

“Conflito de competência. Crime contra a honra. Diretor. ECT. Funcionário público. Art. 327/CP. Súm. 147/STJ.

1. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação penal instaurada com vistas a apurar o cometimento de crime contra a honra de funcionário público (art. 327, § 41 do CP), *quando relacionado com o exercício da função* (Súm. 147/STJ).

2. Conflito conhecido para declarar a competência de Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, o suscitante.”

Havendo a denúncia associado o bárbaro homicídio às funções desenvolvidas pela vítima, não há possibilidade, sem o revirar do material probatório (o que é defeso pela via eleita), de se concluir de forma diversa a que chegou o douto Colegiado recorrido, em razão do que, acolho o parecer ministerial, negando provimento ao apelo e mantendo a competência da Justiça Federal para o processamento e decisão do caso.

É o meu voto.

**Recurso em Habeas Corpus nº 7.216 — SP
(Registro nº 98.0004035-8)**

Relator: O Sr. Ministro Edson Vidigal

Recorrente: Arlindo Joaquim de Souza

Advogados: Marco Antonio Volpon

Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Arlindo Joaquim de Souza

EMENTA: Penal. Processual. Gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores. Prova lícita. Princípio da proporcionalidade. Habeas corpus. Recurso.

1. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal.

2. Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade.

3. Precedentes do STF.

4. Recurso conhecido, mas não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros José Dantas, José Arnaldo e Felix Fischer.

Brasília, 28 de abril de 1998 (data do julgamento).

Ministro Edson Vidigal, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Consta dos autos que *Arlindo Joaquim de Souza*, advogado de uma instituição financeira em São Paulo, teve sua conversa telefônica gravada pelo outro interlocutor, cujo teor revestia a prática de conduta delituosa.

Representado à autoridade policial, este, de posse das fitas gravadas, determinou a realização de perícia para a degravação das conversas. Esta é a inconformação do ora recorrente. Diz ser ilícita a prova produzida, ferindo direito constitucional de inviolabilidade da comunicação telefônica.

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, julgando Recurso em Sentido Estrito interposto contra decisão denegatória de *habeas corpus*, negou-lhe provimento, por entender que a produção da prova mostrou-se lícita, nos moldes da nova Lei 9.296/96.

Agora, vem com este Recurso Ordinário, reiterando as argumentações expendidas na impetração originária.

O MPF, nesta instância, opina pelo não provimento do recurso.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Senhores Ministros, vou resumir-lhes o fato: o paciente, na condição de representante judicial de uma empresa privada, ajuizou várias ações, relativas a débitos, contra Marcelo Francisco Calil de Oliveira e sua esposa. Ocorre que, no decorrer das lides, houve contato telefônico entre os réus e o advogado da autora, no caso, o paciente, ocasião em que aqueles, sem o consentimento deste, e mais ainda, sem qualquer autorização judicial, gravaram a conversa, cujo teor revestia a prática de ilícito penal.

Quer agora impedir a gravação da fita, ou se já transcrita, proibir sua juntada aos autos, ou ainda, se já juntada, desentranhar e inutilizar a transcrição.

Na vigência do direito anterior a 1988, o art. 153, § 9º não previa nenhuma exceção ao sigilo das comunicações telefônicas. Não fazia, em suma, nenhuma exigência de reserva de lei. Mas como existem os limites imanentes, entendia-se que a interceptação com autorização, nos termos do Código Brasileiro de Telecomunicações, era válida. Agora na CF de 1988, há expressa exigência de reserva legal; mais precisamente, nela está contemplada uma reserva legal qualificada. Logo, sem lei, a interceptação telefônica constitui prova ilícita, inadmissível.

As reiteradas decisões judiciais, principalmente do STF, no sentido de garantir a fiel vontade do poder constituinte, levou o legislador infraconstitucional a dar prioridade ao assunto. Elaborou a Lei 9.296/96, com o propósito de regulamentar o inciso XII, do art. 5º, da CF.

