

O DIREITO DE O ADVOGADO GRAVAR SUAS AUDIÊNCIAS: análise das normas processuais à luz da legalidade e da publicidade

*** Henrique Farias Carvalho Maia**

Advogado, Mestrando em ciências pedagógicas com ênfase no ensino de Direito, Especialista em Direito Civil e Graduado pela Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP. Email: henriquefcarvalho@gmail.com

RESUMO

Tendo em vista a importância das audiências em que são colhidas provas nos processos judiciais, exige-se que a respectiva ata seja elaborada com primor, a fim de que reflita, com maior precisão possível, a realidade da audiência. Ocorre que a redução a termo, não raramente, se mostra deficiente nessa representação. Sendo assim, muitos advogados buscam gravar áudio e/ou vídeo de suas audiências para fins processuais, no entanto, com frequência, são impedidos pelos magistrados. Diante dessa discussão, objetiva o presente trabalho investigar a possibilidade de o advogado realizar essas gravações, qual a base legal dessa prerrogativa prevista na legislação processual civil e sua interpretação à luz dos princípios constitucionais. Espera-se, com essa investigação, demonstrar a ilegalidade que representa o impedimento dos advogados de gravar suas audiências, desestimular essa prática e fornecer à comunidade de advogados uma breve reunião de argumentos a respeito dessa matéria.

Palavras-chave: Prerrogativas, advogado, gravação, legalidade, publicidade.

1 INTRODUÇÃO

É inegável a importância das audiências para o contexto judicial. O contato direto com as partes, testemunhas, interessados e demais envolvidos em determinada demanda se faz, muitas vezes, inevitável, haja vista que se trata de procedimento essencial para que sejam colhidas as provas que levarão ao deslinde daquela contenda.

Em razão dessa importância, a ata da audiência deve ser elaborada de modo a refletir, com a maior precisão possível, o que ocorreu dentro da sala de audiência. No entanto, a prática jurídica revela que, não raramente, a redução a termo se mostra insuficiente. Aspectos emocionais das partes, o comportamento dos profissionais envolvidos e até mesmo questões relativas a teorias das provas colhidas nem sempre são captadas pelo magistrado.

Os avanços tecnológicos, no entanto, auxiliam os envolvidos a ultrapassar o obstáculo que representa a ata como único meio de registro da audiência. Nesse contexto, parte dos advogados se utilizam de celulares, gravadores e outros meios próprios para garantir o fidedigno do ocorrido em audiência, para fins processuais.

Ocorre que alguns magistrados não compactuam com essa prática, desautorizando as gravações. Como exemplo dessa conduta, a Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo publicou o Comunicado 471/2015¹, de acordo com o qual caberia ao juiz autorizar ou não a gravação de audiências (GALLI, 2015). Mais adiante, em maio de 2017, o juiz Sérgio Morone pediu dos advogados do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para realizarem gravação própria do interrogatório que ocorreria, decisão esta que foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (JUSTI; DIONÍSIO; KANIAK, 2017).

Em razão do ocorrido em relação ao ex-presidente, reabriu-se discussão, em âmbito nacional, a respeito da possibilidade de o advogado ser impedido de gravar, por meios próprios, suas audiências. Dessa forma, objetiva o presente trabalho discutir essa questão sob a luz do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015 - com ênfase nos princípios constitucionais da legalidade e da publicidade.

A investigação se utiliza do método lógico-dedutivo e dogmático. Quanto ao tipo de pesquisa, é bibliográfica, visto que procura explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas em livros, artigos de autoridades de profissionais do direito, leis, revistas e jurisprudências. A pesquisa, quanto à natureza, é considerada qualitativa por ser procedida através da análise dos conteúdos das teorias existentes publicadas, na busca da explicação do problema. Quanto à técnica utilizada, é considerada documentação indireta, visto que serão utilizadas fontes secundárias conforme obras listadas nas referências, cujos autores abordam aspectos relevantes relacionados à pesquisa.

