

## SEPARAÇÃO JUDICIAL — PROVA ILEGÍTIMA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 7.111

Recorrente: Maria de Lourdes Cabral Senra

Recorrido : Raul de Mello Senra Netto

1. *Recurso extraordinário admitido. Separação judicial. Prova obtida mediante interceptação telefônica, reconhecida válida pelo v. acórdão recorrido diante das circunstâncias do caso. Aplicação do princípio da proporcionalidade para sua aferição.*

2. *A gravação de conversa telefônica em fita magnética, fora das exceções legais (arts. 56, § 2.º, e 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações), incide em inobservância da regra geral sobre a validade dos meios de prova, inserta no art. 332 do CPC, porquanto conseguida por meios ilegítimos.*

*Implica ainda postergação dos comandos protetivos do sigilo das comunicações, inscritos na Carta Magna (art. 153, § 9.º) e no Código Brasileiro de Telecomunicações (arts. 55 e 56 da Lei n.º 4.117, de 27-8-1962).*

*Importa também desprezo à salvaguarda do direito à intimidade, tutelado no sistema jurídico a partir dos cânones constitucionais assecuratórios dos direitos essenciais do indivíduo (art. 153, § 36, da CF).*

*Precedente da Suprema Corte no sentido da inidoneidade do meio de prova em questão.*

4. *Provimento do recurso.*

### PARECER

1. Admitido o apelo extremo pelo r. despacho de fls. 174/7, vêm as razões do recorrente às fls. 183/91 e as do recorrido às fls. 193/99.

Esteia-se a irresignação nas letras "a" e "d" da permissão da Lei Maior, salientando aquele r. despacho, no que tange à última delas, estar a espécie a merecer revisão pela via extraordinária, eis que o julgado impugnado e o trazido a cotejo enfocam o mesmo art. 332 — do C.P.C., dando-lhe interpretação antagônica.

2. Este mesmo dispositivo se reputou malferido, ao lado de mandamento da Carta Magna e de preceitos do Código Brasileiro de Telecomunicações protetivos do sigilo das comunicações telefônicas. Conquanto não haja o r. despacho, que mandou processar o extraordinário, se referido, expressamente, à possibilidade de sua contrariedade, tal como o fez relativamente à ocorrência de dissídio, ao concluir, porém, pela admissão do recurso, sem restrições, dessume-se tenha mandado processá-lo por ambos os fundamentos sob que interposto.

Ainda que assim não fora, entretanto, à vista da Súmula 292, que permite à Excelsa Corte conhecer da inconformidade por outro fundamento que não o de seu cabimento na instância *a quo*, ambos serão apreciados como motivação da súplica.

3. Assentou o erudito e v. aresto, da lavra do culto e eminente Des. Barbosa Moreira (fls. 147):

*“Prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério: não é ilegal, quer à luz do Código Penal, quer do Código Brasileiro de Telecomunicações, e pode ser moralmente legítima, se as circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização.”*

Concentra-se a questão, como assinalado ao início daquele *decisum*, em 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. Tais as fitas, cujas cópias de reprodução gráfica se encontram às fls. 74/108, que o r. despacho saneador deferiu fossem ouvidas (fls. 49v.), contra o que se insurgiu o ora recorrente em agravo de instrumento afinal provido pelo v. aresto hostilizado.

4. Sustenta a recorrente violado o art. 332 do C.P.C., por se cuidar da prova obtida por meio clandestino, em transgressão ao art. 153, § 9.º, da Carta Magna, e arts. 55 e 56 da Lei n.º 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações), ilícita, por conseguinte.

Tutela o cânon constitucional o sigilo das comunicações telefônicas, cujo rompimento configura crime apenas na última das disposições citadas.

Invoca discrepância jurisprudencial com o v. julgado da mais Alta Corte publicado *in* “RTJ” 84/609, Relator o insigne Ministro Xavier de Albuquerque, de cuja ementa consta:

*“Prova civil. Gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher. Inadmissi-*

bilidade de sua utilização em processo judicial, por não ser meio legal nem moralmente legítimo (art. 332 do Código de Processo Civil). Recurso extraordinário conhecido e provido”.

5. Sublinha o v. acórdão hostilizado não se identificarem as hipóteses, posto que, na precedentemente aludida, 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. Esta circunstância não se repete na espécie.

Ali também se decidiu, frisa, à luz do resguardo do sigilo das telecomunicações, mas, sem referência, no sucinto voto do Relator, ao art. 153, § 9.º, do Estatuto Básico, talvez por se haver percebido não ter o texto o alcance irrestrito que, à primeira vista, se lhe poderia atribuir. E traz à colação a lição de *Ada Pellegrini Grinover, in Liberdades Públicas e Processo Penal* 2.ª ed., 1982, pág. 267, onde assevera a existência de exceções legais à inviolabilidade em pauta, no próprio Código Brasileiro de Telecomunicações.

