

## ARTIGO JURÍDICO

### “INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA SEARA EXTRAPENAL E RECENTE POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)”



**ALEX PACHECO MAGALHÃES**  
Advogado. Especialista em Direito do Estado  
(JusPodivm/Faculdade Baiana de Direito).

---

**RESUMO:** A possibilidade da interceptação telefônica na seara extrapenal foi tratada de forma inédita. Os aspectos legais, doutrinários, jurisprudenciais, além da transcrição e explicação da recente posição do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto foram devidamente abordados, levando-se em consideração a aplicação dos princípios e balizas constitucionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Interceptação telefônica. Seara extrapenal. Recente posição do Superior Tribunal de Justiça. Princípios. Balizas constitucionais.

**ABSTRACT:** The possibility of interception on the likes extrapenal was treated in an unprecedented way. The legal, doctrinal, jurisprudential, and transcription and explanation of the recent position of the Superior Court of Justice on the subject

were addressed, taking into account the application of constitutional principles and goals.

**KEYWORDS:** Interception. Seara extrapenal. Latest position of Superior Court. Principles. Beacons constitutional.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Interceptação telefônica na seara extrapenal e recente posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ). 3. Análise do caso julgado à luz dos princípios e balizas constitucionais. 4. Considerações finais. Referências.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Em breve síntese introdutória, sabemos que o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal da República, estabelece ser *“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”*.

A Lei nº 9.296/96 admite a interceptação telefônica, também chamada de escuta telefônica, através de ordem judicial, por provocação do Ministério Público ou da autoridade policial, estabelecendo critérios e requisitos para a sua concessão.

Basicamente, vislumbram-se dois distintos elementos exigidos para a admissão da interceptação telefônica: *a imprescindibilidade da interceptação como único meio eficaz para a realização da prova e a gravidade da infração penal apurada, afastada a sua possibilidade quando a prova tiver como ser produzida através de outro meio.*

Nestes termos, a possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas fica, em tese, restrita às hipóteses de investigação criminal ou instrução

processual penal. Essa sempre foi a opinião de parte considerável da doutrina e dos tribunais.

## **2. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA SEARA EXTRAPENAL E RECENTE POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)**

Ocorre que, em um caso julgado recentemente, em 2011, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a possibilidade de interceptação telefônica na seara extrapenal. Considerou-se possível a interceptação telefônica no âmbito civil em situação de extrema excepcionalidade, quando não houver outra medida que resguarde direitos ameaçados e o caso envolver indícios de conduta considerada criminosa.

A decisão é da Terceira Turma do Tribunal da Cidadania (STJ), ao julgar *habeas corpus* preventivo em que o responsável pela execução da quebra de sigilo em uma empresa telefônica se recusou a cumprir determinação judicial para apurar incidente de natureza civil.

No caso, determinou-se a medida extrema em processo cível, que tramita perante a 4ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande. Ficou constatado que o ato impugnado retrata hipótese excepcional, em que se cogitou, até mesmo, a possibilidade de desaparecimento de menor (criança), havendo demais provas nos autos que atestaram a tentativa do paciente em se furtar da justiça, sem respeito ao Poder Judiciário.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJ/MS) julgou correta a decisão do Juízo de direito da mencionada vara de família, que expediu ofício para investigar o paradeiro de criança levada por um familiar contra determinação judicial. O gerente se negou a cumprir a ordem porque a Constituição, regulamentada neste ponto pela Lei nº 9.296/96, permite apenas a interceptação para investigação criminal ou instrução processual penal.

O TJ/MS considerou, assim, que é possível a interceptação na esfera civil quando nenhuma outra diligência puder ser adotada, como no caso julgado, em que foram expedidas, sem êxito, diversas cartas precatórias para busca e apreensão da criança. O órgão assinalou que o caso põe em confronto, de um lado, o direito à intimidade de quem terá o sigilo quebrado e, de outro, vários direitos fundamentais do 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.

Segundo o Tribunal de origem (Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul), *“apesar da ordem emanar de Juízo Cível, há a possibilidade de se averiguar o possível cometimento do delito disposto no art. 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: Pena - reclusão de dois a seis anos, e multa’)*”.

