

Habeas Corpus nº 75.338 — RJ
(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Nelson Jobim

Paciente: Ademir Afonso Guimarães

Impetrante: José Mauro Couto de Assis

Coator: Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Habeas corpus. Prova. Licitude. Gravação de telefonema por interlocutor. É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminoso deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista.

Ordem indeferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 11 de março de 1998 — Celso de Mello, Presidente — Nelson Jobim, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Relator):

1. Os Fatos

Manlio Corrêa, Tabelião Substituto de Ofício de Notas da cidade do Rio de Janeiro, respondia processo disciplinar junto à Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (fl. 96).

Em março de 1994, o Paciente, Juiz de Direito, fez ligações telefônicas ao Tabelião onde teria solicitado “a importância de U\$ 100.000,00 (cem mil dólares americanos) a pretexto de... influir junto ao então Corregedor-Geral da Justiça, para supostamente ‘solucionar’ a situação do notário...” (Denúncia, fl. 33).

O Tabelião, “sentindo-se vítima de extorsão”⁽¹⁾, gravou os telefonemas e acabou entregando as fitas ao Desembargador Dilson Gomes Navarro Dias (fl. 66).

Esse Desembargador e o também Desembargador Raul Quental ouviram as fitas. Ambos, afirma o primeiro, “não tiveram dúvidas da extorsão, pois o Juiz Ademir deixava claro que a Corregedoria só daria uma solução favorável mediante o pagamento de cem mil dólares...” (fl. 65).

A fita foi entregue ao Corregedor-Geral de Justiça — Des. José Domingos Toledo Sartori — que procedeu sua transcrição. Este, por sua vez, encaminhou o material ao Presidente do Tribunal.

2. A Sindicância

Em 15 de abril de 1994, o Presidente do Tribunal determinou a instauração de sindicância (fl. 40).

No depoimento que prestou na sindicância, o Paciente disse “... que é difícil afirmar que a voz que aparece na gravação, isto é, em todas as gravações, seja sua; que, porém, pode afirmar que no que diz respeito a determinados diálogos, mencionando importâncias em dinheiro e outras falas que nada têm a ver com o declarante, são inverídicas e falsas ...” (fl. 113).

Concluiu que “certamente a fita foi montada, sobretudo na parte do diálogo que menciona a facilitação do processo relativo à solicitação do dinheiro...” (fl. 113).

3. O Procedimento Administrativo do art. 27 da LOMAN

Em 13 de junho de 1994, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça decidiu dar início ao “procedimento para a decretação da perda do cargo” do art. 27 da LOMAN — Lei Complementar nº 35/79 (150/165).

Nessa decisão, o Órgão Especial considerou “Sem razão... alegação da defesa, da imprestabilidade da fita magnética como meio de prova.” (fl. 164).

4. O Mandado de Segurança

Em 7 de dezembro de 1994, o Paciente impetrou Mandado de Segurança contra a decisão do Órgão Especial “... para que a fita e sua respectiva transcrição datilografada... sejam desentranhadas dos autos, em definitivo, e incineradas...” (fl. 221).

Em 7 de agosto de 1995, a segurança foi negada (fls. 223/227).

5. A Aposentadoria e a extinção do processo administrativo

Em 3 de abril de 1995, o Paciente, a pedido, aposentou-se (fl. 372).

O Órgão Especial do Tribunal, em 11 de abril de 1995, extinguiu o processo administrativo, por perda de objeto (fls. 211/212).

Na mesma decisão, "... considerando ... as gravíssimas imputações feitas ao juiz investigado ... [conclui pela] ... extração de cópias de todo o processado, para remessa à ... Procuradoria de Justiça para as providências cabíveis ..." (fl. 212).

6. A Denúncia e o seu recebimento

Em 10 de setembro de 1996, o Procurador-Geral de Justiça — Dr. *Hamilton Carvalho* — denunciou o Paciente pela prática do crime de "exploração de prestígio" — art. 357, do CP (fls. 32/37).

Em 24 de março de 1997, o Órgão Especial recebeu a denúncia (fls. 341/343).

7. O Habeas Corpus

Lê-se do *Habeas*:

(a) que o Paciente, "... [em] fevereiro de 1994 ... procurou, por telefone o Tabelião *Manlio Corrêa*, dando-lhe conhecimento que pretendia vender imóveis ... consultando-lhe sobre valores de venda. O Paciente calculava ... [que a venda] ... alcançaria montante pouca coisa a mais que U\$ 100.000 (cem mil dólares americanos) ... tendo *Manlio Corrêa* achado a avaliação ... alta demais. A conversa girou em torno de cifras." (fl. 4);

(b) que, "Na mesma oportunidade, o Tabelião indagou do paciente se tinha idéia do *quantum* seria cobrado por advogado... para a defesa de seu filho... das imputações ... em sede criminal e administrativa ... Outra parte do colóquio girou em torno de cifras." (fl. 5);

(c) que, "Em meados de 1994, o Tabelião ... voltou a ligar ... ratificando ... [conversa anterior] ... quanto à perseguição que sofria por parte dos Juizes Auxiliares da Corregedoria e ... do próprio Corregedor-Geral, que se negavam ... recebê-lo, solicitando ajuda ... O paciente ... repetiu que não dispunha da força ... para resolver o problema ..." (fl. 5);

(d) que, "De modo estapafúrdio, dias depois, o Tabelião continuou insistindo ... Todavia ... o Paciente ... achou humano a abordagem ilógica de assuntos antigos, ora versando sobre quantia provável a ser cobrada por advogados, a título de honorários ...; ora sobre o montante da venda de imóveis do paciente ...

A partir daquele instante, o Paciente passou a evitar qualquer contato com o Tabelião. ..." (fl. 5).

