

Interceptação na Esfera Civil - Caso Mato Grosso do Sul

Jéssica Camargo Drummond

RESUMO

O artigo em voga analisa um tema super atual: A possibilidade de Interceptação Telefônica na esfera civil. No dia 01 de setembro, Superior Tribunal de Justiça em decisão incomum faz a sua admissão, e sopesa direitos constitucionais em benefício de um menor, que teve seus direitos tolidos por um dos seus progenitores. Evidente confronto manifestou-se, uma vez que, só se faz admissível a interceptação na seara penal, direito a intimidade elencado no artigo 5º, inciso XII da Carta Magna e na lei infraconstitucional nº 9.296/96. Porém foi clara a posição tanto do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, quanto da Terceira Turma do STJ. Sendo que na ultima, o Ministro enfatizou o brilhante entendimento do Ministério Público Federal.

Palavra Chaves: interceptação telefônica. lei regulamentadora. teoria da proporcionalidade.

INTRODUÇÃO

É sabido que são vários os direitos e garantias fundamentais garantidos na Constituição Federal. Em especial encontramos o sigilo de comunicação, estabelecido no rol do artigo 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;

Ausente a edição da lei exigida constitucionalmente, o entendimento do Pretório Excelso era sobre a impossibilidade de interceptação telefônica, mantido até a edição da Lei nº 9.296/96, de 24 de julho de 1996, quando então a hipótese foi regulamentada.

A lei infraconstitucional convalidou a reserva constitucional, somente sendo possível a quebra em investigação penal ou instrução processual penal.

No corrente ano, um Juiz da Vara da Família do Mato Grosso do Sul, expediu ofício para a interceptação telefônica, pois nenhuma outra medida obteve êxito.

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

Várias controvérsias foram suscitadas, porém não foi diverso o entendimento do cabimento da medida pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual resplandeceu sobre a prioridade de o Estado zelar pelos direitos de um menor.

Interceptação Telefônica e Lei Regulamentadora

A Constituição Brasileira, de 05 de outubro de 1988, prevê expressamente no artigo 5º, inciso XII, a tutela do sigilo das correspondências e comunicações telegráficas e telefônicas, instituindo a proteção contra as interceptações ilegais e violação dos sigilos de dados, só permitindo a violação do sigilo de comunicações telefônicas nas hipóteses nela estabelecidas e na forma da legislação infraconstitucional específica.

Antes do atual texto constitucional, a Carta Magna assegurava o sigilo das telecomunicações sem qualquer restrição ou ressalva, e paralelamente estava em vigor o artigo 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, que dispunha em seu bojo, a não constituição de violação de telecomunicação, o conhecimento de dado ao juiz competente mediante requisição ou intimação deste.

Instaurou-se, portanto, uma polêmica quanto à recepção ou não do artigo 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, visto que a norma contida na nova Norma Ápice é de aplicabilidade imediata e de eficácia limitada.

Após opiniões e pronunciamento judiciais radiantes, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no HC 73.351-4-SP, julgado em 9 de maio de 1996, concluiu não estar o referido dispositivo recepcionado, dependendo, pois, o texto constitucional de lei específica para tornar-se eficaz, de modo que a partir de 1988, por falta de regulamentação, e até a edição de norma legal específica, não se

admitiria a interceptação em nenhum caso, sendo conseqüentemente ilícitas as interceptações assim obtidas.

No dia 24 de julho de 1996 foi promulgada a lei nº 9.296, que regulamentou o artigo 5º, inciso XII, parte final, da CF, tratando somente das interceptações telefônicas. Entretanto, há outros tipos de gravações que não são mencionadas na lei, mas que podem surgir como prova. Nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover: "o legislador perdeu boa oportunidade de regulamentar o assunto, que normalmente vem tratado no direito estrangeiro, juntamente com a disciplina das interceptações".¹

Observe-se que isso não ocorria no projeto de lei anterior existente a respeito da matéria, e que acabou deixado de lado, sendo, porém, em muitos aspectos, bem melhor elaborado. Este era o Projeto de Lei 3514/89, conhecido como "Projeto Miro Teixeira", apresentado pelo referido deputado e que encapava a proposta elaborada pelo Grupo de Trabalho formado pelo Deputado Michel Temer, o qual chegou a ser aprovado no plenário da Câmara dos Deputados, vindo depois a perder-se nos meandros do Senado da República.