6. Em prosseguimento à sua douta e erudita fundamentação, aquele v. aresto fixa-se em que, sob o enfoque da tipologia do art. 151 § 1.º, II, do Código Penal, que apenas a violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica, assim como da prevista no art. 56, *caput*, do Código Brasileiro de Telecomunicações, que incrimina o mesmo fato, não se tipificariam ambos os delitos na espécie. Deles procede a rigorosa análise, para concluir não se poder enunciar ser ilegal a conduta do recorrido, de modo a macular a prova colhida.

No primeiro dos delitos, v.g., mister se faz caracterizar o comportamento do agente como “indevido ou abusivo”, o que se torna questionável quando se trata de prova a ser produzida perante a Justiça. O segundo subordina sua configuração à cláusula “transgredindo lei ou regulamento”, que qualifica a regra como norma penal em branco, a não ensejar sua identificação *in casu*. Além de que se apresenta como crime próprio, só alcançando agentes que desempenham funções de caráter público.

7. Em outra parte, afirma não se propor, na espécie, o chamado direito à intimidade, que pudesse resultar lesado pela interceptação telefônica. É esta uma figura jurídica, se bem que versada e defendida pela doutrina, ainda sem agasalho geral e expresso em nosso ordenamento jurídico.

Demais disso, não haveria de prevalecer ante o interesse legado à reta administração da justiça, a cujo sacrifício deve render-se, dentro do próprio princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässig-*

*keitsprinzip*), que recomenda a admissão da prova, abstraindo de sua eventual origem ilegítima, quando necessário a preservação de valores relevantes, que, de outro modo, se veriam injustamente sacrificados. A par de trabalho doutrinário de sua autoria, em que sustentou conclusão deste jaez ("Processo Civil e direito à preservação da intimidade", in *Temas de Direito Processual*, 2.<sup>a</sup> série, S. Paulo, 1980), alude o emérito Relator, no mesmo sentido, à opinião de *Moniz de Aragão* ("Prova ilegalmente obtida", in "Rev. da Assoc. dos Magistrados do Paraná", n.º 31, jan - março de 1983, pág. 28).

Realmente, neste artigo, ao culto processualista referido afigura-se aconselhável a orientação atual dos tribunais alemães, que sustentam dever ser admitida a prova ilegalmente obtida, se ao ver dos julgados, esse for o único meio possível e razoável de proteger valores mais urgentes e fundamentais, sob a égide do assinalado princípio da proporcionalidade, assim denominado pelos juristas tedescos. Condiciona-o, entretanto, à ressalva, da lei brasileira, de o método empregado na obtenção da prova ser "moralmente legítimo", isto é, justificar-se perante as regras morais aceitas na época e no meio em que os fatos se passaram, por ser irrecusável variar o conceito de meios "moralmente" legítimos no tempo e no espaço, tratando-se de um *standard* que o intérprete da lei subordinará a padrões jurídicos, filosóficos, políticos etc..

O ínclito julgador da Corte local entendeu, ainda sob esse prisma (fis. 153), não se vislumbrar, na hipótese *sub judice*, comportamento "moralmente ilegítimo, justificando-se a adoção de medidas de vigilância e fiscalização por qualquer dos cônjuges em relação ao outro, quando houver motivos sérios para que se suspeite da prática de atos incompatíveis com resguardo da fé conjugal. Pois a moral não é casuística, estabelecendo princípios gerais que conduzem à aferição do juízo do valor dos atos *in concreto*.

Destaca ainda, com referência à aplicação do princípio da proporcionalidade, que, acaso venha a se reputar absoluto o alegado direito à intimidade, pode mutilar ou mesmo nulificar, sob certas circunstâncias, o direito da outra parte à prova.

8. Recorrente e recorrido cingem-se, em seus arrazoados, aos argumentos já tecidos em outras intervenções nos autos, que não escaparam a observações e ponderações de v. *decisum* atacado.

9. Feita esta exposição, passa o MP a opinar.

Com toda reverência à cultura, erudição e maestria na arte de julgar do conspícuo Professor e magistrado Des. *Barbosa Moreira*, quer parecer, *venia concessa*, seja perante a legislação protetiva do sigilo das comunicações, seja em homenagem ao reconhecido direito à intimidade, não prosperar como válida a prova em causa.

10. Dessarte, a par de inculpada na Lei Máxima (art. 153, § 5.º) a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, a dissecação dos tipos criminais previstos no art. 151, § 1.º, II, do Código Penal, e 56, *caput*, do Código Brasileiro de Telecomunicações, para subordiná-los à verificação de circunstâncias que podem não ocorrer em casos isolados, não traz o condão, todavia, de afastar a ilicitude do meio, diante da afirmação daquele postulado no Estatuto Fundamental e da incriminação de ato que viole o bem jurídico tutelado, *in abstracto*.

Aliás, na preciosíssima obra *Liberdades Públicas e Processo Penal*, citada no v. aresto recorrido, onde discorre, com suma proficiência, sobre o tema das interceptações telefônicas, a ilustrada Prof.<sup>a</sup> *Ada Pellegrini Grinover* é peremptória em que os Códigos Processuais brasileiros não abrem exceção à inviolabilidade da correspondência e das comunicações, no que respeita àquelas interceptações (subitem 3.2.5.4., pág. 260).

E, no que tange à sua possibilidade perante o Código Brasileiro de Telecomunicações, frisa determinar o art. 56, § 2.º, que "somente os serviços fiscais das estações e postos oficiais poderão interceptar telecomunicação", elencando o art. 57 hipóteses que não constituem violação de telecomunicação, dentre as quais se insere, na letra "e", o conhecido dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste (*idem*, pág. 261).

Comenta, a propósito, que, na hipótese de necessidade de interceptação telefônica, antes mesmo de instaurada a ação penal, o pedido deverá ser endereçado ao juiz criminal, que poderá ordenar a diligência, em procedimento cautelar (pág. 262), rematando que, ao prescrever o dispositivo em análise que apenas os serviços fiscais das estações e postos oficiais possam proceder à interceptação, verifica-se não poder o juiz autorizar a polícia ou terceiros a proceder à operação técnica necessária à interceptação da conversa telefônica (pág. 263).

Não se extrai de sua monografia, até pelas sugestões formuladas (págs. 270 e segs.), a inteligência de ser lícita a interceptação telefônica fora da previsão legal, de modo a deixar imune a prova dela colhida.

Na seara específica do processo civil, viceja a controvérsia no tema, colocando-se em posição adversa à abrigada no v. aresto atacado *Frederico Marques* (*Manual de Direito Processual Civil*, 2.º vol. 1.ª parte, 6.ª ed., 1981, p. 182) e *João Carlos Pestana de Aguiar* (*Comentários ao Código de Processo Civil*, "RT", 2.ª ed., vol. IV, pp. 73 e segs.), como, aliás, consigna o v. acórdão impugnado, referindo-se o último autor à decisão unânime da 3.ª Câmara Cível do TJRJ, de 21-8-75, na Ap. Cível n.º 773, em que se condicionou a validade da prova em discussão a não ter sido obtida sub-reptícia-

mente, sem ciência dos que participaram da conversa telefônica (pp. 72/3 e 79).

11. É de crer-se, entretanto, devesse a matéria receber devido enfoque sob a perspectiva da salvaguarda do direito à intimidade, espécie dos direitos da personalidade (Consoante *Limongi França*, integra o chamado direito à integridade moral, ao lado do direito ao recato, ao segredo pessoal, doméstico, profissional, etc. — “Considerações Fundamentais dos Direitos da Personalidade”, in “Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro”, n.º 2, pp. 44 e segs.).

Os direitos da personalidade, sabe-se e já o acentuava o Prof. *Orlando Gomes*, de inspiração jusnaturalista, surgiram e desenvolveram-se ante a necessidade de proteger a pessoa humana contra práticas e abusos atentatórios de sua dignidade e a ameaças à dignidade pelo avassalador progresso técnico e científico (“Direitos da Personalidade”, in “*Rev. For.*”, 216/6). Dentre eles arrola o direito ao recato, contemplado no art. 80 do Código Civil português, constituindo, como reconhece *Allara*, uma categoria de conteúdo vago na qual se incluem o direito à imagem e o direito ao segredo epistolar, telegráfico e telefônico.

12. Argumenta o digno Relator com a ausência de sua previsão específica no ordenamento positivo e com o princípio da proporcionalidade, a exigir seu eventual sacrifício para obtenção de provas.

No entanto, ante seu caráter absoluto, indisponível, entre outros atributos, comportaria ser sacrificado sem determinação legal, de cunho maior, expressa? E a mera ausência de sua disciplina legislativa direta implicaria o olvido dessa categoria que, embora o não desmerecer consideração doutrinária, não se erigiria em barreira à efetivação de outros interesses?

Ao versar o tema, o Prof. *Antonio Chaves*, buscando o escólio de outro jurista, *Milton Fernandes*, aduz sintetizar, o direito à intimidade, a proteção da vida privada na investigação indiscreta e na divulgação: “Qualquer que seja a forma assumida pelo atentado é compreendida por esta classificação. A primeira encerra seja a mera busca de informações, seja a fixação destas através da fotografia, da gravação ou da escrita. A segunda abrange a comunicação, por qualquer processo, dos dados obtidos” (*Tratado de Direito Civil*, Parte Geral, tomo I, RT, 1982, p. 548).

