

02/12/2008

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 402.717-8 PARANÁ

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
RECORRENTE(S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
RECORRIDO(A/S) : **DAVI MAKARAUSKY**
ADVOGADO(A/S) : **LUIZ EDUARDO DA SILVA**

EMENTA: PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.

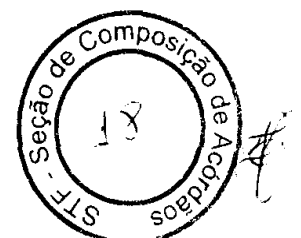
ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro CELSO DE MELLO, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso extraordinário, mas lhe negar provimento, nos termos do voto do Relator. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro JOAQUIM BARBOSA.

Brasília, 02 de dezembro de 2008.



Ministro **CEZAR PELUSO**
Relator



02/12/2008

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 402.717-8 PARANÁ

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
RECORRENTE(S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
RECORRIDO(A/S) : **DAVI MAKAROUSKY**
ADVOGADO(A/S) : **LUIZ EDUARDO DA SILVA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região e assim ementado:

“PROCESSO PENAL. INQUÉRITO. GRAVAÇÕES CLANDESTINAS. POSSIBILIDADE DA JUNTADA. PROVA. FASE INQUISITORIAL. SIGILO DAS INVESTIGAÇÕES. NECESSIDADE.

1. Não há óbice para que o investigado em inquérito policial solicite a juntada de provas destinadas a demonstrar sua alegada inocência. 2. Em que pese as gravações clandestinas de conversas particulares possam ser consideradas ilícitas – o que, em tese, inviabilizaria sua utilização como prova em ação judicial – na fase investigatórias não é razoável desprezar a existência de elementos que visam a contribuir para a correta elucidação dos fatos, mormente em face do princípio da verdade real que norteia o processo penal. 3. Deve ser assegurado no transcurso do procedimento o sigilo necessário à apuração dos delitos, revelando-se adequada a restrição à publicidade do inquérito, sob pena de restar comprometido o resultado das investigações. 4. Indeferido o pedido de extração de cópia dos autos”. (fl.149)



RE 402.717 / PR

O Ministério Público Federal recorre com base no art. 102, inc. III, "a", da Constituição da República, alegando-lhe ofensa ao art. 5º, incs X e LVI.

Assevera terem sido violados os princípios de inadmissibilidade da prova ilícita e da inviolabilidade da intimidade, porque, no curso das investigações, o ora recorrido, indiciado pelo crime de corrupção de testemunhas (art. 343, parágrafo único, do Código Penal), efetuou gravações telefônicas de conversas que manteve com testemunhas e a vítima do fato, tendo sido aquelas juntadas aos autos do inquérito por determinação judicial (fl. 117).

Alega, em síntese, que a *"gravação clandestina de conversas, sem o consentimento do interlocutor, e que visa não apenas fazer prova em favor do investigado, mas também incriminar terceiros viola a garantia processual de proteção à intimidade, a qual somente pode ser afastada por autorização judicial"*. (fl.158)

Transcorreu *in albis* o prazo para contra-razões.

A Procuradoria-Geral da República é pelo provimento do recurso, uma vez que *"a determinação de juntada, no procedimento investigatório, de gravação clandestina realizada pelo próprio investigado, independentemente da inoportuna discussão da inadmissibilidade da prova ilícita pro reo (o que, como está no voto vencido, poderá ser examinado na instrução), impõe a inadequada abertura do contraditório na fase pré-processual,*

RE 402.717 / PR

perturbando a apuração da infração penal (CF art. 144, § 1º) e desconhecendo a posição do Ministério Público como titular da ação penal.” (fl.179)

É o relatório.

RE 402.717 / PR

V O I O**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator):**

1. Inconsistente o recurso.

Como longamente já sustentei alhures,¹ não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior. A gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem ilícito é seu uso, em particular como meio de prova.

A matéria em nada se entende com o disposto no art. 5º, XII, da Constituição da República, o qual apenas protege o sigilo de comunicações telefônicas, na medida em que as põe a salvo da ciência não autorizada de terceiro, em relação ao qual se configura, por definição mesma, a interceptação ilícita.

Esta, na acepção jurídica, vizinha à etimológica, na qual há idéia de subtração (< *interceptus* < *intercipere* < *inter* + *capere*), está no ato de quem, furtivamente, toma conhecimento do teor de comunicação privada da qual não é partícipe ou interlocutor.