Alega que "a denúncia [é] estribada, única e exclusivamente, em gravações de diálogos em fita magnética, procedidas por um interlocutor sem o conhecimento do outro: obtidas clandestinamente, meio ilícito por excelência, ..." (fl. 12).

Cita doutrina e jurisprudência.

Requer:

(a) "a desconstituição da ... decisão do ... Órgão Especial ... que recebeu a denúncia ..." (fl. 29);

(b) "...o desentranhamento das peças de gravação da fita, ..., declarando-a inepta ..." (fl. 29);

(c) o trancamento "... da ação penal por falta de justa causa, ou, quando muito, alternativa e subsidiariamente, facultando à ... Procuradoria ..., através de peça vestibular ... informada por meios legais de prova, renovar a persecução penal ..." (fls. 30/31).

Neguei, por duas vezes, a liminar (fls. 364 e 375).

O Ministério Público, com parecer exaustivo do Dr. *Mardem Costa Pinto*, é pelo conhecimento e denegação da ordem (fls. 342/349).

É o relatório.

⁽¹⁾ Fl. 65, depoimento do Desembargador Dilson Gomes Navarro Dias.

VOTO

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Relator): O Impetrante sustenta a ilicitude da prova.

Trata-se de gravação telefônica realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

1. A decisão que determinou a instauração do processo administrativo

O Paciente, quando da apreciação da sindicância pelo Órgão Especial, "... assentou a sua defesa prévia em quatro pontos ..." (fl. 161):

(a) "... que o fato que lhe [era] imputado não ocorreu, até porque não [dispunha] de poder de decisão, nem de influência na Corregedoria";

(b) "... que não teria havido a infração ... porque os fatos teriam ocorrido ... [em data em que] o relatório final do inquérito já estava feito ...";

(c) "... que a fita magnética em que foram registrados os diálogos seria falsa ..."; e, por último,

(d) que a fita era imprestável "... como meio de prova, por ter sido obtida sem autorização judicial ..." (fl. 162).

O Órgão Especial examinou todas as alegações.

Quanto à imprestabilidade da prova, após examinar jurisprudência e doutrina, conclui:

“... No caso, se tivéssemos que estabelecer um cotejo entre a preservação do sigilo de uma conversa telefônica e a moralidade e o prestígio do Judiciário, indubitavelmente estes últimos teriam que prevalecer e qualquer objeção ao valor da fita, como meio de prova, forçosamente, seria desconsiderada, porque, acima de tudo, está o interesse da Justiça em apurar a veracidade da imputação extremamente grave feita a um magistrado.” (fl. 164)

2. *Decisão no Mandado de Segurança*

A matéria foi debatida no Mandado de Segurança impetrado contra a instauração do procedimento administrativo.

O acórdão está assim emendado:

“... Pretensão de obter que gravação magnética, cuja autenticidade está sendo negada pelo impetrante, seja desentranhada dos autos de procedimento administrativo.

Invocação equivocada de dispositivos constitucionais atinentes à prova magnética de comunicações telefônicas autênticas, inaplicáveis aos casos em que se alega contrafação.

Ausência de prova de prática ilícita na obtenção do material apresentado.

A lei proíbe e pune a interceptação telefônica, ou seja, quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiros, ou conversação telefônica entre outras pessoas.

Já o participante de uma conversa telefônica pode usar aquilo que ouviu do outro, salvo se a revelação causar danos a terceiros.

O conteúdo de conversa telefônica, quando gravado, merece o mesmo tratamento dispensado aos outros meios probatórios.

...

O conceito de privacidade, no sentido constitucional, não acoberta, em caso algum, ato executório de crime. ...” (fl. 223).

Na inicial da Segurança, observa o acórdão, o ora Paciente afirma que “desde o início da sindicância questionou a autenticidade da aludida gravação, tanto em seu depoimento como em sua defesa escrita, argüindo a sua falsidade” (fl. 224).

O acórdão extrata um vício lógico na fundamentação do pedido.

Diz o acórdão:

“... Ora, se a gravação impugnada não é autêntica, mas objeto de miserável contrafação ... a hipótese nada tem a ver com violação da privacidade do Autor ou intangibilidade de suas comunicações telefônicas. Trata-se de prova materialmente falsa, que obrigatoriamente há de permanecer nos autos, para que se apure a gravíssima fraude instrutória aventada, responsabilizando-se os respectivos autores.

...

Há clara e radical contradição entre o fundamento fático do pedido (juntada aos autos de prova magnética (inautêntica) e seu fundamento jurídico (proibição de interceptarem-se comunicações telefônicas, pois se a prova é inautêntica é porque não houve interceptação de qualquer telefonema do Autor. ...)” (fls. 225/226).

Aliás, no presente *habeas*, o Paciente alude a essa tese sem explicitá-la.

Fez juntar, inclusive, “Parecer Técnico” que conclui “que a fita ... não oferece credibilidade, uma vez que não se pode determinar se os diálogos nela contidos estão isentos de artifícios, com a adição, ou supressão de diálogos” (fl. 362).

Mas, continuo no acórdão.

Este identifica, ainda, “dois óbices propriamente jurídicos” ao acolhimento do pedido:

(a) “... não é proibida a produção de prova magnética de conversa telefônica, quando quem a apresenta é um dos interlocutores”. Cita jurisprudência (TRF da 1ª Região, Ap. Criminal nº 92.01.20124-9 — fl. 226);

(b) “... que o conceito de privacidade ... em nenhuma hipótese daria amparo ao pleito ... É que ato executório de crime, perseguível através de ação penal pública, em caso algum está coberto pela proteção à privacidade” (fl. 227).

3. A questão jurídica

A questão, no caso concreto, é a seguinte:

É ilícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último?