E alude ao *leading case* do acórdão paradigma na mais Alta Corte (Re n.º 84.439 — “RTJ” 84/609).

13. Cumpriria indagar da viabilidade de sua invocação, em ordem a impedir a interceptação telefônica, à falta de chancela direta na legislação.

Ada Pellegrini Grinover fala da tendência para constitucionalização do direito à intimidade (*ob. cit.*, p. 80), e sustenta seu reconhecimento genérico perante a Constituição brasileira sob o manto da proteção dos direitos essenciais garantidos no art. 153, § 36, sem os quais, enfatiza, a pessoa deixaria até mesmo de ser tal.

E remata: "Entendemos, pois, que a tutela constitucional da intimidade, no nosso ordenamento, se faz genericamente (mesmo fora daquelas suas manifestações, representadas pela inviolabilidade de domicílio e pelo sigilo da correspondência e das comunicações) pelo art. 153, § 36, da Constituição".

Adriano de Cupis, reportando-se a autores alemães, faz ressaltar a grande importância do costume neste campo (*Os Direitos da Personalidade*, Livraria Moraes Editora, Lisboa, 1961, p. 147, nota 112).

Paulo José da Costa Junior, em obra mencionada no v. aresto hostilizado (*Tutela Penal da intimidade*, p. 94), declara que, se não se configura ainda, diante do direito positivo brasileiro, um direito à intimidade, concretiza-se ao menos um direito à conservação e ao respeito da vida privada.

Conquanto direito subjetivo privado, não se pode pôr à margem seu resguardo, na legislação, por via do preceito constitucional invocado.

E tanto é merecedor dessa tutela, que o projeto de Emenda constitucional recentemente enviado pelo Poder Executivo ao Congresso a consagra explicitamente, vindo a pêlo as seguintes palavras de um de seus autores, o Prof. Miguel Reale ("Emenda para uma política de consenso", in "*Jornal do Brasil*", Caderno Especial, de 22-4-84):

*"Em primeiro lugar, numa época em que se fala tanto em direitos humanos, a Carta vigente, a exemplo da de 1946, se limita a repetir o princípio básico da igualdade de todos perante a lei, a qual, convenhamos, é uma consequência de um valor primordial intangível, que é o valor da pessoa humana, cuja intimidade se acha cada vez mais ameaçada.*

*É em razão da proteção da privacidade que se altera outro dispositivo do capítulo relativo às declarações dos direitos, para se assegurar não apenas o sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas, para estendê-lo a todas as formas de comunicação. Na época da cibernética e dos processos eletrônicos, é preciso fixar, na Constituição, um princípio que levará o legislador ordinário a salvaguardar tanto os segredos individuais ou familiares, como os políticos ou de caráter empresarial de indébitas interferências."*

14. Por último, importa reportar-se aos termos do v. julgado da Corte Maior no RE 85.439-RJ, citado, ao voto do eminente Ministro *Xavier de Albuquerque* e ao parecer do nobre Procurador Dr. *Mauro Leite Soares*, onde conclui este ser flagrante a contrariedade ao § 9.º do art. 153 da Carta Magna em conjugação com os arts. 55 e seguintes da Lei n.º 4.117/1962 e 332 do Cód. de Proc. Civil da decisão que deu guarida à prova questionada. É de opinião que o recorrido, no caso ali submetido à apreciação, gravando, captando e se utilizando do conteúdo da comunicação telefônica da recorrente dirigida a terceiro incidiu na prática de meio ilegal para provar o que pretendia.

A diversidade de circunstâncias nas espécies em cotejo, apontada ao início (item 5), não conduz infirmar-se aquela conclusão para a hipótese vertente, tal qual assinalado no parecer anterior (fls. 176), pois, como consta no pronunciamento da Procuradoria-Geral da República, diverso seria o enfoque jurídico, a propiciar a validade da prova, no caso de comunicação telefônica entre pessoas diretamente envolvidas na causa, não na hipótese de ser captada por terceira pessoa.

Não foi o que aqui se deu.

15. Face ao exposto e fiando-se nos áureos suprimidos dos mais elevados Magistrados da Nação para o exato deslinde da causa, é o parecer do Ministério Público por que, conhecido, seja provido o recurso.

Rio de Janeiro, 29 de junho de 1984.

**LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES**  
Assistente

Aprovo.

**ANTONIO CARLOS SILVA BISCAIA**  
Procurador-Geral de Justiça