Obedecendo ao exposto, este trabalho se inicia analisando as prerrogativas do magistrado e de sua função na condução do processo judicial.

No capítulo que segue, estuda-se a limitação da autonomia do juiz pelo princípio da legalidade e a relação entre esse princípio e a possibilidade de o advogado gravar suas audiências.

O capítulo 4 (quatro), por sua vez, trata do princípio da publicidade como fundamento para a previsão expressa no Código de Processo Civil de 2015 a respeito da possibilidade de as partes gravarem suas audiências. Tece ainda comentários

¹Essa determinação foi revogada após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, em 2016.

sobre essa possibilidade em relação a outras searas que não a processual civil e também quando há sigiloprocessual.

Nas considerações finais são apresentados os resultados das análises feitas ao longo do estudo.

2 O MAGISTRADO COMO CONDUTOR DO PROCESSO JUDICIAL

É cediço que o magistrado é o condutor do processo e o destinatário das provas em um processo judicial. Cabe a ele tomar as rédeas dos trabalhos, avaliando a conveniência dos requerimentos, equilibrando a participação das partes e de seus advogados, atenuando ânimo e canalizando as energias dos atores processuais para o deslinde da controvérsia (MENDES, 2007).

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 consolidou em seu art. 139, a ideia de um juiz gestor formal e material do processo. Mais especificamente, no tocante à audiência de instrução e julgamento, prevê o art. 360 do mesmo diploma, *in verbis*:

Art. 360. O juiz exerce o poder de polícia, incumbindo-lhe: I - manter a ordem e o decoro na audiência;
 II - ordenar que se retirem da sala de audiência os que se comportarem inconvenientemente;
 III - requisitar, quando necessário, força policial;
 IV - tratar com urbanidade as partes, os advogados, os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e qualquer pessoa que participe do processo;
 V - registrar em ata, com exatidão, todos os requerimentos apresentados em audiência. (BRASIL, 2015)

Por esse motivo, ao juiz é conferida determinada autonomia processual, com base na qual os magistrados impedem o registro de audiências em áudio e/ou vídeo. No entanto, em se tratando de um Estado de Direito, frise-se que a aplicabilidade desse poder-dever está condicionada à observância do princípio da legalidade, do qual se passa a falar.

3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA COMO LIMITADOR DAS PRERROGATIVAS DO MAGISTRADO

O princípio da legalidade é um dos pilares da sociedade moderna e representa o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo, essência do Estado de Direito, no qual o Estado se submete à lei (MELLO, 2016).

Enquanto direito e garantia fundamental, com previsão no art. 5º, II, da Constituição, tem-se uma visão ampla do princípio, sendo sua aplicabilidade voltada às pessoas privadas e com significado intimamente ligado à liberdade individual.

No entanto, mais valiosa à presente investigação é a legalidade em sentido estrito. Trata-se de princípio que rege a administração pública, limitando a atuação dos seus agentes, incluindo-se, portanto, o magistrado. Veja-se sua previsão constitucional:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (BRASIL, 1988).

Hely Lopes Meirelles define:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. (MEIRELLES, 2016)

Dessa forma, comparando-se os sentidos amplo e estrito do mencionado princípio, tem-se que à pessoa de direito privado só está desautorizado a fazer aquilo que for vedado na legislação, não havendo previsão legislativa, sua conduta é livre. Por outro lado, à pessoa de direito público só tem autorizada sua atuação se a lei assim estabelecer, ou seja, não havendo previsão quanto a sua atuação, ela deverá se manter inerte.