RE 402.717 / PR

A reprovabilidade jurídica da interceptação vem do seu sentido radical de intromissão que, operada sem anuência dos interlocutores, excludente de injuricidade, nem autorização judicial na forma da lei, rompe o sigilo da situação comunicativa, considerada como **proprium** dos respectivos sujeitos, que, salvas as exceções legais, sobre ela detêm disponibilidade exclusiva, como expressão dos direitos fundamentais de intimidade e liberdade.

Talvez conviesse observar que tal reprovabilidade se prende, na origem, à vulnerabilidade material relativa de que se revestem os canais de comunicação mediada, como o telefone, o telégrafo e as correspondências, perante o caráter restrito ou reservado que, em tese, esses instrumentos tecnológicos propõem às expectativas dos usuários interlocutores. Há, em tais condutos comunicativos, certa promessa de privacidade das interlocuções, que o sistema jurídico tem de assegurar em respeito à intimidade (*privacy*) dos interlocutores. Noutras palavras, porque estes devam confiar em garantias jurídicas da reserva natural, mas não absoluta, esperada do uso desses meios de comunicação, é que de regra o ordenamento reprime a interceptação, enquanto ingerência indevida de terceiro que devassa situação comunicativa reservada, porque alheia.

Ora, quem revela conversa da qual foi partícipe, como emissor ou receptor, não intercepta, apenas dispõe do que também é seu e, portanto, não subtrai, como se fora terceiro, o sigilo à comunicação, a menos que esta seja recoberta por absoluta indisponibilidade legal proveniente de obrigação

¹ TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Ag. Inst. nº 257.223.



RE 402.717 / PR

jurídica heterônoma, ditada pela particular natureza da relação pessoal vigente entre os interlocutores, ou por exigência de valores jurídicos transcendentais.

Diz-se com efeito:

"O que fere a inviolabilidade do sigilo é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que deve ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Ou seja, a inviolabilidade do sigilo garante, numa sociedade democrática, o cidadão contra a intromissão clandestina ou não autorizada pelas partes na comunicação entre elas... o objeto protegido pelo inc. XI do art. 5º da CF, ao assegurar a inviolabilidade do sigilo, não são os dados em si, mas sua comunicação. A troca de informações (comunicação) é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação".²

Tirante as situações excepcionais em que, no fundo, prepondera a exigência de proteção da intimidade, ou de outra garantia da integridade moral da pessoa humana,³ nenhuma consideração pode sobrepor-se à divulgação do relato de conversa telefônica, cuja prova seja necessária à reconstituição processual da verdade e, pois, à tutela de direito subjetivo do proponente, ou ao resguardo do interesse público da jurisdição. Nesse sentido, já se ponderou:

"Entre os valores de proteção da intimidade das pessoas e de busca da verdade nos processos, qual o valor mais nobre? A meu ver, o que diz

² **FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampalo.** *Sigilo das operações de instituições financeiras.* In: Revista do IASP, nº 9/162.

³ Esta é a razão por que, em formal e expressa concordância com o ponto de vista aqui sustentado de que não caracteriza **interceptação** "a gravação clandestina de uma conversa feita por um dos interlocutores, quer se trate de comunicação telefônica, quer se trate de comunicação entre presentes", a doutrina só vê ilicitude, até de cunho penal (art. 153 do CP), quando a divulgação da conversa seja despida de **justa causa** e, como tal, se equipare à divulgação de conteúdo de documento particular ou de correspondência, e que possa produzir dano – subentenda-se, injusto – a outrem (cf. **GRINOVER, Ada Pellegrini et alii.** *As nulidades no processo penal.* 7ª ed. SP: RT, 2001, p. 198-199).

RE 402.717 / PR

respeito à verdade. Foi-se o tempo em que o processo civil se contentava com a verdade formal. À semelhança do processo penal, o civil também há de se preocupar com a verdade material. Chega-se à verdade através da prova, cujo ônus incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Mas existe fato de difícil prova! A saber, da produção de prova. Impedir que alguém a produza, digamos, por meio de gravação de conversas telefônicas, seria, a meu sentir, o mal maior".⁴

A objeção, consistente, é que, sendo sempre limitado pelas regras de exclusão, o direito à prova não basta por justificar a admissibilidade processual da eficácia da gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, antes de se lhe demonstrar a licitude, porque, no confronto com outros direitos, não se poderia, sem tal demonstração prévia, excluir nunca qualquer prova ilícita, que fosse a única possível no caso concreto.⁵

Mas, com não ser ilícita à luz da Constituição, como já se viu, tampouco o é no plano das normas subalternas, a cujo propósito soam irrespondíveis estas razões do voto vencedor do Min. **EDUARDO RIBEIRO**, no **REsp nº 9.012**:

"Cuida-se da utilização, como prova, de gravação de conversa telefônica mantida pela autora com testemunha chamada a depor no processo. Inquina-se o meio empregado de moralmente ilegítimo, vedado, pois, seu uso, como resulta do disposto no artigo 332 do Código de Processo Civil.

