

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Professor na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

DIREITO APLICADO I
(Acórdãos e Votos)

2ª Edição

Nº 0423



Rio de Janeiro
2001

Harmoniza-se com tais lições, aliás, a jurisprudência desta Câmara, que registra precedentes como o do acórdão de 23.10.1979, na Apelação Cível nº 8.995.

5ª Câmara Cível
Sessão de 8.11.1983

25

PROVA. GRAVAÇÃO DE CONVERSAS
TELEFÔNICAS INTERCEPTADAS

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 7.111

ACÓRDÃO

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.

DISPOSITIVO

Decidiu-se, em sessão de 22.11.1983, por unanimidade, integrando neste o relatório de fls. 144-5, negar provimento ao recurso. Custas pela Agravante.

RELATÓRIO

1. Em reconvenção a ação de separação judicial proposta pela Agravante, pleiteia o Agravado a dissolução da sociedade conjugal por culpa da mulher, com perda do direito a alimentos, do sobrenome do marido e da guarda da filha menor. Entre outras razões, alegou o reconvincente que a reconvinida lhe é infiel e requereu se ouçam, como prova, fitas em que estariam gravadas conversas telefônicas da mulher com o suposto amante. Houve impugnação da Agravada, que sustenta a inadmissibilidade de tal prova, obtida a seu ver por meio ilegal; mas o Juízo *a quo*, no despacho sancionador copiado nas fls. 49 v., determinou fossem ouvidas as fitas.

2. Contra essa decisão insurgiu-se o presente agravo, em que se argumenta violar o comportamento do reconvincente preceitos constitucionais, legais e da Declaração dos Direitos do Homem, e se invoca precedente da jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 85.439, declarou inadmissível como prova, à luz do art. 332 do Código de Processo Civil, gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher. O recurso teve processamento regular, com resposta do Agravado nas fls. 119 e segs., havendo o Juízo *a quo* mantido a decisão nas fls. 127. Pelo provimento opina a d. Procuradoria Geral da Justiça, no parecer de fls. 131 e segs.

3. Em apenso acham-se os autos principais, requisitados pelo Relator. Sua leitura revela que, a requerimento da reconvinida, se está promovendo a realização de perícia destinada a apurar a autenticidade das gravações. As fitas, contudo, ainda não foram ouvidas, consi-

derando apenas dos autos - e deste instrumento (fls. 74 e segs.) -, folhas datilografadas onde se lêem diálogos que, no dizer do reconvincente, constituem transcrições das conversas gravadas.

FUNDAMENTAÇÃO

1. Trata-se de 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. Nega-o a Agravante com o fundamento de que o marido, interceptando as telefonemas da esposa, sem conhecimento desta, haveria agido de modo ilegal e imoral.

O problema da admissibilidade de provas ilegítimamente adquiridas vem sendo objeto, sobretudo nos últimos anos, de atenta investigação em muitos países e já tem até constituído tema de congressos jurídicos internacionais. É certo que as preocupações em torno do assunto se concentram principalmente no processo penal, campo em que, de maneira muito compreensível, se faz mais agudo o perigo de interferências arbitrárias das autoridades públicas na vida privada, por meio de expedientes condenáveis, entre os quais precisamente avulta o do chamado "grampeamento" de aparelhos telefônicos. O caráter odioso de tais procedimentos responde pela reação de muitos espíritos, justamente alarmados com a ameaça que daí resulta para a liberdade pessoal. São menos dramáticos os termos da questão no âmbito do processo civil, em que a matéria, não obstante, figura também, por assim dizer, na ordem do dia.

Parece ainda longínqua a pacificação das opiniões que se digladiam a propósito do tema. Vai predominando, contudo, a tendência a fugir das soluções radicais, extremas, consistentes em excluir de maneira absoluta a admissibilidade das provas ilegítimamente adquiridas ou em reconhecê-la sem qualquer restrições (cf., por exem-

plo, Zeiss, *Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1976, ps. 377 e segs., especialmente ps. 386 e segs., 399, IV, n° 3). Prefere-se adotar critério mais matizado, que levando em conta as características do caso concreto, abra ao juiz a possibilidade de balancear os interesses em jogo, de acordo com o chamado "princípio de proporcionalidade" (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), para admitir a prova, abstraindo de sua eventual origem ilegítima, quando necessária à preservação de valores relevantes que, de outro modo, se veriam injustamente sacrificados (v. Moniz de Aragão, *Prova ilegalmente obtida*, in *Rev. da Assoc. dos Magistrados do Paraná*, n° 31, jan./março de 1983, p. 28).