Nesse sentido, Henrique Savonitti Miranda (2005) ainda explicita:

O administrador privado conduz seu empreendimento com dominus, agindo com os poderes inerentes à propriedade em toda a sua extensão. Assim, tudo o que não é proibido, é permitido ao gestor privado. Digase, ainda, que o administrador privado pode inclusive conduzir ruinosamente seu empreendimento sem que muito possa ser feito por terceiros [...] O gestor público não age como "dono", que pode fazer o que lhe pareça mais cômodo. Diz-se, então, que o Administrador Público só é dado a fazer aquilo que a lei autorize, de forma prévia e expressa. Daí decorre o importante axioma da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

Não há na legislação pátria qualquer previsão quanto aos requisitos para a gravação de audiências. Inexiste ainda norma que estabeleça que essa decisão

esteja entre as prerrogativas dos magistrados. É ainda impossível a interpretação de que estaria essa decisão implícita nas mencionadas normas que tratam das prerrogativas do juiz.

Nessa linha de raciocínio, tendo em vista o princípio da legalidade que abarca os magistrados e demais serventuários da Justiça, não tendo a lei estipulado qualquer limitação a essa faculdade, não poderiam eles fazê-lo. Nesse mesmo sentido defendeu o presidente da Câmara de Prerrogativas da seccional paranaense da Ordem dos Advogados do Brasil, Alexandre Quadros (LUCHETE, 2017).

Além de não haver a mencionada limitação, necessário frisar que a faculdade de gravação das audiências é alicerçada pela legislação pátria, assunto esse que se passa a tratar.

4 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE COMO FUNDAMENTO PARA A GRAVAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PELO ADVOGADO

Após mais de 30 (trinta) anos de vigência, o principal diploma do sistema processual civil pátrio foi atualizado e trouxe uma série de inovações voltadas ao aprimoramento da tutela jurisdicional².

Uma dessas inovações foi a regulamentação específica do direito de as partes gravarem as audiências, veja-se:

Art. 367. O servidor lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferida no ato.

(...)

§ 5º A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica.

§ 6º A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial. (BRASIL, 2015) (grifo nosso).

A expressa autorização para que as partes gravem as audiências das quais forem partícipes tem íntima ligação com o princípio da publicidade previsto no art.

²Essa postura condiz com o paradigma introduzido pela Constituição da República de 1988, segundo o qual há maior participação social no processo político e ampliação dos institutos da judicialização e do ativismo social. Por ativismo judicial, entende-se a participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos objetivos constitucionais (BARROSO, 2008)

37, *caput* e, mais especificamente, no art. 93, IX, ambos da Constituição da República. Essa ligação, por sua vez, é fruto de uma visão constitucionalizada do direito processual, previsto no art. 1º do CPC/2015. Segundo essa ótica “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil[...]” (BRASIL, 2015).

O princípio da publicidade se consagra no dever administrativo de manter a transparência em seus atos (MELLO, 2016). A publicidade é definida como o regime do dispositivo constitucional, a restrição à publicidade, por sua vez, é medida excepcional e tem como fim que se evite escândalo derivado do processo, com fins, portanto, de proteger a intimidade e dignidade daqueles envolvidos. Ainda a respeito da publicidade, a doutrina pátria afirma:

A preocupação com a publicidade dos atos processuais é, nessa primeira dimensão, uma ferramenta de garantia contra o arbítrio no exercício do poder do Estado. Não por acaso a doutrina lembra que a publicidade no processo civil pode ser considerada uma das grandes conquistas da revolução francesa, retomando a preocupação com uma exigência que se fazia presente já nos tempos primitivos do direito romano, que sofreu relativização no período pós-clássico e que acabou sendo descartada no direito canônico. Tem-se, pois, que a exigência de publicidade dos atos processuais é uma conquista com sabor histórico, e que, por tal natureza, impõe atenção para a exigência de proibição de retrocesso. Da mesma forma, vê-se na exigência de publicidade dos atos processuais a preocupação em admoestar à coletividade a respeito da necessidade de respeito à lei, a quem se garante a possibilidade de fiscalização em relação à distribuição de justiça. (...) Desta que deve ser dado, de outra banda, à função educativa associada à imposição de publicidade dos atos processuais, permitindo “a divulgação de ideias, incentivo ao interesse pela justiça e à elevação da confiança das pessoas no Poder Judiciário” (REICHELDT, 2014).