A petição do *habeas* elenca jurisprudência para afirmar a ilicitude dessa prova:

(a) HC nº 63.834 de 1986, relator **Célio Borja** (fl. 14).

Verifiquei esse precedente.

É inaplicável a hipótese.

Tratava-se de interceptação, por terceiro, realizada clandestinamente (ver Voto **Rezek**. RTJ, 122/60).

(b) HC nº 69.912/RS, de 1993, relator para o acórdão, **Velloso**.

É o HC onde o Pleno, por maioria, decidiu sobre a ilicitude da interceptação telefônica antes do advento da lei regulamentadora.

No entanto, a hipótese era de interceptação telefônica feita pela Polícia, com autorização judicial, antes da Lei nº 9.296/96.

Não é o caso.

(c) Ação Penal nº 307, de 1994, Relator, **Galvão**.

Réu: *Fernando Affonso Collor de Mello* e outros.

Efetivamente, nesse caso, o acórdão tem ementa no sentido pretendido pelo Impetrante.

Afirma a ementa a "inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica ... por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro ..." (RTJ, 162/4, nº 1.1).

O *habeas* transcreve o Ministro **Galvão**, que fez uma resenha doutrinária e jurisprudencial na área cível e afirmou que "... precedentes [mencionados] ... projetaram-se no campo penal, quando a Corte, no julgamento do RHC nº 63.834 ... reafirmou a ilicitude da prova consistente em gravação magnética obtida clandestinamente ..." (fl. 36).

No entanto, o precedente criminal referido dizia respeito a gravação decorrente de interceptação realizada por terceiro.

Aliás, Velloso divergiu e reportou-se a seu voto no caso "Magri".

Fez Velloso a "distinção entre uma gravação efetuada por terceiro, que intercepta uma conversa de duas outras pessoas, da gravação que se faz para documentar uma conversa entre duas pessoas". E concluiu que "pode haver, em tal caso, violação de preceitos éticos. ... Mas a questão fica no campo ético. Não há proibição legal" (RTJ 162/244-5).

Está, assim, posto o *habeas*.

Retorno à questão proposta:

É ilícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem ciência do outro, quando há investida criminoso deste último?

O Ministério Público responde negativamente a questão formulada.

Diz o Dr. *Mardem da Costa Pinto*:

"A vítima da extorsão teria gravado a conversa entabulada com o paciente. Nesta hipótese, que não se confunde com a interceptação de conversa telefônica, estando mais ligada à garantia constitucional da inviolabilidade da intimidade, a prova é lícita, ainda que não tenha havido autorização judicial, vez que a vítima agiu em estado de legítima defesa, defendendo-se da investida criminoso do paciente, havendo portanto justa causa para a gravação unilateral ..." (fl. 384).

Cita VICENTE GRECO FILHO:

"... a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro ... não é interceptação nem está disciplinada pela lei comentada e, também inexistente tipo penal que a incrimine. Isto porque, do mesmo modo que no sigilo de correspondência ... o sigilo existe em face dos terceiros e não entre eles, os quais estão liberados se houver justa causa para a divulgação. ...

... ambas as situações [refere-se à gravação unilateral e à realizada por terceiro com o consentimento] são irregulamentáveis por que fora do âmbito do inciso XII do art. 5º da Constituição e sua licitude, bem como a da prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ..., com o estado de necessidade e a defesa de direito ..." (fl. 385).

A Primeira Turma também respondeu pela negativa.

Tratava-se de extorsão praticada por fiscal de renda.

Leio a ementa:

“*Habeas corpus*. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade.

— Afastada a ilicitude de tal conduta— a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro **que está praticando crime** — é ela, por via de conseqüência, lícita e, também conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna) ... (HC 74.678, Rel. Moreira Alves).

Moreira, no voto, após fazer excursões no direito alemão, cita HELENO FRAGOSO, que tem como excluída “... a antijuridicidade da ação, se [houver] legítima defesa ou outra causa de exclusão da ilicitude. Seria o caso [diz HELENO] de quem gravasse sub-repticiamente a exigência de quem pratica extorsão (*Lições*, Parte Especial, p. 255)”.

Relembro as linhas do caso:

(a) o Tabelião estava sendo investigado para apuração de eventuais irregularidades funcionais;

(b) há contatos telefônicos do Paciente com o Tabelião;

(c) aparece uma fita com uma gravação;

(d) o Paciente afirma, na sindicância, que “certamente a fita foi montada, sobretudo na parte do diálogo que menciona a facilitação do processo relativo à solicitação do dinheiro ...” (fl. 113);

(e) instaurado o processo administrativo, a Justiça carioca nega Mandado de Segurança porque: (e’) ou a fita é falsa e “há de permanecer nos autos, para que se apure ... a fraude”; (e’’) ou a fita é verdadeira e não é ilícita, por não se constituir em interceptação;

(f) o processo administrativo foi arquivado porque o Paciente se aposentou.

O caso não se ajusta aos precedentes em que houve deferimento dos *Habeas*.

Não houve interceptação no sentido técnico.

Um dos interlocutores gravou a conversa.

Se perícia demonstrar, na instrução criminal, a falsidade da fita, pelo fato responderão os seus autores.

Se tal não ocorrer e a fita for autêntica, não há que se falar em prova ilícita.

Teria havido — autêntica a fita — justa causa.

Não teria havido violação do direito à privacidade do inciso X do art. 5º.