Importante frisar que não se trata da interceptação da conversação 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.

⁴ Do voto vencedor do Min. **NILSON NAVES**, no **REsp. nº 9.012-RJ**.

⁵ Cf. **TORQUATO AVOGLIO, Luiz Francisco**. *Provas ilícitas - interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2ª ed. SP: RT, 1999. p. 139.

RE 402.717 / PR

Tenho para mim que inexistente a pretensão 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 já vi lançado, prova, entretanto, demais. A acolhê-lo, 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 porque não lhe seja dado demonstrar, mediante o registro feito, que está a dizer a verdade.

Não vejo a diferença que possa haver, quanto à legitimidade do meio, entre a divulgação de conversa mantida por telefone e a que se faz pessoalmente. Ora, não será possível a alguém comprovar o respectivo conteúdo, por meio do testemunho de um terceiro que estivesse presente? Por que, então, ter como ilegítimo valha-se de um meio mais seguro que é a gravação?

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 inconfidência, cujo grau de censurabilidade não chega a tornar ilícita a prova.

Note-se que o sigilo da correspondência é igualmente resguardado. Entretanto, seu uso como prova, ainda sem permissão do autor, é expressamente autorizado por lei (Lei 5.988/73, artigo 33 e Código de Processo Penal art. 233, parágrafo único)...

Existem, é certo, exceções, algumas delas constituindo mesmo crime (Código Penal, artigos 153 e 154). Não, se admitirá a divulgação sem justa causa, de fatos que digam com a privacidade das pessoas. Caberá ao juiz avaliar. Generalizar a proibição é que não me parece adequado.

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 o destinatário da outra. E se a divulgação, em regra, é tolerável, mais faça de modo a garantir a fidelidade ao que efetivamente ocorre.”

O que, em resumo, se sustenta é que, tida acaso por ilícita, em caráter absoluto, a gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem a ciência do outro, debaixo do pretexto de, em última instância, constituir também violação do sigilo garantido às comunicações telefônicas, então

RE 402.717 / PR

deveria predicar-se igual restrição ou interdição jurídica ao campo retórico da prova oral, embora a custo do seu completo e absurdo aniquilamento.

É que assim os depoimentos pessoais, como os testemunhais soem exprimir o conteúdo de conversas entretidas, pelas partes e testemunhas, entre si, ou com outras pessoas, significando sempre, nesses casos, reprodução e divulgação do conteúdo da conversa entre presentes, ou até mantida por via telefônica, de um dos interlocutores, sem prévio assentimento ou conhecimento do outro, com resultado prático idêntico ao da semelhante revelação do teor de comunicação telefônica gravada, e, como tal, suscetível de idêntico juízo teórico de reprovabilidade jurídica. Que diferença há, para fins de justificação da existência de suposto dever de sigilo que recairia também sobre os próprios interlocutores, entre conversa mantida por telefone e a que se dá entre presentes? Ambas guardam a mesma particularidade de serem, enquanto estão ocorrendo, comunicações instantâneas, fugidias e desprovidas de vestígios materiais. E, qualquer que seja a modalidade ou o meio técnico usado para tanto, a revelação de uma em nada difere da revelação da outra, de modo que seria absurdo encontrar ilicitude num caso e licitude noutro.

Ao depois, se a ninguém jamais ocorreu descobrir ilicitude à reprodução, nos depoimentos judiciais de partes e de testemunhas, do relato de conversas telefônicas desvestidas de sigilo ou reserva legal, em que a parte, ou a testemunha, tenha sido um dos interlocutores, seria despropósito jurídico não menor impedir à parte, ou à testemunha, que demonstre, por meio de gravação, a fidelidade da versão licitamente apresentada ao juízo por via oral. Ou seja, não

RE 402.717 / PR

parece sensato impedir o uso de gravação que se traduza na prova cabal da veracidade daquilo que, em juízo, afirme a parte, ou a testemunha, como objeto de conversa telefônica de que haja participado. Se é lícito, ou se não é, antes, dever mesmo, relatar em juízo a verdade daquilo sobre que se conversou, é-o **a fortiori** trazer a juízo gravação capaz de comprovar a fidelidade do relato ou conversa, cujo conteúdo se invoque como verdadeiro!