Da ponderação doutrinária se extraem algumas funções básicas da publicidade dos atos processuais, quais sejam coibir as abusividades, contribuir para a celeridade, reforçar a legitimidade e confiança em relação à Justiça, incentivar a conduta de acordo com a lei e exercer uma função pedagógica.

Segundo Luiz Alberto Reichelt (2014), a publicidade das audiências protege os jurisdicionados de uma justiça secreta, que atue completamente inacessível à população. O acesso das pessoas aos atos e decisões e discussões contribui para a confiança nas cortes pátrias, o que, por sua vez, permite a construção de um modelo de

processo mais justo.

No que diz respeito à celeridade processual, a gravação é, quase sempre, a forma mais adequada de documentação de atos processuais que visem a colheita de provas. Isso se justifica porque a recolha é fluida, sem interrupções para a elaboração da ata; a percepção do conteúdo das falas é acompanhada das circunstâncias, entonação etc., o que impede até mesmo que se suscitem desconformidades entre o que foi dito e o que foi reduzido a termo (PORTUGAL, 2013)

Segundo investigação promovida pela Associação dos Advogados do Estado de São Paulo (AASP, 2010):

[...] alastra-se a prática de gravações oficiais de sessões de julgamento, inclusive com transmissão para o grande público, seja pela televisão, seja pela Internet, como no caso das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF), veiculadas pela TV Justiça, ou as gravações, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de todos os seus julgamentos. Medidas semelhantes estão sendo adotadas *sponte própria* por diversos Tribunais, em todo o país, no sentido de se aparelharem para proceder à gravação de audiências, visando a garantir não apenas a celeridade do processo, mas também a fidelidade do registro dos atos processuais e a inegável economia de recursos materiais e humanos que pode resultar da dispensa da transcrição em papel e seu consequente armazenamento[...]

Além das funções já mencionadas, destaque-se que a visibilidade dos atos processuais evita ainda que o próprio magistrado seja objeto de maledicências ou suspeitas quanto a sua conduta profissional (REICHEL, 2014)

Sendo assim, a gravação de audiências é prerrogativa de parte e do advogado e, além de ter previsão expressa no CPC/2015, corresponde a uma correspondência lógica do princípio da publicidade na seara processual, sendo impossível sua vedação. Em

razão de suas importantíssimas funções para os vários atores envolvidos, faz-se ainda necessário que os Juízes pátrios demonstrem aceitação e até estímulo à gravação de seus atos.

Frise-se ainda que em função da aplicabilidade supletiva do Código de Processo Civil na demais searas do Direito, a previsão do art. 367 deve ainda ser aplicado. Isso em razão da ausência de previsão específica a respeito da gravação de audiências.

Especificamente a respeito da aplicabilidade do dispositivo na esfera penal,

Gustavo Badaró³ afirma:

Realmente, há diferenças entre o processo penal e o processo civil, que em determinados pontos impedem o emprego de analogia de uma área para outra. Todavia, no que diz respeito à documentação dos atos processuais, não há qualquer fundamento para tal distinção. Em ambos os processos, a documentação dos atos ocorridos em audiência deve espelhar, o mais fielmente possível, os fatos corridos. Se no processo penal há interesses mais relevantes, entre eles, a liberdade do acusado, se diferença houvesse, nesse o registro deveria ser mais intenso e fiel, e não, em menor intensidade. Logo, se no processo civil as partes podem, a bem de um melhor exercício da defesa de seus direitos, gravar as audiências, com maior razão, no processo penal, o acusado deve dispor do registro o mais fiel possível de tudo o que ocorre na audiência para e ampla defesa da sua liberdade (COURA, 2017)

Nem sempre, no entanto, conforme já mencionado, a publicidade dos atos processuais é plena, já que podem correr em segredo de justiça.

Nesses casos, não há ainda qualquer restrição para a gravação de audiências pelo advogado. Isso porque a publicidade se divide em duas categorias, quais sejam a interna e a externa. Enquanto a primeira atinge apenas aos partícipes do processo, a segunda abarca terceiros estranhos à demanda. A proteção à intimidade dos envolvidos em processo sigiloso atinge apenas a publicidade externa (MORAES, 2008).