É de se ter presente que *"el concepto de privacy, elaborado en el Derecho Americano, comprende el derecho 'a la libertad personal o a permancer apartado de la Sociedad o de la observación de los demás, pero, asimismo, al aislamiento, al reconocimiento de una esfera íntima y propia, 'a la intimidad del hogar, a la reserva de los diferentes ámbitos de existencia frente a la Sociedad en torno'"* (ERNEST BENDA, citando R. KAMLAH, *Right of Privacy*, in *"Dignidad humana y Derechos de la personalidad"*, *Manual de Derecho Constitucional*, pág. 130, Marcial Pons, Madrid, 1996).

É o *"right to be let alone."*

É o direito de *"disponer de una esfera de intimidad no perturbada por nadie"* (BENDA, *o b. cit.*, pág. 129).

Isto é verdade.

No entanto, também *"es digno de protección el interés del Estado en cumplir los cometidos que le encomienda da Constitución"* (BENDA, *idem*, pág. 130).

A Constituição não trata a privacidade como direito absoluto (art. 5º, X, XI e XII).

Há momentos em que o direito à privacidade se conflita com outros direitos, quer de terceiros, quer do Estado.

Digo, com JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA que *"as normas jurídicas ... constitucionais ... se articulam num sistema, cujo equilíbrio impõe em que certa medida se tolere detrimento aos direitos por ela conferidos. Os interesses e valores que as inspiram não raro entram em conflito uns com os outros, de tal sorte que se torna impraticável dispensar a todos, ao mesmo tempo, proteção irrestrita. ... eles se limitam reciprocamente ..."* (*"A Constituição e as Provas Ilicitamente Adquiridas"*, *Rev. Fundação Escola Superior do MPDFT*, Brasília, jul./dez. 1995).

Deve-se buscar o critério para a limitação.

O problema está em identificar por onde corre a linha *"... entre lo auténticamente privado ..."* e os demais interesses protegíveis (BENDA, *ibidem*, pág. 128).

O princípio da proporcionalidade é o instrumento de controle.

Deve-se ter em conta a proporcionalidade em concreto (GEORGES XYNOPOULOS, *Le Contrôle de Proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, pág. 175, LGDJ, Paris, 1995).

Leio a 1ª Turma, no voto de Pertence:

“... o ter sido a gravação autorizada por um dos interlocutores, vítima de uma corrupção passiva ou concussão já consumada, parece-me bastante ... para reconhecer a exclusão da ilicitude, se existente, da documentação do diálogo...”

É inconsistente e fere o senso comum — fonte última da proporcionalidade — falar-se em violação do direito à privacidade quando a própria vítima grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista.

A denúncia é pelo crime de “exploração de prestígio” (art. 357).

O dispositivo penal protege “a administração da justiça” (DAMÁSIO, *CP*, pág. 947).

A “solicitação” do art. 357 foi feita ao Tabelião, que a teria gravado.

O “ofendido é o Estado, atingido em sua atividade ... de realização da justiça. E secundariamente é a pessoa iludida ... pois é fraudada e atingida em seu patrimônio” (MAGALHÃES NORONHA, *Dir. Penal*, vol. 4, pág. 423, nº 1540).

Se autêntica a fita, que conclua o foro criminal pela forma que se convencer.

Deve ela permanecer nos autos.

Prossiga o processo-crime.

Denego a ordem.

PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, ressaltou o Senhor Ministro Maurício Corrêa, e creio, com absoluta fidelidade, que o tema versado na inicial desta impetração ainda está pendente de julgamento pelo Pleno da Corte. S. Exa. certamente teve presente o “caso Magri”, a ação penal movida contra o ex-Ministro do Trabalho, Rogério Magri, que teve denúncia recebida pelo Plenário. Somei meu voto aos daqueles que se pronunciaram favoravelmente ao recebimento da denúncia em face da existência de outros elementos além da fita gravada de forma ardilosa.

Acontece que essa ação penal retornou, já com o parecer da Procuradoria-Geral da República, e o processo respectivo obteve visto do próprio Re-

lador, Ministro **Carlos Velloso**, declarando-se, portanto, habilitado a votar. Funciono como revisor. Lancei o visto, pedindo dia para o julgamento. O processo está em pauta e deve merecer apreciação pelo Pleno no espaço de tempo mais curto possível.

Defrontamo-nos, agora, na Turma, com um caso concreto em que o único elemento considerado para o recebimento da denúncia ofertada pelo Estado-acusador foi uma fita magnética que, em tese — pelo menos essa é a articulação do Ministério Público —, reproduz conversa telefônica sem o conhecimento de um dos interlocutores. No “caso *Magri*”, sequer houve a interceptação telefônica porque a conversa teria sido gravada em viva voz dentro de um gabinete.

Diante desse quadro — porque o único móvel para o recebimento da denúncia pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi justamente a gravação, a interceptação, muito embora partindo de um dos interlocutores, sem o conhecimento, evidentemente, do outro — proponho a remessa da apreciação deste *habeas corpus* ao Pleno.

VOTO

(S/PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO)

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Relator): Sr. Presidente, concordo com a proposta do Sr. Ministro Marco Aurélio, mas sem a concessão da liminar.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Min. Marco Aurélio: Senhor Presidente, apenas uma justificativa quanto à extensão e à liminar. Aventurei a possibilidade de chegar-se à concessão da liminar, tendo presente que se aguardaria o julgamento da ação penal. A partir do momento em que o *habeas corpus*, que realmente tem preferência na apreciação, é deslocado para o Plenário, há de preservar-se o quadro delineado por S. Exa., o Ministro Relator, no que indeferiu, por duas vezes, a liminar.

VOTO

(S/PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO)

O Sr. Min. Maurício Corrêa: Senhor Presidente, estou de acordo em afetar ao Pleno e já havia, de certo modo, suscitado a inexistência de precedente no Plenário, agora, com mais razão, levando em conta as observações feitas pelo nobre Ministro Marco Aurélio, desde que não haja a concessão da liminar.