Urge reproduzirmos os termos do julgado:

**“EMENTA: HABEAS CORPUS PREVENTIVO – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – VARA DE FAMÍLIA – TENTATIVA DE LOCALIZAÇÃO DE GENITOR QUE RAPTOU O PRÓPRIO FILHO – RECUSA NO CUMPRIMENTO DE ORDEM EMANADA DE VARA CÍVEL – ALEGAÇÃO DE QUE A MEDIDA É VEDADA NA SEARA EXTRAPENAL – AFASTADA – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL – COMETIMENTO DE DELITO A SER AVERIGUADO – FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E VINCULADA – PRAZO PARA AS ESCUTAS READEQUAÇÃO DISPOSTO NA LEI 9.296/96 - ORDEM DENEGADA - LIMINAR CASSADA.**

*Conforme cediço e exposto na Lei n. 9.296/96, a realização da interceptação telefônica é vedada na seara extrapenal. Entretanto, tal princípio não é absoluto. No âmbito cível e em situação extremamente excepcional, é admitido este artifício quando nenhuma outra diligência puder ser adotada, mormente quando há possibilidade de se averiguar o possível cometimento do delito disposto no art. 237, do ECA.*

*Se, de um lado prevalece o direito à intimidade daqueles que terão seus sigilos quebrados, de outro há a necessidade de se resguardar, com extrema urgência, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária do menor. No confronto dos direitos individuais*

*subordinados ao princípio maior (dignidade da pessoa humana), as consequências do cumprimento do ato em questão são infinitamente menores do que as que ocorreriam caso o Estado permanecesse inerte”*  
**(TJ/MS) (GRIFFOS NOSSO).**

Levado o caso ao Superior Tribunal de Justiça, através do **HABEAS CORPUS Nº 203.405 - MS (2011/0082331-3), TERCEIRA TURMA**, a impetrante informou que o Juízo de Direito da 4ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande expediu ofício no qual determinava ao paciente que tomasse as medidas necessárias para a quebra de sigilo telefônico da parte ré em processo que tramitava naquela Vara. Além disso, sustentou ser inviável o cumprimento da decisão, objetivando garantir que não sobreviesse nenhuma consequência de natureza penal ao paciente. Por fim, alegou que, no Acórdão proferido pelo Tribunal de origem acerca de *habeas corpus* lá impetrado, em que, embora deferida a liminar, o mérito do pedido foi indeferido, não foram observados os requisitos que autorizariam a medida extrema de interceptação telefônica previstos na Lei nº 9.296/96. Isso porque a medida só seria cabível em investigação criminal ou em instrução processual penal. Afirmou que o paciente comunicou ao Juízo que não cumpriria a ordem, dado o regramento constitucional e infraconstitucional sobre a hipótese, bem como da jurisprudência a respeito.

Ao julgar o caso, a Terceira Turma do STJ admitiu a possibilidade de interceptação telefônica no âmbito civil, considerando a situação tratada de extrema excepcionalidade.

É de fundamental importância transcrever as razões do voto do julgado emitido pelo Relator e Ministro Sidnei Beneti. Vejamos:

**“[...] A situação, portanto, 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, sem que se possa estabelecer, *a priori*, que a garantia do sigilo deva ter preponderância.**

São bem oportunas as observações feitas no parecer do Ministério Público Federal, do qual se transcreve o seguinte trecho (e-STJ fl. 174, os destaques são do original):

*Portanto, trata o caso da necessidade de se ponderar valores expressamente previstos na Constituição Federal. São eles: a proteção à intimidade, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal, e a necessidade de se resguardar os direitos fundamentais do menor. A solução passa sem dúvida, pela leitura do texto do art. 227 da Constituição Federal. Conforme visto, a previsão constitucional visa a proteção dos Direitos Fundamentais da Criança e do adolescente pelo Estado **com absoluta prioridade**.*

*Não 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.*

*Assim, infere-se da Constituição Federal que, em uma análise de ponderação de valores, deve prevalecer a garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.*