Destaque-se, portanto, que os advogados e partes envolvidas se incluem entre os abarcados pela publicidade interna. Por esse motivo, o direito de gravação não é relativizado.

Atente-se, porém, que a divulgação dos registros caracteriza crime previsto no art. 10 da Lei 9.296/1996. Ademais, em se tratando do advogado, na esfera administrativa, a Resolução 02/2015 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil dispõe que são sigilosas as informações das quais se toma conhecimento no exercício da profissão e trata do tema em seus artigos 35 e 36.

CONCLUSÃO

Ao longo desta investigação, pôde-se perceber que, apesar de os magistrados terem determinada autonomia processual para que sirvam de condutores dos atos a serem realizados, o princípio da legalidade estrita, aplicado à Administração Pública impede que eles definam limitações à atuação dos advogados que não estejam previstas em lei. Viu-

³Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

se, ainda, que não há, na legislação pátria, qualquer norma que condicione ou impeça os advogados de gravarem, por meios próprios, suas audiências.

Posteriormente, viu-se que há inovadora previsão expressa no Código de Processo Civil de 2015, possibilitando a mencionada prerrogativa dos advogados. Essa previsão se baseia no princípio da publicidade e cumpre funções caras ao desenvolvimento e manutenção da Justiça. Por estar embasada no princípio da publicidade, viu-se que, mesmo as audiências de processos que corram em segredo de justiça, poderão ser gravadas, sendo destacado o caráter sigiloso do material.

Por fim, observou-se que, mesmo nas demais esferas que não a processual civil, em que não há previsão específica sobre a possibilidade de gravação de audiência pelas partes, a aplicação subsidiária do CPC é fator que possibilita o exercício de tal prerrogativa pelos advogados.

REFERÊNCIAS

Associação dos Advogados do Estado de São Paulo. **Gravação de audiência ao art. 417 do código de processo civil**. São Paulo: 2010, p. 8, disponível em: <<http://aasp.org.br>>. Acesso em 02 de jul. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os direitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de junho de 2017.

BRASIL. Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890. **Promulga o Código Penal**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 02 de jul. 2017

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 de jul. 2017.

COURA, Kalleo. Gravação de audiência criminal por réu divide opiniões. **Jota**. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/justica/o-reu-pode-gravar-uma-audiencia-criminal-09052017>>. Acesso em 02 de jul. 2017.

GALLI, Marcelo. Norma que exige autorização de juiz para gravar audiência é questionada no CNJ. **Consultor Jurídico**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-08/norma-exige-autorizacao-gravar-audiencia-quesitonada>>. Acesso em 02 de jul. de 2017.

JUSTI, Adriana; DIONÍSIO, Bibiana; KANIAK, Thais. Moro nega pedido da defesa de Lula para fazer gravação em audiência. **G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/moro-nega-pedido-da-defesa-de-lula-para-fazer-gravacao-em-audiencia.ghtml>>. Acesso em: 02 de jul. de 2017.

LUCHETE, Felipe. Juiz não pode proibir advogado de gravar audiência, afirma OAB- PR. **Consultor Jurídico**. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-13/juiz-nao-proibir-advogado-gravar-audiencia-afirma-oab-pr>>. Acesso em 02 de jul. de 2017.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2016.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

MORAES, Maurício Zanoide de. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 1, p. 29-55, 2008.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Resolução n. 02/2015. **Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/11/art20151104-01.pdf>>. Acesso em: 02 de jul. 2017

PORTUGAL, Centro de Estudos Judiciários. **Caderno 1 – O novo Processo Civil: contributos da doutrina para a compreensão do novo código de processo civil**. Lisboa, dezembro/2013, 2. ed.

REICHELDT, Luis Alberto. A exigência de publicidade dos atos processuais na perspectiva do direito ao processo justo. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 234: 2014, p. 80.