EXTRATO DA ATA

HC 75.338 — RJ — Rel.: Min. Nelson Jobim. Pacte.: *Ademir Afonso Guimarães*. Impte.: *José Mauro Couto de Assis*. Coator: *Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*.

Decisão: Por unanimidade, a Turma deliberou afetar o julgamento do *habeas corpus* ao Plenário. Falaram, pelo paciente, o Dr. *José Mauro Costa de Assis*, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. *Edinaldo de Holanda Borges*.

Presidência do Senhor Ministro **Néri da Silveira**. Presentes à Sessão os Senhores Ministros **Carlos Velloso**, **Marco Aurélio**, **Maurício Corrêa** e **Nelson Jobim**. Subprocurador-Geral da República, Dr. *Edinaldo de Holanda Borges*.

Brasília, 17 de fevereiro de 1998 — Carlos Alberto Cantanhede, Secretário.

VOTO

O Sr. Ministro **Maurício Corrêa**: Sr. Presidente, não se trata, no caso, daquela hipótese prevista no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, objeto de regulamentação por parte da Lei nº 9.296, de 24.7.96, e, assim, de gravação realizada entre interlocutores. Resta saber se seria ilícita essa prova, a teor do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal:

“Art. 5º — (...)

LVI — são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

Argumenta-se que o inciso X, desse mesmo artigo, teria sido violado na medida em que assegura a privacidade do cidadão, tendo o preceito a seguinte redação, *verbis*:

“Art. 5º (...)

X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Não vejo como fugir de uma realidade que se consubstancia na proposta de um crime veiculado através dessa gravação telefônica e, tampouco, como se possa afastar a compreensão de que aí, na verdade, a prova se constitui em lícita, porque o interlocutor a quem é dirigida a proposta criminosa tem o direito de se defender. Fosse essa gravação realizada por terceiro, parece-

me que seria o caso de reconhecer a ilicitude da prova, com base no permissivo constitucional que não admite a apresentação desse tipo de prova em juízo, aí sim poderia incidir-se em ofensa ao art. 5º, inciso X, da Carta Política Federal. No caso, fico a meditar: se, porventura, alguém que esteja de um lado do telefone diz ao seu interlocutor que o seu filho está seqüestrado e exige uma determinada importância, será que a pessoa, ao receber esse telefonema, não tem o direito de se valer dessa gravação para se defender, quando, por exemplo, pode estar em risco o seu filho? Creio que sim; essa prova pode ser utilizada. A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, assegura, em primeiro lugar, o direito à própria vida.

No caso específico, dá-se que o juiz teria feito uma proposta criminosa ao interlocutor, que respondia a processo administrativo perante a Corregedoria de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A meu ver, esse interlocutor, o tabelião, poderia perfeitamente fazer tal gravação, pois havia mais do que interesse de provar que existia uma proposta a ferir o ordenamento penal, a instruir a defesa de seu próprio direito.

Confesso que tenho dúvidas com relação à cópia que teria sido apresentada nos autos, e não a original, mas essa é uma questão eminentemente factual e depende, na verdade, de comprovação na instrução criminal. Como a ação está em andamento, não vejo como se possa trancá-la em virtude desse eventual vício, pelo menos nesta constricta sede de *habeas corpus*.

Observo ademais, tal como o eminente Relator, que, percorrendo toda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em nenhum momento encontrei precedentes que se aplicassem especificamente ao caso dos autos, salvo o *Habeas Corpus* nº 76.678, relatado pelo Ministro **Moreira Alves**, na Sessão de 10.6.97, já à saciedade explorado no voto do eminente Ministro Relator.

Nada tenho a acrescentar ante a exaustão do tema efetivado pelo voto do eminente Ministro **Nelson Jobim**.

Com essas breves considerações, o meu voto indefere, também, o *habeas corpus*, acompanhando, em todos os termos, o voto proferido pelo eminente Ministro Relator **Nelson Jobim**.

VOTO

O Sr. Ministro **Ilmar Galvão**: Senhor Presidente, gostaria de me penitenciar perante o eminente Advogado do impetrante, em relação à ementa que foi do processo do julgamento na Ação Penal nº 307, pois o ponto lido por S. Exa. Não reflete, na verdade, como mostrou o eminente Ministro **Nelson Jobim**, com fidelidade, o que foi decidido, porquanto o que foi invalidado e declarado prova ilícita pelo Supremo Tribunal Federal naquela ocasião foi exatamente a apreensão e a degravação do que se continha num disco de computador que foi apreendido sem as formalidades legais.

A Primeira Turma já se deparou com situação análoga, também de seqüestro, tal como o exemplo mencionado, onde houve a gravação, por um dos interlocutores, da conversa mantida entre o seqüestrador e uma pessoa da família da vítima, havendo sido declarada a legitimidade dessa gravação e a sua validade como prova contra o seqüestrador.

Acompanho o eminente Ministro Nelson Jobim, pois não me oponho, nem nunca me opus, à tese por ele defendida, porquanto considero perfeitamente legítima a prova assim obtida.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, no caso, temos impeção dirigida contra recebimento de denúncia que se baseou estritamente em uma fita magnética alusiva a uma conversa telefônica de um dos interlocutores — gravada em secretária eletrônica — justamente o notário, o tabelião envolvido na espécie.