2. No direito brasileiro, o problema tem de ser equacionado e resolvido à luz do art. 332 do Código de Processo Civil, que limita a admissibilidade dos meios de prova através de duas cláusulas, exigindo que eles sejam "legais" e "moralmente legítimos", isto é, que a respectiva aquisição não contrarie preceito de lei nem da moral. Convém esclarecer, de passagem, que o dispositivo, ao falar de "meios legais", não alude exclusivamente aos meios de prova previstos e regulados em termos expressos; na hipótese, contudo, o ponto não suscitaria qualquer dúvida, porque a reprodução fonográfica está mencionada no art. 383 do próprio estatuto processual. O que se tem de verificar, pois, é se se revela incompatível com o ordenamento jurídico ou com os comandos da ética a gravação de conversas telefônicas, em fitas, para utilização como prova em juízo, nas circunstâncias do caso sob exame.

Invoca-se, no sentido negativo, o precedente que constituiria o V. Acórdão do E. Supremo Tribunal Federal, de 11.11.1977, no julgamento do Recurso Extraordinário n° 85.439, publicado na *Rev. Trim. de Jur.*, vol. 84, ps. 609 e segs. Observe-se desde logo que certas peculiaridades da espécie então apreciada nitidamente a distinguem da que se julga nos presentes autos. Assim, conforme se lê no parecer da Procuradoria Geral da República, que o V. Acórdão transcre-

ve, 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. Daí não ter sido difícil ao parecerista argumentar com a inviolabilidade do domicílio (ps. 611-2); poderia até, embora disso não se tenha lembrado, enquadrar o comportamento do marido na moldura do art. 150 do Código Penal. As circunstâncias apontadas não se reproduzem na hipótese *sub judice*. É verdade que no parecer se acrescenta: "também não faria diferença se o aparelho gravador fosse instalado quando o marido ainda residisse no próprio lar conjugal, porque o mesmo pertence não apenas a um dos cônjuges, mas à família como um todo" (p. 612); aí, porém, a opinião vem fundamentada, com a devida vênia, em termos vagos e insuficientes.

Importa frisar que o V. Acórdão — tanto quanto se depreende do teor do voto, aliás sucinto, do eminente Ministro Relator (p. 612) — não adotou como razão de decidir a alegada ofensa à inviolabilidade do domicílio. Ali se alude unicamente a outro aspecto do problema, relacionado com o sigilo das comunicações; e, ainda assim, não se encontra referência à disposição constitucional do art. 153, § 9° — talvez por se haver percebido que o texto não tem o alcance irrestrito que à primeira vista se lhe poderia atribuir: do contrário *nenhuma* possibilidade existiria de reconhecer, em determinados casos, a licitude de interceptações telefônicas, conforme a reconhece, *v.g.*, Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades públicas e processo penal*, 2ª ed., S. Paulo, 1982, p. 267 ("Exceções legais podem ser estabelecidas a esta inviolabilidade e o são pelo Código de Telecomunicações"), obra insuspeita de ressaibo antiliberal. São dois os diplomas apontados no voto para abonar a afirmação da ilegalidade de obtenção da prova: o Código Penal e o Código Brasileiro de Telecomunicações, justamente. Convém, portanto, analisar a questão mais de perto, à vista desses textos.

3. Do Código Penal só pode interessar aqui o art. 151, § 1º, n° II, que comina a mesma pena da violação de correspondência a "quem

indevidadamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas". Não parece viável a subsunção do fato em qualquer dos tipos aí configurados. Sublinhe-se que o simples "captar" não está previsto; e em matéria penal, como se sabe, é vedada a aplicação analógica *in malam partem*, em obséquio ao princípio da reserva legal (Código Penal, art. 1º, 1ª parte). Por outro lado, o emprego dos advérbios "indevidamente" e "abusivamente" restringe o alcance da norma incriminadora, a que escapam comportamentos *não* qualificáveis como "indevidos" ou "abusivos". Ora, se os há — e o texto necessariamente implica tal existência —, parece muito pouco razoável não incluir entre eles os que tenham por fim produzir prova em juízo, num processo que, além de tudo, corre em segredo de justiça. Se esses são "indevidos" e "abusivos", quais não o serão? Para semelhante pergunta não se afugura fácil encontrar resposta satisfatória. Assim, o art. 151, § 1º, nº II, do Código Penal não autoriza a conclusão tranqüila de ser ilegal a conduta do Agravado.

Passando ao Código Brasileiro de Telecomunicações, e fazendo abstração de perplexidade em que inevitavelmente se embaraça o intérprete diante de diploma redigido com tão deplorável imperícia técnica, cabe examinar o teor do art. 56, *caput*, segundo o qual "prática crime de violação de telecomunicação quem, transgredindo lei ou regulamento, exiba autógrafo ou qualquer documento de arquivo, divulgue ou comunique, informe ou capte, transmita a outrem ou utilize o conteúdo, resumo, significado, interpretação, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro". Aqui o "captar", por si só, seria típico; mas a configuração, em qualquer hipótese, subordina-se à cláusula "transgredindo lei ou regulamento", que caracteriza a regra como "norma penal em branco", segundo a terminologia consagrada (v., por exemplo, Heleno Fragoso, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, 5ª ed., Rio de Janeiro, 1983, p. 76), e na qual, obvia-

mente, por "lei" não se há de entender o próprio Código Brasileiro de Telecomunicações, senão outra, que no caso não se identifica, assim como tampouco se identifica o regulamento porventura transgredido. Há, porém, outro aspecto mais importante: à vista do teor do art. 58, nº II, letra *a*, que comina, em se tratando de pessoas físicas, a pena alternativa de "1 (um) a 2 (dois) anos de detenção ou perda de cargo ou emprego, apurada a responsabilidade em processo regular, iniciado com o afastamento imediato do acusado até decisão final", tem-se entendido, como registra Celso Delmanto, *Código Penal anotado*, 3ª ed., S. Paulo, 1982, p. 167 (embora com referência a uma opinião contrária, ao que parece isolada), que "o crime especial é *próprio*, só alcançando agentes que desempenham funções de caráter público" (grifado no original). Se assim é, fica necessariamente preexcluída a possibilidade de configurar-se o delito por obra de particular.

Todas essas considerações evidenciam quão precária e insegura é a base que fornecem à tese da ilegalidade da prova, adquirida nas circunstâncias da espécie, os dispositivos de leis penais invocados — sem maior esforço de demonstração, diga-se sempre com a vênia de praxe — no V. Acórdão do Excelso Pretório.

4. Argumenta-se ainda com o direito da Agravante, que se dá como lesado pela interceptação telefônica, à preservação de sua intimidade. A essa figura jurídica, não contemplada *expressis verbis* — ao menos em sua fisionomia global — no direito positivo brasileiro, se vêm todavia reconhecendo, no plano doutrinário, foros de cidadania, com razões de grande peso. Já tem ela constituído até objeto de tratamento cuidadoso em sede monográfica (Milton Fernandes, *Proteção civil da intimidade*, S. Paulo, 1977; René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, S. Paulo, 1980). O direito de que se trata, no entanto, é, como qualquer outro, limitado, e não pode sobrepôr-se de maneira absoluta a todos os restantes interesses dignos de tutela jurídica, por mais relevantes que se mostrem. Aqui tem igual-

rado o direito de ser julgado por um juiz independente e imparcial, preconstituído pela lei (direito ao juiz natural), processo cujo custo não seja incompatível com a capacidade econômica dos litigantes e no qual, em todo o curso do procedimento, fiquem assegurados o contraditório, a igualdade das partes, o *direito à prova* e à motivação das decisões proferidas” (sem grifo no original). A proteção constitucional do direito de ação abrange, pois, o direito de provar em juízo os fatos em que se baseia o pedido, e – conquanto também sujeito, é claro, a restrições – esse direito não deve ser sistematicamente sacrificado todas as vezes que o respectivo exercício porventura entre em conflito com o interesse do adversário na preservação de sua intimidade.

5. Resta verificar se a prova obtida pela captação e gravação de conversas telefônicas decorre de comportamento “moralmente legítimo”. Aqui se impõem distinções: à indagação não se pode responder de modo razoável nem com uma afirmativa categórica, nem com uma negativa peremptória. A moral, como ciência, não é nem pode ser casuística: estabelece princípios gerais, mas não ministra ao homem tabela alguma pela qual seja sempre aferível, *in concreto*, o valor ou o desvalor ético deste ou daquele ato, na quase infinita variabilidade das circunstâncias que o especificam. Veja-se, *v.g.*, a lição de Jacques Leclercq, *Las grandes líneas de la filosofía moral*, trad. esp., Buenos Aires, 1955, p. 463: “Una casuística centrada en la materialidad de los actos y, por consiguiente, en los preceptos particulares puede determinar cierto número de casos en los que un acto está prohibido o es obligatorio; son estos casos extremos que constituyen las líneas generales de una *moral mínima absoluta* a la que todos los hombres deben someterse. Se podrá precisar, por ejemplo, cierto número de casos en que ningún hombre puede matar, mentir, realizar el acto carnal, etc. Pero este conjunto de soluciones no puede pretender constituir una moral completa, porque el precepto universal y los preceptos generales escapan a esta casuística que se limita a los aspectos secundarios de la moral” (grifado no original).

mente lugar a valoração comparativa dos interesses em conflito e a aplicação do princípio da proporcionalidade.