**Sem adiantar o mérito da questão, que será resolvido pelas instâncias ordinárias, tem-se que não se deve acolher as razões da impetrante a partir, tão-só, do fundamento de que a interceptação telefônica só é cabível em processo penal.**

**Ou seja, não há inconstitucionalidade ou ilegalidade desde já evidenciada.**

Ademais, do contexto destes autos não se pode inferir a iminência da prisão do paciente. A impetrante cogita acerca da possibilidade da instauração de processo penal contra ele, por desobediência de ordem judicial, mas não mostra concretamente o perigo de limitação em sua liberdade de ir e vir. Nem mesmo há informação sobre o início do processo, nem sobre ordem de prisão cautelar, além de que de prisão em flagrante não se trata.

**O sigilo telefônico que se visa a resguardar, ademais, é da parte naquele processo em que se discute a guarda do menor, não do paciente. A recusa ao atendimento da ordem judicial está fundada em alegações que visam a resguardar direitos de terceiros. Não toca ao paciente, embora inspirado por razões nobres, discutir a ordem judicial alegando direito fundamental que não é seu, mas da parte.**

**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.**

Portanto, a ameaça de prisão, que, repita-se, não se concretizou, não seria ilegal nesse contexto.

Ante o exposto, inexistentes razões para o fundado receio de prisão iminente, não se conhece do pedido de *habeas corpus* [...]” **(GRIFFOS NOSSO)**.

### 3. ANÁLISE DO CASO JULGADO À LUZ DOS PRINCÍPIOS E BALIZAS CONSTITUCIONAIS

Como visto, se partirmos de uma análise *a priori*, fica fácil concluirmos pela inaplicabilidade da interceptação telefônica em sede extrapenal. Todavia, não se pode deixar de lembrar que, em determinados casos, a solução é encontrada apenas a partir da aplicação da técnica de ponderação dos interesses em colidência. Vale dizer, o caso concreto é que vai apontar o caminho. Afinal, não esqueçamos ser majoritário o entendimento de que não há direitos e princípios absolutos.

Frisa-se que o Princípio Constitucional da Proporcionalidade apresenta duas facetas: *a) ora é visto como princípio de interpretação – conhecido também como razoabilidade; e b) ora é visto como técnica de solução de conflitos – conhecida também como ponderações de interesses*. Contudo, embora existam diversas correntes estabelecendo as diferenças entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade por conta de suas origens históricas, o próprio Supremo Tribunal Federal vem tratando ambos de maneira conjunta, sem distinções, considerando ambos, inclusive, como sinônimos do devido processo legal substancial.

É bem verdade a assertiva de que os direitos à inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X, CF) e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CF) estão tutelados constitucionalmente. Mas não menos correta é a afirmação de que outros direitos de igual estrutura e dimensão merecerão proteção em idêntica sede (art. 5º, CF), como as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade e, principalmente, a afirmação da dignidade humana, que se apresenta como valor máximo da ordem jurídica. Como não é possível haver incompatibilidade entre preceitos de índole constitucional, é necessário compatibilizar os princípios e valores, ponderando-os no caso concreto para descobrir qual merece proteção no caso específico, conforme visto alhures (FARIAS; ROSENVALD, 2007).

Destaque-se que o próprio relator do STJ, o ministro Sidnei Beneti, ressaltou que, no caso em apreço, não se trata pura e simplesmente de discussão de aplicação do preceito constitucional que garante o sigilo, tendo em vista que a situação em análise é excepcional e inspira cuidado à luz da técnica de ponderação de interesses.

Ademais, saliente-se que assim como a jurisprudência admite a utilização da prova emprestada e da prova ilícita na esfera extrapenal em determinadas situações excepcionais, levando-se em consideração a aplicação do princípio da proporcionalidade como técnica de ponderação de interesses, não há sentido em não se admitir o uso da interceptação telefônica em alguns casos.

Numa série de exemplos, é possível invocar a interceptação telefônica na esfera extrapenal (cível, trabalhista, infância e juventude etc.) em casos de investigação de paternidade, interdição, destituição do poder familiar, dentre outras hipóteses, percebendo nelas que o valor salvaguardado é de maior peso que a intimidade ou privacidade sacrificada.