A denúncia, Senhor Presidente, foi ofertada por um dos mais proficientes membros do Ministério Público do Rio de Janeiro, o Professor *Hamilton Carvalhido*, hoje Procurador-Geral de Justiça no Rio de Janeiro, e mostrou-se, não tenho a menor dúvida, uma peça essencialmente técnica. Indaga-se: quais foram os fatos narrados nessa denúncia? Os fatos possibilitam a conclusão sobre envolvimento do tipo seqüestro, do tipo extorsão, do tipo corrupção, quando se poderia cogitar de outra pessoa envolvida até mesmo como agente ou se poderia cogitar de uma vítima? Não, Senhor Presidente. Não sei se na denúncia menciona-se o artigo 332, que cogita da “exploração de prestígio” de uma forma geral, ou o artigo 357, que versa sobre a “exploração de prestígio” quanto a juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha. A referência, agora vejo, fez-se relativamente ao artigo 357. De qualquer forma, Senhor Presidente, ainda que fosse ao artigo 332, não poderíamos colocar jamais o Senhor *Manlio* quer como agente, porque seria ele o beneficiário, em si, da exploração de prestígio, quer como vítima, já que, pelo artigo 357 do Código Penal, tem-se como sujeito passivo o Estado, apenas o Estado. Por isso afastado, por completo, a possibilidade de evocar-se o precedente da Primeira Turma, da lavra do Ministro *Moreira Alves*. Creio que no precedente havia, sim, vítima diversa; uma vítima, pessoa natural, do crime de extorsão. Aí, tinha ela interesse, agasalhado pela ordem jurídica, na gravação. A hipótese é diametralmente oposta, é diversa daquela que serviu de base ao julgamento perante a Primeira Turma, e não devemos, sob pena de não chegarmos a um desfecho seguro, confundir os fatos; não vamos introduzir na denúncia, recebida pelo Tribunal de Justiça, narração que nela não se contém, possibi-

litando, portanto, a aplicação, quando do julgamento da ação penal, de preceito diverso do retratado no artigo 357 do Código Penal.

Senhor Presidente, faço essa introdução em meu voto para afastar, de forma peremptória, a assertiva segundo a qual estamos aqui, neste momento, a julgar a partir de pronunciamento prévio da Corte, muito embora dividida em Turmas, de um pronunciamento da Primeira Turma.

Com a Carta de 1988 exsurge, quanto às comunicações telefônicas, uma regra categórica que não contempla, em si, a possibilidade de distinguir-se entre interceptação por terceiro e gravação por um dos interlocutores.

Eis o inciso XII do artigo 5º:

XII — é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.
(...)

Então, a regra peremptória, categórica e linear é única: não pode haver a violação das comunicações telefônicas, ou seja, telefonemas são dados tendo-se a conversa desenvolvida como restrita àqueles que a entabularem, não podendo extravasar esse âmbito, e aí vem a exceção; e todo preceito que encerra exceção somente pode ser interpretado de maneira estrita. Não cabe ao intérprete incluir no dispositivo hipótese não contemplada. A exceção, no último caso — justamente o das comunicações telefônicas — corre à conta da espécie em que se tem uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabeleça para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

— Ora, o Senhor *Manlio* — um dos interlocutores, uma das pessoas envolvidas na conversação telefônica — procedeu à gravação a partir de uma autorização judicial nos termos e na forma previstos em lei para fins de investigação criminal ou instrução processual penal? Ele estava, àquela altura, atuando como um agente policial, autorizado por juiz, por órgão investido do ofício judicante, para obter elementos probatórios configuradores do tipo do artigo 357 do Código Penal, em que o sujeito passivo é o Estado? A resposta, desenganadamente, é negativa, Senhor Presidente. Por outro lado, ele não veio a divulgar essa fita da conversa telefônica para defender-se; essa fita está sendo utilizada para persecução criminal contra o Paciente, e apenas contra o Paciente, sem envolvimento, portanto, quer como agente, quer como vítima do Senhor *Manlio*.

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Relator): O art. 357 do Código Penal tipifica o delito como “solicitar” ou “receber”. V. Exa. pretende que, solicitado o valor em dinheiro de alguém, esse alguém não poderia denunciar afirman-

do ter havido a solicitação? Dá ciência pública da solicitação feita por telefone e acusa.

O Sr. Ministro **Marco Aurélio**: A *notitia criminis*, sim, Excelência. Qualquer cidadão que tenha notícia de um procedimento glosado penalmente deve dirigir-se à autoridade competente e denunciar esse procedimento, sendo que a Lei de Tortura chega ao ponto de punir a omissão.

O Sr. Ministro **Nelson Jobim** (Relator): Afirma que foi solicitado a ele próprio 100 mil dólares. Foi o que fez junto aos desembargadores. E completa: a prova dessa solicitação é a gravação telefônica. Se lhe é feita a solicitação por telefone e não pode juntar prova da gravação telefônica, seria caso de denúncia caluniosa? Não vejo sentido no raciocínio.

O Sr. Ministro **Marco Aurélio**: Não, Excelência. O Senhor *Manlio* por enquanto não está se defendendo, e, aí, quando isso ocorrer estudarei, então, a possibilidade de utilizar-se, até mesmo, essa fita; ele não está nesse processo, que se quer fulminado mediante este *habeas corpus*, defendendo-se; não está atuando como queixoso, considerado o crime de calúnia.

Então, é de real importância considerarmos o tipo envolvido na espécie — revelador da exploração de prestígio. E o particular não é sujeito passivo desse crime. O sujeito passivo do crime é o Estado. Portanto, não podemos cogitar de interesse de particular, pelo menos interesse direto, no desfecho desta ação penal. Impossível é confundir com esse interesse aquele de todo e qualquer cidadão na lisura dos procedimentos.

Senhor Presidente, estamos a julgar para definir se essa fita poderia, ou não, respaldar a ação penal: se poderia, ou não, respaldar o recebimento da denúncia. Estamos aqui convocados para dizer se fita de conversa telefônica, muito embora obtida por um dos interlocutores, enquadra-se, ou não, no inciso LVI do rol das garantias constitucionais. Concluo que se enquadra; concluo que é uma prova ilícita e que, portanto, principalmente considerados os parâmetros objetivos e subjetivos da ação penal, a qual se visa a trancar com o *habeas*, esse meio de prova não poderia ser utilizado.