Diz o art. 1º da referida lei:

“Art. 1º — A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do Juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.”

Cabe-nos, agora, definir o termo “interceptação telefônica” em sentido amplo. Para LUIZ FLAVIO GOMES, “interceptar uma comunicação telefônica não quer dizer interrompê-la, impedi-la, detê-la ou cortá-la. Na lei, a expressão tem outro sentido, qual seja, o de captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação” (in *Interceptação Telefônica*, pág. 95).

É da sua essência, no sentido legal, a participação de um terceiro, uma ingerência externa, no conteúdo da comunicação, captando-se o que está sendo comunicado. Essa ingerência tanto pode ser feita sem o conhecimento dos interlocutores (interceptação telefônica no sentido estrito) ou como com o consentimento de um dos interlocutores (escuta telefônica). Mas uma coisa é certa: ambas, se devidamente autorizadas, nos termos da Lei 9.296/96, constitui prova lícita e admissível; se não autorizada, além de não ser admitida como prova, configura crime.

A problemática surge quando se diz respeito à gravação telefônica, que consiste na captação da comunicação telefônica por um dos comunicadores sem o conhecimento do outro. É indubitável que as gravações telefônicas

estão fora da disciplina jurídica da Lei 9.296/96. Daí o fato de a doutrina falar em "gravações clandestinas".

Existem 02 (duas) correntes jurisprudenciais a respeito da matéria.

A primeira, defendida pelo mesmo LUIZ FLAVIO GOMES, entende ilícita a gravação telefônica. Para ele, *"a Constituição não apenas veda a interferência de um terceiro nas comunicações, senão que protege de modo inequívoco o direito à intimidade. O que cabe realçar na gravação clandestina é a sua surpresa, o que a torna moralmente reprovável. Uma coisa é expressar o pensamento sem saber da gravação, outra bem distinta quando se toma conhecimento dela."* (pág. 107).

Essa era, aliás, a posição adotada pelo STF. Na Ação Penal nº 307/DF, relator Ministro Ilmar Galvão, em decisão plenária, firmou-se o entendimento da inadmissibilidade, como prova, de laudos de degavação de conversa telefônica, por ter sido feita com a inobservância do princípio do contraditório e utilizada com violação à privacidade alheia. Na ocasião, salientou o Ministro Celso de Mello que *"a gravação de conversa telefônica com terceiros, feita através de fita magnética, sem o conhecimento de um dos sujeitos da relação dialógica, não pode ser contra este utilizada pelo Estado sem juízo, uma vez que esse procedimento, precisamente por realizar-se de modo sub-reptício, envolve quebra evidente de privacidade, sendo, em consequência, nula a eficácia jurídica da prova coligida por esse meio."*

Uma outra corrente, mais recente, seguida, dentre outros, por ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, admite a liceidade da prova obtida por esse meio de gravação telefônica.

Neste STJ, já foi defendida pelo Ministro Eduardo Ribeiro, em voto-vista dado no REsp 9.012/RJ, cuja decisão foi publicada no DJ de 14/04/97:

"Importante frisar que não se trata da interceptação da conversa alheia, hipótese do RE 85.439 de que foi relator o Ministro Xavier de Albuquerque (RTJ 84/609). No caso em exame a prova foi apresentada por um dos interlocutores.

Tenho para mim que inexistente a pretensa ilegitimidade. Ilícita é a gravação de conversa alheia, o que envolve mesmo a prática de crime. Nenhum impedimento existe, entretanto, a que um dos participantes da mesma queira resguardar-se, mediante o registro fonográfico e, salvo justificáveis exceções, dele se utilize como prova.

Dir-se-á que, de um modo ou outro, se estará violando o sigilo garantido às comunicações telefônicas. O argumento que vai lançado, prova, entretanto, demais. A acolhê-la, seria mister reconhecer que vedado aos próprios interlocutores revelar o conteúdo da conversa, o que parece absurdo. Entretanto, se

se admite possa um deles transmiti-lo a terceiro, não se vislumbra por que não lhe seja dado demonstrar, mediante o registro feito, que está a dizer a verdade.