Para Geraldo Prado, “o dever de subordinação à Constituição implica dever de conformação da atividade administrativa – e jurisdicional – pelos preceitos constitucionais”, denotando a imperiosa necessidade de compreender a interceptação telefônica pelo viés constitucional (**Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23).

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É preciso que a Justiça corrija uma situação prática para a qual não há previsão legal (ausência de lei que disponha sobre a interceptação de comunicações telefônicas na seara extrapenal), como bem o fez o Ministro do STJ no julgado supracitado. Como analisado, o caso em apreço trouxe uma situação de



descompasso em que o direito não foi capaz de acompanhar e se adequar aos anseios sociais. Assim, cabe ao Congresso Nacional legislar sobre o assunto e enfrentar essa questão ainda não regulada. Por fim, infere-se que “a norma constitucional em nenhum momento excluiu a possibilidade da interceptação de comunicações telefônicas na esfera extrapenal”.

É lógico que a norma estabelecida pelo legislador constituinte não contém palavras inúteis, mas ela simplesmente deve ser interpretada teleologicamente, sistematicamente, progressivamente e extensivamente. Afinal, não é possível que o legislador preveja em dado momento todas as condutas possíveis para a satisfação dos anseios da sociedade, visto que o direito evolui com o tempo, de acordo com as transformações sociais. Assim, não resta alternativa ao operador e ao intérprete do direito senão recorrer antes de tudo ao fenômeno da *mutação constitucional*.

Destarte, conclui-se que não se pode interpretar a Constituição de maneira reducionista ou contra seus princípios. Por isso, pondera-se para **uma interpretação conforme a Constituição** da Lei nº 9.296/96, a qual trata da interceptação de comunicações telefônicas, considerando inconstitucional o artigo da lei que usa os termos “para prova em investigação criminal e em instrução processual penal”, uma vez que o texto de tal legislação não tem a mesma complexidade que da Carta Fundamental.

Com efeito, em não se entendendo possível a aplicação da técnica da interpretação conforme, na mesma linha de inteligência de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, em sede hermenêutica, vale afirmar a possibilidade da interceptação telefônica também para fins extrapenais, “**declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma regulamentadora**, que não pode isolar o valor constitucional liberdade de outros valores igualmente relevantes, como o próprio direito à vida digna” (**Direito Civil – Parte Geral**. 6 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 629) (**GRIFFO NOSSO**).

*Data venia*, respeitamos opiniões em sentido diverso, mas essa parece ser a mais consentânea e razoável interpretação constitucional.

---

## REFERÊNCIAS

- ◆ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed., rev. atual. ampl., São Paulo: Malheiros, 2000.
  
- ◆ BRASIL. **Vade Mecum acadêmico de direito**. 12. ed., São Paulo: Ridell, 2011.
  
- ◆ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008.
  
- ◆ Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103043](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103043)>. Acesso em: 03 de set. 2011.
  
- ◆ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria geral**. 6. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
  
- ◆ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – Parte geral**. 6. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
  
- ◆ JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol. I. 7. ed., Salvador: JusPodivm, 2007.
  
- ◆ MACHADO, Agapito. **Prova emprestada. Interceptação telefônica. Validade?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 620, 20 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6239>>. Acesso em: 03 set. 2011.

- ◆ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
  
- ◆ PRADO, Geraldo. **Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
  
- ◆ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro – Parte geral**. Vol. 1. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
  
- ◆ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal – Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva: 2001.
  
- ◆ **REVISTA CONSULTOR JURÍDICO**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-set-01/stj-autoriza-interceptacao-telefonica-investigacao-civel>>. Acesso em: 03 de set. 2011.
  
- ◆ TASSARA JÚNIOR, Waldemar Antonio. **Interceptação telefônica a luz do ordenamento jurídico brasileiro após o advento da Lei 9296/96**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 73, 01/02/2010 [Internet]. **Disponível em** [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7129](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7129). Acesso em: 02 de set. 2011.
  
- ◆ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2009.
  
- ◆ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.