Não é tampouco exato que esta Corte tenha, alguma feita, assentado coisa diversa. No famoso caso da **AP n° 307**, a ementa oblitera e trai o sentido da decisão incidental sobre o tema, a cujo respeito se limitou o Tribunal a reconhecer ilicitude à degravação do que se continha em disco apreendido sem as formalidades legais.⁶ Noutros, negou valor a interceptação clandestina,⁷ ou à que fizera a polícia, com autorização judicial, mas antes do advento da Lei federal n° 9.296, de 24 de julho de 1996.⁸ Tais precedentes foram, aliás, reexaminados, pelo colendo Plenário, que, embora contra dois ilustres votos, proclamou com nitidez a distinção entre interceptação clandestina, objeto da vedação constitucional, e gravação clandestina, que é a realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, a qual é prova lícita.⁹ Do voto do Min. **CARLOS VELLOSO**, nesse precedente, consta:

⁶ Cf. *RTJ 162/3* e, em especial, p. 244-245.

⁷ *RTJ 122/60*

⁸ Pleno, **HC n° 69.912-RS**, Rel. p/ac. Min. **CARLOS VELLOSO**, DJ 26.11.1993. É bom observar que, por impedimento de um dos ministros, tal acórdão acabou cassado, em mandado de segurança não conhecido, mediante ordem de ofício de *habeas corpus*, tendo sido rejulgado o caso (cf. **HC n° 69.912-0-RS**, Rel. Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, DJ 25.03.1994).

⁹ **HC n° 75.338-8-RJ**, Rel. Min. **NELSON JOBIM**. In: *RTJ 167/206-222*.

RE 402.717 / PR

"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".

Não menos explícito e minucioso foi, aí, o voto do Min.

SEPÚLVEDA PERTENCE:

"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 na Ação Penal 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 5.988/73, chamada 'Lei dos Direitos Autorais' diz:

'Art. 33. As cartas missivas não podem ser publicadas sem permissão do autor, mais 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 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

RE 402.717 / PR

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.”

Nesse sentido firmou-se a jurisprudência da Corte, como se tira a limpo a estoutros precedentes:

“CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação - "the fruits of the poisonous tree" - não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido”. (Al-AgR nº 503.617, Rel. Min. **CARLOS VELLOSO**, DJ de 04.03.2005)¹⁰

“GRAVAÇÃO DE CONVERSA. INICIATIVA DE UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE. PROVA CORROBORADA POR OUTRAS PRODUZIDAS EM JUÍZO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. Gravação de conversa. A gravação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, nada tem de ilicitude, principalmente quando destinada a documentá-la em caso de negativa. Precedente: Inq 657, Carlos Velloso. Conteúdo da gravação confirmada em juízo. AGRRE improvido”. (RE-AgR nº 402.035, Rel. Min. **ELLEN GRACIE**, DJ de 06.02.2004)

“Interceptação telefônica e gravação de negociações entabuladas entre seqüestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro,

¹⁰ In: RTJ 195/363.

RE 402.717 / PR

com o conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações. Licitude desse meio de prova. Precedente do STF: (HC 74.678, 1ª Turma, 10-6-97)” (HC nº 75.261, Rel. Min. **OCTAVIO GALLOTTI**, DJ de 22.08.97)¹¹

É o que bastaria à subsistência da decisão ora impugnada.

Mas o caso apresenta ainda circunstância muito para advertir. É que o ora recorrido, na condição de investigado em inquérito policial, juntou aos autos deste gravações clandestinas de conversas nas quais figurou como interlocutor, para efeito de fazer prova de sua alegada inocência quanto ao suposto delito investigado que se lhe imputaria. Tais elementos materiais não podiam, sob pretexto de ilicitude, ser desconsiderados nas investigações, pela razão breve, mas decisiva, de que seu uso, no inquérito ou no processo, corresponde ao exercício de ônus que constitui típico poder jurídico inerente às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, elementares do justo processo da lei (art. 5º, LIV e LV, da CF).

De modo que ainda quem professe tese da ilicitude da gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, terá, neste caso, onde seu uso, tido por excepcional *ad argumentandum*, seria legitimado por normas constitucionais, de lhe reconhecer, quando menos, caráter de causa excludente de injuridicidade da ação e análoga à da legítima defesa. É o que já proclamou esta Corte, em hipótese em certo sentido até mais singular, onde se discutia a licitude do uso do teor de conversa telefônica por quem

¹¹ In: RTJ 163/759.