Greco Filho, faz importante observação quanto à distinção que nem sempre é visível em doutrinas ou em julgamentos, qual seja, a diferença entre a gravação feita por um dos interlocutores da conversação telefônica, ou com autorização deste, e a interceptação.²

A interceptação telefônica é uma gravação telefônica feita por terceiro, sem conhecimento dos interlocutores. Trata-se de prática lícita, decretada por ordem judicial, tendo previsão constitucional e legal. Realizada sem seus requisitos legais, caracterizará o crime previsto no artigo 10 da lei 9.296/96.

A gravação clandestina é a gravação da comunicação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Como dito anteriormente, não há previsão legal, inexistindo assim tipo penal que incrimine, e, não podendo ser autorizada pelo judiciário. No mesmo patamar, encontra-se a escuta telefônica, realizada por um terceiro, mas com o consentimento de um dos interlocutores. Embora, a jurisprudência venha admitindo ambas como meio de prova para a defesa.

Como dito anteriormente, a Lei 9.296/96 adveio como forma de dar aplicabilidade ao preceito constitucional, trazendo em seu bojo normas de natureza processual e penal. Como sabido, as normas constitucionais de eficácia limitada geram alguns efeitos jurídicos negativos imediatos pelo efeito impeditivo de deliberação em sentido contrário ao da norma constitucional, ficando, portanto adstrita a lei que disciplinou a interceptação telefônica aos requisitos mínimos constantes na Carta Maior.³

As hipóteses em que o juiz poderá ordenar a interceptação tratam-se de reserva legal, considerada indispensável pelo Supremo Tribunal Federal para a validação das operações técnicas. São elencadas de forma errôneas no artigo 2º da lei, uma vez que na Constituição Federal o sigilo é a regra, à qual a lei pode excepcionar, nas hipóteses e formas que estabelecer, e diverso é o previsto no artigo, posto que apresenta a quebra como regra e a inviolabilidade com exceção.

A enumeração negativa traz dificuldades de interpretação nos dizeres de César Dário Mariano da Silva.⁴

Não vamos nos ater a isto, posto que para quem não possuía legislação, a Lei nº 9.296/96 é um começo, e que poderá vir a ser brevemente modificada para o bem da sociedade.⁵

Interceptação na Esfera Penal

A Constituição excepciona a violação do sigilo de comunicações telefônicas nas hipóteses nela estabelecidas, admitindo quando necessária para fazerem provas em investigação policial ou em instrução processual penal.

Por que excluir da quebra a prova necessária ao processo não-penal, dada a natureza dos direitos materiais controvertidos no denominado "processo civil", o qual, no ordenamento brasileiro, está longe de restringir-se à tutela de meros interesses patrimoniais?

O texto que veio a ser promulgado foi diverso do aprovado pela Assembléia Nacional Constituinte. A redação aprovada em segundo turno, no plenário, foi a seguinte: "É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações de dados,

telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal **ou instrução processual**”⁶

Foi a Comissão de Redação que, acrescentou ao texto as palavras "comunicações", "no último caso" e "penal", limitando consideravelmente o alcance da norma constitucional legitimamente aprovada em plenário.

Embora de indiscutível deformação, o texto promulgado foi o com alterações. Inconstitucionalidade formal ou exorbitância de poder pela Comissão o vício não foi sanado, e a norma infraconstitucional convalidou a limitação constitucional.

Neste ano, para surpresa dos doutrinadores e juristas brasileiros, e considerando o pasmo de leigos e iniciantes na carreira acadêmica de direito, todos ficaram estarecidos com decisão do Superior Tribunal de Justiça, em que pese à possibilidade da interceptação telefônica em investigação de natureza civil, questão esta abaixo analisada.

Interceptação na Esfera Civil - Caso Mato Grosso do Sul

A decisão foi da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar *habeas corpus* preventivo nº 203.405 - MS (2011/0082331-3), impetrado pelo gerente de uma empresa de telefonia.

Um juiz de direito da 4ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande, Mato Grosso do Sul, expediu ofício para uma empresa de telefonia, determinando a quebra do sigilo telefônico a fim de investigar o paradeiro de uma criança levada pelo pai contra determinação judicial.

O progenitor além de recusar entregar o filho para a mãe desdenhava do Poder Judiciário, na medida em que compareceu a um programa de televisão dizendo que nada o faria devolver a criança.

Antes de a medida ser adotada, diversas foram as cartas precatórias expedidas em “caráter itinerante” para a busca e apreensão da criança, porém nenhuma obteve sucesso.

O impetrante negou-se a cumprir a determinação, com o argumento de que a quebra de sigilo telefônico, de acordo com a Constituição Federal e a Lei 9.296/96, é vedada na esfera extrapenal, utilizando-se assim do remédio constitucional.

O Relator Desembargador Romero Osme Dias Lopes, do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS), julgou correta a decisão do juízo de direito considerando possível a interceptação na esfera civil quando nenhuma outra diligência puder ser adotada, como no caso julgado, em que foram expedidas cartas precatórias para busca e apreensão da criança.

O órgão assinalou que o caso põe em confronto o direito à intimidade de quem terá os sigilos quebrados em antagonismo a vários direitos fundamentais inerentes a um menor, como educação, alimentação, lazer, dignidade e convivência familiar.

Para o tribunal local, as consequências do cumprimento da decisão judicial em questão são infinitamente menos graves do que as que ocorreriam caso o Estado permanecesse inerte.

O relator no STJ, ministro Sidnei Beneti, afirmou que a situação inspira cuidado e não se trata pura e simplesmente de discussão de aplicação do preceito constitucional que garanta o sigilo: "inspira mais cuidado do que, à primeira vista, pareceria ser o caso de aplicação pura e simples do preceito Constitucional que estipula a garantia do sigilo das comunicações. Há que se proceder à ponderação dos interesses constitucionais em conflito".⁷

O ministro enfatizou no voto, o parecer do Ministério Público Federal, em que a solução do caso está no artigo 227 da Constituição Federal, visto que é dever do Estado com absoluta prioridade, assegurar os Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente. Destacando que haveria outro motivo para o acréscimo da expressão: "absoluta prioridade", se não fosse para garantir à criança e ao adolescente a proteção integral de seus direitos fundamentais de modo absoluto, inclusive quando o resguardo desses direitos estiver em aparente confronto com outros direitos assegurados pela Constituição Federal.

Embora a ordem tenha partido de juízo cível, a situação envolve também a necessidade de apurar a suposta prática do delito previsto pelo artigo 237 do ECA:

“Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto”.

Tendo em vista não haver razões para o receio de prisão iminente, a Terceira Turma não conheceu do pedido de *habeas corpus* impetrado pela defesa.⁸

“Possibilitar que o destinatário da ordem judicial exponha razões para não cumpri-la é inviabilizar a própria atividade jurisdicional, com prejuízo para o Estado Democrático de Direito”, afirmou o ministro.⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio ou teoria da proporcionalidade é a harmonia das normas, em que pese o direito ser dinâmico, e as normas articularem-se em nosso sistema.

É admissível, considerados certos parâmetros, o sacrifício de um direito em prol de outro da mesma ou superior magnitude, sendo no nosso ordenamento jurídico nenhum direito ou garantia constitucional absoluto.

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles, os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados na Constituição Federal, não podem ser usados como escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos.¹⁰

REFERÊNCIAS

¹ O Regime Brasileiro de Interceptações Telefônicas, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 17/115.

² 2005, p. 5 no capítulo das observações preliminares

³ CAPEZ, Fernando. Op. Cit. p. 517. **Curso de Direito Penal**. vol. 4, 3° ed.- São Paulo: Saraiva 2008

⁴ DA SILVA, César Dário Mariano. **Provas Ilícitas**, 5° Ed. Ed. Forense, 2007, pag. 47.

⁵ DA SILVA, César Dário Mariano. **Provas Ilícitas**, 5° Ed. Ed. Forense, 2007, pag. 45.

⁶ Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/108/151>> Acesso em: 13 de nov. 2011.

⁷ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/entendimento-stj-embora-artigo-cf-exija.pdf>> Acesso em: 13 de nov. 2011.

⁸ **Fonte Superior Tribunal de Justiça**. A notícia foi publicada no dia 01 de setembro de 2011 no seguinte endereço <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103043> Acesso em: 13 de nov. 2011.

⁹ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/entendimento-stj-embora-artigo-cf-exija.pdf>> Acesso em: 13 de nov. 2011.

¹⁰ RT-STF 709/418; STJ – 6ª T. RHC nº 2.777-0/RJ – Rel. Min. Pedro Acioli, 08/721.