

## RECLAMAÇÃO. USO DA GRAVAÇÃO COMO MEIO DE PROVA

Exmo. Sr. Dr. Vice-Presidente do 2.º Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro

O *Promotor de Justiça* da Vara Criminal da Comarca de Magé, não se conformando, *data venia*, com a decisão de fls. 797/803, proferida nos autos da ação penal proposta em face de A. M. e outros (Proc. 4.329), vem apresentar a presente *Reclamação*, com fundamento no art. 219, do *Código de Organização e Divisão Judiciárias*, por entender ter dita decisão resultado de erro de ofício, expondo, para a final requerer, o seguinte:

Em 14-2-77, na Comarca de Magé, ocorreu um latrocínio, tendo sido instaurado inquérito policial na Delegacia local para apuração da autoria.

Após algum tempo, os autos do inquérito policial foram remetidos ao 4.º SORF (Setor Operacional de Roubos e Furtos), para que elucidasse aquele hediondo crime, já que a Delegacia local se mostrara impotente para tal.

Então, foi designado para presidir o inquérito o Dr. Orlando Correa da Silva, Delegado lotado naquela especializada, à época em que os autos para lá foram remetidos.

Concluído o inquérito e apresentados os autores do crime, este órgão, endossando a representação da digna autoridade policial, requereu a decretação da prisão preventiva de todos os indiciados, oferecendo, no prazo legal, a denúncia contra todos os autores do fato, exceto um que havia falecido (docs. em anexo).

Durante o sumário de culpa, algumas testemunhas fizeram referência à existência de umas fitas gravadas, durante a estada dos indiciados na Delegacia (depoimentos de fls. 437, 476 e 777 — em anexo).

Ora, como dois dos réus (H. B. R. e H. S. de J.), perante a autoridade policial, haviam confessado todo o crime e a participação de todos os réus naquele latrocínio (docs. em anexo), este órgão, nos precisos termos do art. 47, do C.P.P., requereu ao Dr. Delegado, que havia presidido o inquérito, que lhe remetesse as fitas, acaso elas ainda estivessem em seu poder (doc. em anexo).

Tal requisição se deveu ao fato de que os réus que tinham confessado perante a autoridade policial e negado a participação no latrocínio quando ouvidos em Juízo, alegaram, em Juízo, que a confissão foi extorquida mediante espancamento.

Este órgão, então, requereu a *juntada* das fitas aos autos, requerendo a designação de data para a audiência na qual as fitas de-

veriam ser ouvidas. Requereu este órgão, ainda, que, após, fossem tais fitas remetidas ao Instituto de Criminalística, a fim de serem transcritos os diálogos nelas gravados.

Com esta providência, facilmente se comprovaria a ocorrência ou não de espancamentos alegados pelos réus.

O ilustre Juiz *a quo*, após ter determinado que as fitas fossem ouvidas na audiência que já estava designada (fls. 770), revogou este despacho, determinando que tais fitas fossem devolvidas a este órgão.

Após trazer à colação a Reclamação 5.682, julgada pela 3.<sup>a</sup> C. Criminal do TJ da Guanabara, comentada por Heleno Cláudio Fragoso (*Jurisprudência Criminal*, vol. II, pág. 406), a decisão reclamada, na parte conclusiva, afirma que “se é vedado ao juiz proceder a gravação ou regravações de interrogatórios por não previstos em nosso direito positivo, logicamente essa vedação é extensiva aos delegados de polícia na fase inquisitorial, mormente se elas foram obtidas de maneira irregular, às escondidas, ignorando o interessado estar sendo captada por aparelho gravador a sua “conversa” mantida com a autoridade policial. Não é, assim, possível aceitá-las neste processo como elementos de convicção à livre apreciação da prova, sem ferir os direitos dos acusados, pois sob esse aspecto sofreram constrangimento ilegal”.

O ilustre Juiz *a quo* dá a entender que o Dr. Delegado que presidiu o inquérito, ao invés de interrogar os indiciados, gravou-lhes os interrogatórios, como fizera o Juiz, cuja decisão foi reformada por via de Reclamação trazida à colação.