A isso já teve ocasião de aludir o relator deste acórdão, em artigo de há quase quatro anos, onde se ocupou especialmente das relações entre o mencionado direito e a necessidade de apurar tão exata e completamente quanto possível, no processo, como pressuposto de julgamento correto, os fatos relevantes para a solução do litígio. Escreveu-se naquele trabalho: “Não pode, assim, haver dúvida acerca da posição fundamental do ordenamento em face do conflito de valores que se desenha. Sobre o interesse na preservação da intimidade prevalecem, em linha de princípio, os interesses ligados à reta administração da justiça. Aquele não pode ter a virtude de *obstar* ao pleno atendimento destes. Todavia, deve atuar aqui, como alhures, o princípio de que os meios se proporcionam de modo necessário aos fins colimados. O direito à preservação da intimidade sujeita-se ao sacrifício na medida em que a sua proteção seja incompatível com a realização dos objetivos que se têm primariamente em vista. *Nessa medida*, o ordenamento o tolera ou mesmo o impõe; *além dela*, não. Cumpre observar um critério de proporcionalidade, com o auxílio do qual se possa estabelecer adequado “sistema de limites” à atuação das normas suscetíveis de pôr em xeque a integridade da esfera íntima de alguém, participante ou não do processo” (“*Processo civil e direito à preservação da intimidade*”, in *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, S. Paulo, 1980, ps. 9-10; grifos do original).

Tenha-se em mente que o direito de uma das partes à preservação de sua intimidade, se “absolutizado”, pode mutilar ou mesmo nulificar, sob certas circunstâncias, o direito da outra parte à prova. Ora, este é elemento integrante do direito de ação, consoante frisa, *v.g.*, Calmon de Passos, “*Da arguição de relevância no recurso extraordinário*”, in *Rev. Forense*, vol. 259, p. 19, *verbis*: “Pode-se afirmar (...) que do art. 153, § 4º, da Constituição do Brasil deriva o direito de acesso aos tribunais mediante um processo em que esteja assegurado

A adoção de medidas de vigilância e fiscalização, por um cônjuge – por qualquer deles, convém salientar – em relação ao outro, pode, sem dúvida, revelar-se moralmente reprovável (quando não constitua mero sintoma de estado mental patológico) e até configurar injúria grave ao cônjuge “espionado”, se se resolve em inútil e arbitrária imposição de vexame, que nenhum dado objetivo justifica. Mas a valorização mudará se houver motivos sérios para que se suspeite da prática de atos incompatíveis com o resguardo da fé conjugal. Em casos tais, não repugna forçosamente à ética a utilização, pelo cônjuge que receia, com algum fundamento, estar sendo ofendido, ou na iminência de o ser, dos expedientes ao seu alcance para inteirar-se da verdade e registrá-la. Afigura-se excessiva e inaceitável, nos termos amplíssimos em que se vê expressa, a opinião de Pestana de Aguiar, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, 2ª ed., S. Paulo, 1977, p. 76, o qual parece reputar *sempre* ilícita e imoral a gravação de conversas telefônicas. Com razão adverte Moniz de Aragão, no artigo supracitado, p. 28, que “não faz sentido deixar o ser humano, ou a própria sociedade, inteiramente desprotegidos frente ao ato ilícito, em casos para os quais será impossível obter a prova por meios ortodoxos”.

6. No caso em pauta, há que considerar o seguinte: ao reconvir, afirmou o Agravado que o Agravante, com frequência, se ausentava do lar e voltava tarde, recusando-se agressivamente a dar explicações ao propósito; que, nos últimos tempos, passava fora de casa os fins de semana; que viajava para diversos lugares, deixando perplexo o Agravado até quanto ao modo como obtinha meios financeiros para tais viagens; que certa vez “sumiu de casa por 10 dias sem que ninguém soubesse de seu paradeiro”; que, quando declarava aonde ia, dava informações errôneas (fls. 109-10 dos autos principais).

Claro que, por ora, não se pode admitir nem negar a veracidade de semelhantes alegações. Mas, a supor-se – apenas *ad argumentandum!* – que fosse exata a versão do Agravado, então se

teria de reconhecer que o comportamento da Agravante, *tal como descrito*, justificaria providência do gênero da que ele tomou, tornando “moralmente legítima” a interceptação. Se na verdade os fatos se passaram ou não do modo por que os narra o Agravado, isso unicamente os resultados da instrução vão permitir dizer. O máximo que, por enquanto, cabe adiantar é que a narrativa não se afigura inverossímil, ou de tão remota possibilidade de vir a confirmar-se que mereça ser desprezada *a priori*. Tanto basta, ao ver da Câmara, para fazer admissível a prova impugnada.

Entretanto, em atenção ao mesmo princípio de proporcionalidade a que antes se aludiu, o Juízo *a quo* só deverá permitir que permaneçam nos autos as transcrições das conversas telefônicas que vier a considerar relevantes para o julgamento. Serão excluídas as que nenhuma relação tenham com a matéria em debate.

5ª Câmara Cível
Sessão de 22.11.1983