(...)

Considero que, em regra, quando alguém mantém determinada conversação, seja pessoalmente, seja com o uso de meios eletrônicos, arrisca-se a ver a mesma divulgada, o que configurará, quando muito, uma inconfiência, cujo grau de censurabilidade não chega a tornar ilícita a prova.

(...)

Em suma, o que não se tolera é a indevida escuta de conversa telefônica alheia, como não se admite a violação de correspondência. Não, a divulgação por quem participou de uma, ou foi destinatário de outra. E se a divulgação, em regra, é tolerável, mais vale se faça de modo a garantir a fidelidade ao que efetivamente ocorre."

É essa a corrente à qual me filio, seguindo, inclusive, entendimento reformado da Suprema Corte no HC 75.338/RJ, julgado em 11 de março próximo.

Entenderam os ministros do STF que a utilização de fita cassete com gravação de conversa entre duas pessoas, sem o conhecimento de uma das partes, não é interceptação telefônica (que envolveria uma terceira pessoa e só pode ser realizada mediante a autorização judicial), e assim, lícita como prova para o processo penal.

O Ministro Nelson Jobim, relator do processo, evocou a questão de não se poder colocar de lado a proteção ao interesse do Estado. E afirma em seu voto, que *"a Constituição não trata da privacidade como direito absoluto. E há momentos em que o direito à privacidade se conflita com outros direitos, quer de terceiros, quer do Estado"*. Trata-se da subsunção ao Princípio da Proporcionalidade: as normas jurídicas constitucionais se articulam num sistema, cujo equilíbrio impõe que em certa medida se tolere detrimento aos direitos por ela conferidos, ou seja, ponderados os direitos em conflito, prevalece aquele mais valorado. E continua, *"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."*

Apesar da perplexidade que possa causar, esse entendimento não é recente. O STF há muito tempo admite as gravações telefônicas como prova criminal. Posso citar o caso em que o Supremo recebeu a denúncia contra o ex-ministro Antônio Rogério Magri, em condições semelhantes. Na ocasião, o relator, Ministro Carlos Velloso, fez uma distinção entre uma gravação efe-

tuada por terceiros, que intercepta uma conversa de duas outras pessoas, da gravação que se faz para documentar uma conversa entre duas pessoas. Concluiu seu voto, já na época, que poderia haver, em tal caso, violação a preceitos éticos.

Outro dado jurisprudencial a que tive acesso foi aquele quando, já no início deste ano, o deputado *Maurício Requião* divulgou o conteúdo de conversas telefônicas com funcionários do Ministério da Saúde. Nos diálogos ficava evidente que o Ministério só liberaria recursos do orçamento para emendas de parlamentares que votassem a favor do governo. Nesse caso, a gravação também foi aceita.

Não é diferente do que entende *JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA*. Para o jurista, “os interesses e valores que as inspira não raro entram em conflito uns com os outros, de tal sorte que se torna impraticável dispensar a todos, ao mesmo tempo, proteção irrestrita.” (“A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas”, *Revista da Fundação Escola Superior do MPDFT*, Brasília, jul./dez. 1995).

Assim, diante dessas considerações, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

É o voto.

Recurso em Habeas Corpus nº 7.225 — PE
(Registro nº 98.0004693-3)

Relator: *O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*

Recorrentes: *Emerson Davis Leonidas Gomes e outro*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco*

Paciente: *Vanderley Pedro Ribeiro (preso)*

Advogados: *Drs. Emerson Davis Leonidas Gomes e outro*

EMENTA: *RHC — Processual Penal — Instrução — Prazo — O Superior Tribunal de Justiça considera o princípio da razoabilidade na análise do tempo para a conclusão do processo. Não se justifica, passados ano e meio, ainda não terminada a tomada de depoimento das testemunhas arroladas na denúncia.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, ordenando a expedição de alvará de soltura, se por al não estiver preso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do jul-