No acórdão trazido pelo ilustre Juiz *a quo*, comentado por Heleno Fragoso, o que se vê é que o Juiz, ao invés de interrogar os réus e reduzir a termo este interrogatório, limitou-se a gravar o citado interrogatório tão-somente, deixando de reduzi-lo a termo.

Mas, na hipótese dos autos, as coisas não se passaram desta maneira. O Dr. Delegado, além de gravar a conversa que tivera com dois dos indiciados, os interrogou na forma legal, com observância de todos os dispositivos legais pertinentes à espécie (arts. 185 e segs. do C.P.P.).

No acórdão trazido como paradigma, o Juiz fez menos do que devia, pois deixou de reduzir a termo o interrogatório.

Na hipótese dos autos, o Dr. Delegado fez mais do que estava obrigado. O Dr. Delegado estava obrigado, tão-somente, a reduzir a termo o interrogatório. Entretanto, ele foi mais além gravando conversa que tivera com os indiciados.

Assim, o acórdão trazido à colação não serve de paradigma, já que a hipótese dos autos é outra. Se o Dr. Delegado não tivesse reduzido a termo o interrogatório dos indiciados, em obediência às normas legais, aí, sim, aquele acórdão serviria de diretriz. Mas, não,

o Dr. Delegado conversou com os indiciados e gravou estas conversas. Noutra oportunidade, interrogou os indiciados com total observância das normas legais (cópias dos interrogatórios em anexo).

O ilustre Juiz *a quo* partiu, *data venia*, de uma premissa falsa, qual seja a de que as duas hipóteses (do acórdão e a dos autos) eram iguais. E, com base nesta premissa, pretendeu dar solução idêntica à hipótese dos autos.

Nestas condições, o ilustre Juiz *a quo* não poderia *data venia*, deixar de acolher a pretensão deste órgão com base nos argumentos daquela decisão, já que, na hipótese dos autos, insista-se, a autoridade policial interrogou os indiciados com observância de todas as formalidades legais. Somente foi mais além, gravando a conversa que tivera com os indiciados que haviam confessado o crime e descrito a participação de cada um dos autores. Isto noutro momento.

Assim, a decisão reclamada, sob este fundamento, deve ser reformada, porque não ocorreu, como na hipótese enfrentada no acórdão trazido, falta de obediência à formalidade legal na prática de ato processual. Não se pode imputar ao ato praticado pelo Dr. Delegado o mesmo vício imputado ao ato praticado pelo Juiz, que teve sua decisão reformada pelo acórdão trazido aos autos.

Como segundo argumento para indeferir a pretensão deste órgão, o ilustre Juiz *a quo* alinha que as gravações foram obtidas de maneira irregular.

Irregular é aquilo que é ilegal e, na hipótese dos autos, não houve qualquer ilegalidade, porque não há qualquer norma legal que proíba a gravação como meio de prova.

O próprio Juiz *a quo*, apesar de dizer que a gravação era “irregular”, não fez menção a qualquer dispositivo legal que teria sido violado pela autoridade policial ao fazer a gravação. E jamais poderia ele ter citado qualquer disposição de lei violada pelo procedimento do Dr. Delegado, já que não há qualquer proibição neste sentido.

Em matéria de prova, o art. 155 do C.P.P. estabelece que “no juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil”. Isto significa que, no juízo penal, não há restrições em matéria de prova, salvo as que se referem ao estado das pessoas, quando, então, serão observadas as restrições da lei civil. É o princípio da liberdade do meio de prova em matéria penal.

Aliás, outra não é a opinião comum da doutrina processual penal, cujos autores assim se manifestam:

*Eduardo Espínola Filho:*

*“Não só eliminando o sistema das provas legais e instituindo o da liberdade de provas, o novo Código de Processo Penal, em plena harmonia com a orientação do*

*hodierno direito adjetivo, faculta o desenvolvimento de uma ampla atividade destinada a alcançar, nas ações penais, completa apuração da verdade; são, ademais, proscritas todas as limitações que o processo civil estabelece ao regime das provas, salvo num ponto, isto é, o que tange à prova do estado das pessoas” (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, vol. II, pág. 448, edição, edição histórica). E prossegue este autor:*

*“Como resultado da inadmissibilidade de limitação dos meios de provas, utilizáveis nos processos criminais, é levado à conclusão de que, para recorrer a qualquer expediente, reputado capaz de dar conhecimento da verdade, não é preciso seja um meio expressamente previsto, ou autorizado pela lei, basta não seja expressamente proibido, se não mostre incompatível com o sistema geral do direito positivo, não repugne à moralidade pública e aos sentimentos de humanidade, piedade e decoro, nem acarrete a perspectiva de um dano, ou abalo sério à saúde física ou mental das pessoas, que sejam chamadas a intervir na diligência.*

*Os autores salientam o auxílio, que, além da fotografia, podem proporcionar a cinematografia, a fonografia, as pesquisas dos grupos sangüíneos; sempre trazendo as invenções e os descobrimentos científicos a contribuição de experiências sérias, com cujo concurso o crime pode ser desvendado e os infratores penais vêm a ser apanhados, confundidos e submetidos à ação repressiva do Estado” (obra citada, pág. 453).*

*Fernando da Costa Tourinho Filho:*

*“Ao lado desses meios de prova podemos lembrar as justificações que, embora não disciplinadas no estatuto processual penal e sim no Código de Processo Civil, são referidos pelo C. P. Penal, no seu art. 423. A ficha dactiloscópica (art. 6.º, inciso VIII do C. P. Penal), as fotografias, esquemas ou desenhos (164 e 165 do C. P. Penal), as provas fonográficas (grifo meu) e até mesmo cinematográficas embora não possam ser encartadas na moldura do art. 232 do C. P. Penal, que define os documentos, a eles podem ser equiparados” (Processo Penal, vol. 3, pág. 114).*

José Frederico Marques:

*“Em Juízo, por outro lado, não há restrições na exploração das fontes e meios de provas, como se deduz, a contrariô sensu, do que preceitua o art. 155 do Cód. de Processo Penal.*

*“Qualquer diligência probatória, que possa esclarecer a verdade, é admissível no juízo penal e na fase preparatória da investigação levada a efeito pela Polícia Judiciária” (grifo meu) (Elementos de Direito Processual Penal, vol. 2, pág. 292, 1.<sup>a</sup> ed.).*

Ada Pellegrini Grinover:

*“E, concluindo, podemos afirmar que a mediação entre o conceito de ilícito substancial e de inadmissibilidade processual deve ser feita, também no direito brasileiro, através das normas e dos princípios da Constituição, os quais tutelam o direito genérico à intimidade de maneira implícita, e expressamente duas de suas manifestações (o sigilo da correspondência e a inviolabilidade do domicílio): toda vez que uma prova for colhida em desrespeito aos princípios constitucionais, expressos ou implícitos, no que concerne à tutela do direito à intimidade e de seus desdobramentos, a referida prova não poderá ser admitida no processo, por subsumir-se no conceito de inconstitucionalidade” (Liberdade Pública e Processo Penal, pág. 206).*

Com base nos ensinamentos desses autores, então, podemos afirmar que a gravação trazida aos autos é válida.

Em primeiro lugar, porque a gravação como meio de prova não é expressamente proibida pela lei, o que, *ipso facto*, acarreta sua validade como meio de prova.

Em segundo lugar, não se pode dizer que a gravação fora feita de modo a atentar contra a moralidade pública, porque a gravação de conversa entre autoridade policial e indiciado não ofende a esta moralidade pública. O que ofende à moralidade pública é a tortura, a brutalidade e todo atentado violento à integridade corporal (cf. José Frederico Marques, *obra citada*, pág. 294). E, na hipótese dos autos, não houve qualquer destes procedimentos. Diga-se que não foi com base na ofensa à moralidade pública que o ilustre Juiz *a quo* indeferiu a pretensão deste órgão. Mas, com base na ilegalidade da gravação. Aliás, não poderia o ilustre Juiz *a quo* indeferir a pretensão deste órgão com base na ofensa à moralidade pública, já que esta, sequer, foi alegada pelos réus. Eles alegaram que o interrogatório, que fora reduzido a termo, é que foi extorquido me-

diante violência. E, como está demonstrado, o interrogatório e a gravação são dois atos distintos, inclusive do ponto de vista temporal, cada qual foi realizado num momento. Aliás, provar-se que a gravação não foi feita mediante ofensa à moralidade pública é muito fácil. Basta que se ouçam as gravações, para se ter a certeza de que não houve tal ofensa.

Em terceiro lugar, não se pode dizer que a gravação da conversa entre a autoridade policial e os indiciados atente contra qualquer direito à intimidade tutelado, expressa ou implicitamente, pela Constituição brasileira. Nem a intimidade dos indiciados foi violada, porque não se pode admitir haja direito à intimidade na relação jurídica existente entre autoridade policial e indiciado. É de meridiana clareza que a autoridade policial, quando conversa com indiciado, procura tirar dele todos os elementos esclarecedores do crime que está apurando. Aqui, prepondera o direito da sociedade de ver os infratores da lei penal descobertos e punidos. O direito à intimidade, neste passo, se existisse, outrossim, teria de ceder espaço para o direito da sociedade. Este, se houvesse direito à intimidade, preponderaria. A hipótese seria diversa se a autoridade policial fosse amiga íntima do indiciado e se se aproveitasse dessa intimidade para gravar uma conversa particular, v.g., uma conversa mantida na casa de um dos dois. Aí, poder-se-ia dizer que a autoridade pública tivesse violado o direito à intimidade. Mas, a gravação de uma conversa entre autoridade policial e indiciado, dentro de uma Delegacia de Polícia, mormente quando os protagonistas (Delegado e indiciado) não se conhecem, jamais, poderá ofender o direito à intimidade do indiciado, porque, nestas circunstâncias, ele não tem este direito.

Em quarto lugar, é de ser dito que, quando José Frederico Marques condena "o emprego de microfones dissimulados e do registro, em aparelhos eletrônicos, de conversações íntimas" (*obra citada*, pág. 294), está se referindo à tutela da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, estabelecida no art. 153, par. 9.º da Constituição Brasileira. O que o citado autor está preservando é a intimidade da conversa telefônica. Se, na hipótese dos autos, o Dr. Delegado tivesse feito a gravação de conversa íntima do indiciado, adaptando microfones no aparelho telefônico do indiciado, estaríamos, então, diante de uma gravação insuscetível de produzir efeito no processo, porque ofenderia o direito à intimidade das pessoas. Entretanto, na hipótese dos autos, a diferença é gritante, porque não houve violação do sigilo das comunicações telefônicas.

Em quinto lugar, é de ser dito que o procedimento adotado pelo Dr. Delegado, gravando sua conversa com os indiciados, não ofende o sentimento de humanidade, piedade e decoro, tampouco acarreta a perspectiva de um dano, ou abalo sério à saúde física ou mental do indiciado. Logo, não se enquadra na exceção preconizada por Eduardo Espírito Filho, quando trata da liberdade do meio de prova. Logo, a prova é válida.

Por derradeiro, é de se salientar que o procedimento adotado pelo Dr. Delegado é um procedimento salutar, já que os criminosos, em regra, confessam o fato perante a autoridade policial espontaneamente. E, quando são interrogados em Juízo, alegam que sofreram coação por parte da Polícia, etc. Ora, se o procedimento adotado pelo Dr. Delegado nestes autos fosse rotineiro, bastaria que, em Juízo, se ouvisse a gravação para se saber se teria ou não havido o espancamento alegado. Este procedimento, se adotado com frequência, tanto preservaria o direito de punir do Estado quanto o direito de liberdade do réu, já que se tivesse havido espancamento a fita o mostraria. Com este procedimento, ganharia, em última análise, a justiça.

Diante de todo o exposto, o Ministério Público requer seja a r. decisão reclamada reformada, a fim de que seja admitida a produção da prova fonográfica, tendo em vista que a r. decisão, *data venia*, resultou de erro do ilustre Juiz *a quo*.

Outrossim, requer, nos termos do art. 223 do *Cód. de Organização e Divisão Judiciárias*, seja suspensa a execução do despacho reclamado, a fim de que as fitas permaneçam nos autos até a decisão definitiva da presente Reclamação.

N. termos.

P. acolhimento.

Magé, 27 de agosto de 1980.

LUIZ CARLOS RODRIGUES DA COSTA

Promotor de Justiça