RE 402.717 / PR

alegava ter sido vítima de crime cometido de um dos interlocutores, o qual desconhecia a gravação feita por terceiro com autorização do outro:

“1. A hipótese, no caso, não é propriamente da utilização de interceptação telefônica, mas, sim, da utilização de gravação feita por terceiro com autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro.

Pretende-se, no presente ‘habeas corpus’, que se declare ilícita prova assim obtida, sem autorização judicial, por quem alega ser vítima de crime por parte do interlocutor que desconhecia essa gravação.

2. Não têm razão os impetrantes.

Para a demonstração de que prova desse modo, produzida, independentemente de autorização judicial, é lícita, basta considerar que, nos países em que a legislação prevê o crime de violação da intimidade, inexistente a conduta típica se houver causa excludente da antijuridicidade da ação. Assim, na Alemanha o § 298 do Código Penal, na redação da Lei de 22.12.67, introduziu, para a proteção da intimidade das pessoas, o crime de abuso da gravação e da interceptação de som por aparelhos (Missbrauch von Tonaufnahmeund Abhörgeräten), sendo que deixa de haver esse crime se ocorre em favor do acusado qualquer das causas de exclusão da ilicitude, como - e a observação é de PETER-PREISENDANZ (Strafgesetzbuch, 27ª ed., § 298, p. 520, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1971) - ‘a legítima defesa, por exemplo, para o impedimento de uma extorsão ou de outro fato delituoso’ (‘Notwehr, z. B. zur Verhinderung einer drohenden Erpressung oder anderen Straftat’). No mesmo sentido, Welzel (Das Deutsche Strafrecht, 11ª ed., § 45, III, p. 338, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969). Aliás, foi apoiado neste último autor que HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (Lições de Direito Penal, Parte Especial - arts. 121 a 212, nº 276, p. 255, 7ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1983), aludindo ao crime de violação de intimidade em fórmula ampla previsto no art. 161 do Código Penal de 1969, que não chegou a entrar em vigor, salientou que ‘excluir-se-ia a antijuridicidade da ação, se houvesse legítima defesa ou outra causa de exclusão da ilicitude. Seria o caso de quem gravasse subrepticamente a exigência de quem pratica extorsão (Welzel, 45, III)’.

Estando, portanto, 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 consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição (‘são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos’) com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna)...” (HC nº 74.678, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 15.8.97. Grifos do original).

RE 402.717 / PR

E, doutra feita, foi até mais longe, admitindo como princípio, em caso a que já fizemos referência,¹² o uso processual da gravação clandestina, realizada por um dos interlocutores, sem a ciência do outro, como *prova de acusação* de crime de exploração de prestígio por esse praticado. E, justificando a proposição de licitude dessa prova contra investida criminosa de um dos interlocutores, a título que corresponde a causa excludente de injuridicidade ou, *in nuce*, de justa causa, assentou:

“É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista” (Pleno, **HC nº 75.338**, Rel. Min. **NELSON JOBIM**).

Igual coisa assentou a Corte, em caso ulterior, onde a gravação clandestina, aviada por um dos interlocutores, que era, aliás, representante do Ministério Público, foi tida como prova legítima do crime de corrupção ativa cometido pelo outro, que ignorava o registo da conversa. Da ementa expressiva consta:

“Prova criminal: gravação telefônica por um dos interlocutores de oferta de vantagem indevida em troca de ato de ofício seu: legitimidade. Não constitui prova ilícita a gravação por um dos interlocutores de conversa telefônica na qual lhe é feita proposta de suborno, configurando corrupção ativa: a hipótese nem configura interceptação de comunicação telefônica, nem implica violação da intimidade ou de dever jurídico de sigilo” (**AI-AgRg nº 232.123**, 1ª Turma, Rel. Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**).¹³

¹² Cf. *supra*, nota nº 9.

¹³ In: *RTJ* 168/1022-1025.

RE 402.717 / PR

2. Ante o exposto, **nego provimento ao recurso**, mantendo a decisão que admitiu fossem juntadas aos autos, como prova lícita, as gravações telefônicas efetuadas pelo então investigado.



Ministro CEZAR PELUSO
Relator

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 402.717-8

PROCED. : PARANÁ

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECDO.(A/S) : DAVI MAKARAUSKY

ADV.(A/S) : LUIZ EDUARDO DA SILVA

Decisão: A Turma, por votação unânime, **conheceu** do recurso extraordinário, **mas** lhe **negou** provimento, **nos termos** do voto do Relator. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 02.12.2008.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ellen Gracie, Cezar Peluso e Eros Grau. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Verônica Cureau.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador