

DA ANTINORMATIVIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO PROCESSO CIVIL

Paulo Augusto SILVA¹

RESUMO: A presente produção científica teve como escopo a análise de decisões no processo civil que determinaram a interceptação telefônica. Prima facie, coube mencionar que tais decisões ferem dispositivo expresso na Constituição Federal e Lei 9.296/96, lei da interceptação telefônica. Ocorre que o raciocínio jurídico utilizado nas decisões dos tribunais tem o enfoque de colidência de direitos fundamentais, intimidade versus direitos a alimentos. S.m.j., o que está realmente em jogo é o sistema jurídico normativo pátrio. Até mesmo porquê, não há lacuna no ordenamento, pelo contrário, existem as medidas cabíveis, contudo, foram desrespeitadas. Nesse sentido, tais decisões, criam uma fissura no sistema jurídico normativo constituído, que podem gerar uma série de consequências negativas, ainda que não desejadas por tais decisões, gerando de imediato, insegurança jurídica. Diante do exposto, este estudo demonstrou as soluções jurídicas harmônicas diante do ordenamento jurídico posto, respeitando o devido processo legal, formal e material, e garantindo os direitos de todos, mormente daquele que busca os alimentos devidos e necessários. Não é de balde mencionar, que não adentramos no mérito do que conceito jurídico de interceptação telefônica e assuntos correlatos.

Palavras-chave: civil; penal; interceptação; abandono; (in)segurança jurídica.

1 INTRODUÇÃO

O tema tem grande relevância uma vez que se sustenta a unicidade do Direito, sendo dividido em searas para melhor entendimento do todo. Contudo, há decisões que extrapolam o âmbito de incidência da própria seara, negligenciando preceitos basilares de outra, afetando assim a harmonia e criando-se uma fissura no sistema jurídico posto, em nome de se garantir direito fundamental, que não se olvida de sua importância.

Nesse estudo, apontaremos decisões no processo civil que extrapolaram sua parcela competência e alcance, e adentraram a competência do processo penal, maculando o devido processo legal.

2 METODOLOGIA

O resumo é uma apreciação acadêmica que se utilizou de pesquisa doutrinária e jurisprudencial para construir o raciocínio apresentado sobre o tema em

comento. Para tanto, utilizou-se os métodos histórico e dedutivo, a realizar algumas abordagens objetivando alcançar o fim colimado de contribuir para um tema tão debatido e longe de ser pacificado.

3 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ab initio, resta demonstrar a previsão constitucional com relação à interceptação telefônica, nos termos do art. 5^a, XII, CF, *ipsis litteris*:

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;

Nota-se, que segundo a classificação de José Afonso da Silva, a norma em comento é de eficácia limitada, ou seja, faz-se necessário a criação de lei regulamentadora para estabelecer as regras atinentes ao uso da interceptação telefônica. Malgrado, a Constituição Federal reconhecer que a inviolabilidade das comunicações telefônicas não é direito absoluto, entretanto, determinou que as hipóteses de violação legal de tal direito são adstritas ao processo penal.

A lei 9.296/96, que regulamentou o inciso supramencionado, traz uma série de requisitos para se possa violar o sigilo das comunicações telefônicas, como as quais:

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

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - **não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;**

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - **o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.**

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - **da autoridade policial, na investigação criminal;**

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal. (grifos nossos).

Dentre os requisitos para uma interceptação telefônica, cita-se: investigação criminal ou instrução processual penal; indícios de autoria ou participação em infração penal; necessidade da pena cominada no preceito secundário do tipo não ser de no máximo detenção, etc. Resta evidenciado, que nenhum dos requisitos apostos na Constituição Federal e na Lei 9.296/96 para violação do sigilo telefônico são preenchidos por um processo cível, sendo assim, de clareza solar a antinormatividade das decisões cíveis nesse sentido.

Dos argumentos utilizados pelo juízo cível, em detrimento da Constituição Federal e da lei regulamentadora, em essência, é de que no conflito entre direitos fundamentais devem prevalecer o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes.

4 DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA EM AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

A decisão pioneira, nesse sentido, foi da 7ª Câmara Cível do TJ/RS no Agravo de Instrumento nº 70018683508 – Comarca de Porto Alegre, *ipsis litteris*:

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DO DEVEDOR DE ALIMENTOS. CABIMENTO.

Tentada a localização do executado de todas as formas, residindo este em outro Estado e arrastando-se a execução por quase dois anos, mostra-se cabível a interceptação telefônica do devedor de alimentos.

Se por um lado a Carta Magna protege o direito à intimidade, também abarcou o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes. Assim, ponderando-se os dois princípios sobrepõe-se o direito à vida dos alimentados. A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia tal assertiva.

Tal medida dispõe inclusive de cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais se utilizem de subterfúgios para safarem-se da obrigação.

Agravo provido.

Verifica-se do caso supramencionado, que havia mandado de prisão em aberto, e o devedor de alimentos não era localizado, sendo procrastinada a execução por um lapso temporal de dois anos, aproximadamente.

5 DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA EM CASO DE SUBTRAÇÃO DE MENOR

Outra decisão, Habeas Corpus 203.405/MS, julgado pelo STJ, trouxe contornos interessantes, pois o juízo de família de Campo Grande/MS determinou que a empresa de telefonia fizesse a interceptação telefônica, para localizar o paradeiro de uma criança, que havia sido levada por seu genitor, e estava em local incerto e não sabido. Ocorre que a empresa, se negou a cumprir tal determinação por ser manifestamente ilegal, já que não havia previsão legal para tanto. A magistrada reiterou a ordem e informou que em caso de descumprimento, enviaria o caso ao Ministério Público para as providências cabíveis. Com receio de ser responsabilizado penalmente, o gerente da empresa impetrou Habeas corpus preventivo. Segue abaixo ementa de citação:

HABEAS CORPUS. QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO. PROCESSO CIVIL. INDÍCIOS DE COMETIMENTO DE CRIME. SUTRAÇÃO DE CRIANÇA. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL POR FUNCIONÁRIO DE COMPANHIA TELEFÔNICA, APOIADO EM ALEGAÇÕES REFERENTES AO DIREITO DA PARTE NO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE FUNDADO RECEIO DE RESTRIÇÃO IMINENTE AO DIREITO DE IR E VIR. NÃO CONHECIMENTO. 1.- A possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas fica, em tese, restrita às hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal. No entanto, o ato impugnado, embora praticado em processo cível, retrata hipótese excepcional, que se apuram evidências de subtração de menor, crime tipificado no art. 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2.- Não toca ao paciente, embora inspirado por razões nobres, discutir a ordem judicial alegando direito fundamental que não é seu, mas da parte processual. 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. 3. – Do contexto destes autos não se pode inferir a iminência da prisão do paciente. Nem mesmo há informação sobre início do processo ou sobre ordem de prisão cautelar. Ausentes razões que fundamentariam o justo receio de restrição iminente à liberdade de ir e vir, não é cabível o pedido de habeas corpus. 4. – Habeas corpus não conhecido.
(STJ – HC: 203405 MS 2011/0082331-3, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 28/06/2011, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2011).

Destaca-se o argumento do ministro relator, Sidnei Beneti, é que não seria razoável a empresa telefônica questionar a determinação do juízo, sob pena de inviabilizar a atividade jurisdicional.

O caso chegou ao STF, contudo, o egrégio tribunal se limitou a analisar a impossibilidade da concessão de Habeas corpus, por entender, que não havia iminente perigo à liberdade do paciente.

6 DA ANÁLISE CRÍTICA E SOLUÇÕES JURÍDICAS DOS CASOS EM COMENTO

Nota-se que, ainda que as soluções apresentadas não sejam possíveis, ao se respeitar o devido processo legal, tais causas são nobres. Insta salientar que em nenhuma dos casos demonstrados acima, não há omissão normativa. Noutra giro, não são hipóteses de necessidade de julgar sem respaldo jurídico normativo. Como se pretende demonstrar, o direito aos alimentos por parte das crianças e adolescentes é também tutelado pelo código penal, art. 244, abandono material, nos seguintes termos:

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

O causídico da ação de alimentos, poderia, sem prejuízo da ação no juízo cível, se socorrer ao juízo competente na seara penal, chegando ao resultado pretendido, a localização do devedor de alimentos por meio da interceptação telefônica, e ainda, respeitando o sistema jurídico normativo pátrio. Nesse jaez, verifica-se a inobservância arcabouço normativo, justamente com a alegação de respaldar direitos fundamentais. É cediço de todos, que a prestação jurisdicional não pode ser dada ao arrepio da lei e do ordenamento, sob pena de sério abalo a harmonia e estabilidade do Estado Democrático de Direito. Se fosse razoável inferir dessa maneira, poderíamos macular a Magna Carta e o ordenamento como um todo, se apoiando no respeito a direito fundamental, isoladamente.

No segundo caso, como havia indícios de cometimento de crime, art. 237, ECA, nos termos:

Art. 237. 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:

Pena - reclusão de dois a seis anos, e multa.

Diante disso, o douto magistrado, com a devida vênia, deveria ter respeitado o preceito do código de processo penal, art. 40, e ter remetido o caso ao Ministério Público, para as providências cabíveis, como segue:

Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

Como citado alhures, a recusa por parte da empresa em atender a decisão manifestamente ilegal causou inquietude ao órgão revisor. Ocorre que, no direito penal o desconhecimento da lei é inescusável, em assim sendo, o conhecimento da lei, ainda que em sede de valoração paralela do profano, é digno de louvor. A legalidade, princípio basilar do código repressivo, é justamente uma garantia para o aplicador da lei e para o cidadão, não sendo razoável, com a devida vênia, querer sobrepor uma decisão manifestamente ilegal ao arrepio da lei e do cidadão cumpridor dela.

7 DO EXEMPLO DE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS EM UM CASO HIPOTÉTICO

Cabe, a título ilustrativo, vislumbrar situação corriqueira na seara cível, de conhecimento de todos, que poderia gerar consequências inimagináveis de violação a direitos fundamentais elementares.

Tomemos o seguinte exemplo: Mulher grávida aponta companheiro como suposto pai da criança que está em seu ventre. [é comum, caso em que a mulher teve vários parceiros, e não sabe declinar com certeza quem seria o verdadeiro genitor da criança]. O homem, suposto pai, está em local incerto e não sabido. A mulher aciona o judiciário, e dá-se início a ação de execução de alimentos. Têm-se várias tentativas frustradas de localizar o agora devedor de alimentos, contudo sem sucesso. É expedido mandado de prisão cível, e depois de várias diligências, todas restam infrutíferas. Diante do raciocínio esposado nos casos anteriores, não há outro modo de dar efetividade à execução a não ser a interceptação telefônica do agora procurado. Instala-se a interceptação e consegue localizar o suposto pai. Este aceita fazer o exame de DNA [ácido desoxirribonucleico] e o resultado sai negativo, ou seja,

resta demonstrado que ele não é o pai da criança. Levando em consideração ainda, que a mãe não agiu de má fé, não tinha certeza, mas apontou-o como pai de seu filho.

Nesse caso hipotético, entretanto, com razoável possibilidade de acontecer, teríamos, uma série de direitos violados, com a pretensão de efetivar direito fundamental, principio da proteção integral à criança. Conclui-se, portanto, que o ordenamento jurídico posto, deve preservar todos os direitos, inclusive do devedor de alimentos. Não se olvidando, que na seara penal, incontestavelmente, a busca pela verdade real se dá numa intensidade muito maior, ainda que não seja imune a possíveis falhas.

8 CONCLUSÕES

É visível que ambas as decisões não preenchem os requisitos da Constituição Federal e da lei regulamentadora para a decretação da interceptação telefônica. A saída mais harmônica seria se socorrer do processo penal, a qual sem dúvidas é o juízo competente para apreciar a matéria em comento.

Resta-se evidenciado ainda, uma ingerência na competência de outro ramo do direito, trazendo assim desrespeito ao devido processo legal e causando desarmonia no sistema jurídico normativo posto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 9.926 de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Interceptação Telefônica. Diário Oficial da União, 25 de julho de 1996. Vade Mecum, JusPodivm, 2019, pág. 1529.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, 05 de outubro de 1988. Vade Mecum, JusPodivm, 2019, pág. 41-102.

BRASIL. Código Penal. Decreto **Lei 2.848 de 07 de setembro de 1940**. Diário Oficial da União, 31 de dezembro de 1940. Vade Mecum, JusPodivm, 2019, pág. 490-522.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto **Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Diário Oficial da União, 13 de outubro de 1941. Vade Mecum, JusPodivm, 2019, pág. 551-600.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Diário Oficial da União, 16 de julho de 1990. Vade Mecum, JusPodivm, 2019, pág. 1006-1033.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HABEAS CORPUS 203.405/MS – Ministro Teori Zavascki. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisooes/doc.jsp#DOC1> > Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS 203.405/MS. Ministro Sidnei Beneti. Disponível em:
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21107387/habeas-corpuz-hc-203405-ms-2011-0082331-3-stj/inteiro-teor-21107388?ref=juris-tabs>> Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 7ª Câmara Cível. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70018683508 - COMARCA DE PORTO ALEGRE. Desembargadora Maria Berenice Dias – Presidenta e Relatora. Disponível em:
<[https://migalhas.com.br/Quentes/17,MI37571,101048-
Decisao+proferida+em+sessao+da+7+Camara+Civel+do+TJRS+em+caso+de](https://migalhas.com.br/Quentes/17,MI37571,101048-Decisao+proferida+em+sessao+da+7+Camara+Civel+do+TJRS+em+caso+de)>