Ao votar no Inquérito 657, envolvendo o ex-Ministro do Trabalho *Rogério Magri* — apesar de concluir posteriormente pelo recebimento da denúncia, porque havia outros elementos indicativos de que o Senhor *Rogério Magri* estaria, de certo modo, envolvido no episódio, e isso para, tão-somente, o recebimento da denúncia —, solicitei vista dos autos, isso após sinalizar quanto à impropriedade de esta Corte vir a receber denúncia com base apenas em uma fita gravada clandestinamente, a qual tinha sido apresentada por um dos interlocutores:

“(…) Se é certo que o Código de Processo Civil revela que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda

que não especificados em dispositivo nele contido, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se fundam a ação e a defesa (artigo 332), sendo que qualquer reprodução mecânica — como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie — faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquela contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade — artigo 383 — normas aplicáveis subsidiariamente ao processo penal (Código de Processo Penal, artigo 3º), não menos correto é que os aludidos preceitos não se sobrepõem à Carta da República, no que consigna, como garantias constitucionais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, bem como a inadmissão, em qualquer processo, de provas obtidas por meios ilícitos — incisos X e XVI do artigo 5º. Ora, tratando-se de gravação obtida de forma ardilosa e incorreta, mediante a prática condenável de escamotear um gravador visando a obter a armazenagem de informações, forçoso é concluir que se está diante de prova indiciária alcançada por meio ilícito, ao arrepio não só dos padrões éticos e morais, como também da própria Carta, no que preserva a intimidade da pessoa — e ninguém procura saber se aquele que o visita porta ou não um gravador para documentar a conversa. Não vejo, Sr. Presidente, diferença substancial entre a gravação feita por terceiro, até mesmo provocada por um dos interlocutores, mediante interceptação, e aquela decorrente da gravação procedida à sorrelfa por um destes últimos. O meio utilizado não merece o endosso desta Suprema Corte, ainda que se tenha em mira a persecução criminal, tendo em conta ato de servidor público ou agente do poder. O interesse público não se sobrepõe aos aspectos éticos e morais, mas com estes deve estar em perfeita comunhão, isto sem que se considere a intimidade protegida constitucionalmente. Não é crível que se confira a uma gravação obtida clandestinamente eficácia suficiente a respaldar o recebimento de uma denúncia para, após, no julgamento da ação penal, declarar-se que se trata de prova conseguida por meio ilícito. O princípio lógico da não-contradição estará ferido de morte — se assim não for. (Inquérito 657-2/DF, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, perante o Pleno, com aresto veiculado no *Diário da Justiça* de 19 de novembro de 1993)”

Senhor Presidente, ouvi do nobre Ministro Relator — e talvez S. Exa. tenha deixado isso no ar sem afirmar peremptoriamente, peço que S. Exa. me corrija se estiver errado — que, no caso, haveria por trás até mesmo o

interesse do Paciente em prosseguir com a ação penal para detectar-se se a fita é fiel ou não à conversa mantida.

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Relator): Ele nega a legalidade da fita, ou seja, que a fita é falsa, montada *etc.*

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, ele nega, mas V. Exa. aventou essa possibilidade, ou seja, a do interesse nesse deslinde. Talvez a notícia seja do acórdão, então, que recebeu a denúncia.

De qualquer forma, voltando ao inciso XII do artigo 5º, afirmo que a quebra linear do sigilo da conversa telefônica não está compreendida na exceção desse preceito. E no caso, não foi autorizada essa quebra por autoridade do Judiciário, muito menos na forma da lei — porque aí não se teria uma fita montada, e já se disse que a fita foi montada porque retiraram daquela que seria a original vários trechos ou vários telefonemas —; não se tem a conformidade com a lei, se é que se pode colocar em plano secundário a necessidade da autorização via ordem judiciária; não se visou, de imediato, à investigação ou à instrução processual penal, muito menos sendo a vítima um cidadão; muito menos tendo em vista a possibilidade de um terceiro vir a ser envolvido na própria ação penal, respaldada com a fita obtida de forma ilícita.

Por isso, peço vênha ao nobre Ministro Relator para conceber a ordem e trancar a ação penal.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Sr. Presidente, a Constituição da República estabelece no inciso XII do art. 5º:

“Art. 5º

XII — é inviolável o sigilo da correspondência 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;”

A Constituição, no ponto, está a proibir a interceptação das comunicações telefônicas. É dizer: terceiro intercepta conversa, pelo telefone, de duas outras pessoas. Como não há direitos absolutos, esse direito cede ao interesse da justiça, ao interesse social e ao interesse público. Portanto, essa proibição sofre exceção. A lei estabelecerá os casos em que isso será possível.

No caso, Sr. Presidente, um dos interlocutores grava conversa havida

entre ambos; isso não se inclui na proibição referida no art. 5º, inciso XII. Em voto que proferi nesta Casa, lembrado pelo eminente Ministro Relator, Inquérito 657 — caso Magri —, sustentei a tese no sentido de que não há ilicitude no fato de um dos interlocutores gravar a conversa havida entre ambos a fim de, por exemplo, realizar prova dessa conversa. Em certos casos, essa gravação pode ferir princípios éticos. Isto não ocorre, entretanto, na gravação da conversa em que um dos interlocutores, por exemplo, chantageia o outro, faz propostas ilícitas ao outro, solicita vantagem ilícita, etc. Penso que é de interesse do interlocutor, que está sendo chantageado, gravar a conversa, a fim de realizar prova, posteriormente.

