilícita e imoral a gravação de conversas telefônicas. Com razão adverte Moniz de Aragão, no artigo supracitado, pág. 28, que “não faz sentido deixar o ser humano, ou a própria sociedade, inteiramente desprotegidos frente ao ato ilícito, em casos para os quais será impossível obter a prova por meios ortodoxos”. No caso em pauta, há que considerar o seguinte: ao reconvir, afirmou o agravado, com frequência, se ausentava do lar e voltava tarde, recusando-se agressivamente a dar explicações ao propósito; que, nos últimos tempos, passava fora de casa os fins de semana; que viajava para diversos lugares, deixando perplexo o agravado até quanto ao modo como obtinha meios financeiros para tais viagens; que certa vez “sumiu de casa por 10 dias sem que ninguém soubesse de seu paradeiro”; que, quando declarava aonde ia, dava informações errôneas. Claro que, por ora, não se pode admitir nem negar a veracidade de semelhantes alegações. Mas, a supor-se – apenas *ad argumentando* – que fosse exata a versão do agravado, então se teria de reconhecer que o comportamento da agravante, tal como descrito, justificaria providências do gênero da que ele tomou, tornando “moralmente legítima” a interceptação. Se na verdade os fatos se passaram ou não do modo por que os narra o agravado, isso unicamente os resultados da instrução vão permitir dizer. O máximo que, por enquanto, cabe adiantar é que a narrativa não se afigura inverossímil, ou de tão remota possibilidade de vir a confirmar-se que mereça ser desprezada a *priori*. Tanto basta para fazer admissível a prova impugnada” (RF 286/270).

Esse o entendimento, ao meu ver, mais correto: aceitar como prova a gravação feita através de fita magnética da conversação mantida com terceiro, cumprindo ao juiz apreciar o valor do documento através de perícia aferitória de sua autenticidade, ante a possibilidade de distorções através de expedientes técnicos conhecidos e cada vez mais sofisticados. Se o meio de obtenção for ilegal ou imoral, como invasão de domicílio ou violação do decantado direito à privacidade, então que o infrator seja responsabilizado civil e, até, criminalmente, por seu ato, conforme o ordenamento aplicável. Os direitos assegurados pela Constituição não podem ter o dom, e nem isso certamente foi pretendido pelo legislador, de colocar obstáculo invencível ao que possa ser favorecido por meio de prova que, aparentemente, atente contra aqueles preceitos básicos, e, por via de consequência, beneficiar o que somente levanta a imoralidade na obtenção do meio, mas nada opõe à autenticidade e veracidade dos fatos que o mesmo atesta. Nessa linha de raciocínio, ressalta Alcides de Mendonça Lima: "Um direito não pode servir para ser uma injustiça cometida. Configurar-se-ia, no mínimo, aquela expressão tão usada universalmente, mas sem sentido lógico - Abuso de Direito: se é abuso não é direito, se é direito não é abuso. Mas seu alcance é compreendido, na falta de outra forma de conceito da anômala situação jurídica. No Brasil, ou em qualquer outro país, em que já exista regra igual ou similar ao citado artigo 383 do CPC, o Juiz deverá dar valor ao conteúdo do meio de prova, indiferentemente ao modo como foi obtido, ainda que com violação de certos direitos conferidos em lei ordinária e, mesmo, na Constituição Federal, se disso puder resultar sentença injusta, vencido o infrator, que ficou sem prova, e vencedor o verdadeiro improbo pela transgressão de normas e preceitos de direito material" ("A eficácia do meio de prova ilícito no CPC brasileiro", AJURIS, vol. 38, págs. 107-108).