Dir-se-á que a gravação seria ofensiva ao art. 5º, inciso X, da Constituição, a dizer:

“Art. 5º

X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Deve ser entendido que o direito à intimidade não é, como há pouco dizíamos, absoluto, devendo ceder diante dos interesses público, social e da justiça. Ora, a justiça não tem apenas um prato, mas dois. Em um deles estão os direitos individuais; mas, no outro, estão os não menos importantes direitos sociais e coletivos. O interesse da justiça assenta-se, sobretudo, na realização do interesse social, da coletividade.

Bem ressaltou o Sr. Ministro Relator que a Constituição impõe ao Estado, na defesa da sociedade, a realização de princípios que o legislador considera que quem os viola incorre em crime. Ao Estado cabe apurar esses atentados cometidos contra a sociedade.

Com essas breves considerações, pedindo vênias ao Sr. Ministro Marco Aurélio, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, ao que colhi da exposição do eminente Relator, trata-se de decidir sobre a idoneidade, à luz da Constituição e das garantias individuais em geral, da utilização, como base de uma denúncia por exploração de prestígio (mais adequadamente por tráfico de influência — art. 332 do C. Penal —, pois se tinha em vista em processo administrativo e não jurisdicional) de um Juiz de Direito em relação a um serventuário da justiça, propondo-se a influir no Corregedor, a propósito de um processo disciplinar a que respondia o tabelião. Indaga-se,

repto, da idoneidade da gravação, por um dos interlocutores, no caso o tabelião, das conversas em que se teria materializado essa proposta de tráfico de influência.

Volta à Mesa uma questão que tem sido aventada diversas vezes no Plenário e nas Turmas: o da compreensão, ou não, no art. 5º, XII, da Constituição Federal, relativo ao sigilo de correspondência e, por extensão, ao sigilo das comunicações telefônicas, das gravações de conversa telefônica por um dos interlocutores.

De minha parte, diversas vezes, entre elas a Ação Penal nº 307, deixei claro que, com todas as vênias dos que pensam em contrário, a gravação por um dos interlocutores da conversa mantida com outrem nada tem a ver com o art. 5º, XII, que protege o sigilo de comunicações telefônicas, assim como protege o sigilo de correspondência escrita na troca de cartas.

A meu ver, o problema há de ser enfrentado — fazendo abstração da inovação tecnológica da telecomunicação — de acordo com os mesmos princípios da carta missiva, objeto do art. 33 da Lei nº 5.988/73, chamada “Lei dos Direitos Autorais”, diz:

“Art. 33. As cartas missivas não podem ser publicadas sem permissão do autor, mas podem ser juntadas como documento, em autos oficiais.”

O art. 5º, XII — creio desnecessário demonstrá-lo e já o fez, aliás, há pouco, o Ministro Carlos Velloso —, protege os interlocutores da ciência, por terceiro, “à sorrelfa”, mediante a chamada interceptação telefônica, do que entre os dois se conversou. Nada mais do que isso. Ali não se contém proibição alguma de que um dos interlocutores faça a prova da conversa de que participou: então o que pode incidir é outro tipo de proibição — por exemplo, e aí o único reparo a fazer ao voto anterior — não apenas de ordem moral, mas — o eminente Ministro Relator já o lembrara de ordem jurídica, como as decorrentes dos deveres explícitos de sigilo que atingir a gravação, não por ter sido gravada, e sim por ter sido revelada a outrem: é o caso do advogado, do médico, do confessor. E até em outras relações não explicitamente protegidas com a obrigação legal do sigilo, quando se possa invocar, na revelação da conversa e, *a fortiori*, na sua gravação, traição a deveres nascidos da esfera da intimidade em que se tenha passado: aí vem à tona outra garantia individual, a que protege a intimidade e impõe reserva a todos que dela participem.

Outras questões podem surgir. Aventurei-a, *en passant*, no *Habeas Corpus* nº 69.818, em que um policial, eventualmente amigo de um suspeito, sob promessa de mantê-las em confidência, obtém deste suspeito revelações contra

si mesmo e contra terceiros. Aí, sim, se põe, em relação àquele que confiante revela fatos incriminatórios contra si mesmo, a garantia constitucional contra a auto-incriminação (art. 5º, LXIII).

Nada disso está em causa neste caso. Não se argúi relação de intimidade, sequer relação de confiança entre os interlocutores, mas uma mera conversação entre o autor de uma proposta de tráfico de influência e o destinatário dessa proposta.

A questão, a meu ver, se resolve assim como se resolveria na gravação ambiental, ou como igualmente se resolveria se feita a proposta por correspondência escrita e sem nenhuma interferência com as proteções constitucionais, seja das comunicações, seja da intimidade.

Por isso, coerente com os meus votos anteriores, também indefiro a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 75.338 — RJ — Rel.: Min. Nelson Jobim. Pacte.: *Ademir Afonso Guimarães*. Impte.: *José Mauro Couto de Assis*. Coator: *Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*.

Decisão: O Tribunal, por votação majoritária, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Presidente (Ministro Celso de Mello), que o deferiam. Falou pelo paciente o Dr. *José Mauro Couto de Assis*.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. *Geraldo Brindeiro*.

Brasília, 11 de março de 1998 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

Habeas Corpus nº 77.371 — SP (*Segunda Turma*)

Relator: O Sr. Ministro Nelson Jobim

Paciente: *Edevaldo de Oliveira*

Impetrante: *Tarcísio Germano de Lemos*

Coator: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Habeas corpus. Processo penal. Sentença de pronúncia. Prova colhida pelo Ministério Público.

Incorre excesso de linguagem na sentença de pronúncia que apenas demonstra a existência de indícios claros e suficientes de