



INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

OS 20 ANOS
DA LEI Nº 9.296/96

ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO
FLÁVIO MIRZA MADURO

[Orgs.]

D'PLÁCIDO
EDITORA

Interceptação telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96

**Antonio Eduardo Ramires Santoro
Flávio Mirza Maduro**

[Orgs.]

Alexandre Morais Da Rosa
Anastácia Rozina
André Rodrigues Cyrino
Andressa Rodrigues Pinto da Silva Gomes
Antonio Eduardo Ramires Santoro
Antonio Pedro Melchior
Arthur Vieitos
Bruno Espiñeira Lemos
Carlos Eduardo Gonçalves
Cezar Augusto Rodrigues Costa
Christiano Falk Fragoso
Daniela Karine Araújo Costa
Denís Sampaio
Diogo Malan
Felipe Machado Caldeira
Fernanda Fonseca Rosenblatt
Fernanda Prates
Flávio Augusto de Moreira e Gonçalves
Geraldo Prado
Gustavo Badaró
Gustavo Noronha de Ávila
Isabela Montalvão Valle da Silva
Ísis Borges Menezes
Jorge Luis Câmara
Juliana Farah Nader Canha
Junya Rodrigues Barletta
Helena Rocha Coutinho de Castro
Livia de Meira Lima Paiva
Lucas Sarmiento Pimenta
Mariana Hoff Amaro dos Santos
Marina Dalla Bernardina de Rezende

Marco Aurélio Gonçalves Ferreira
Manuela Abath Valença
Mauro Leibir Machado Borges Neto
Michelle Aguiar
Natália Lucero Frias Tavares
Natália Ribeiro Rangel
Nestor Eduardo Araruna Santiago
Nilo Cesar Martins Pompílio da Hora
Plínio Ubiratan Figueiredo Vieira
Renata Santos Sampaio
Renato Stanzola Vieira
Rodrigo Machado Gonçalves
Rômulo de Andrade Moreira
Rubens R R Casara
Simone Schreiber
Taiguara Libano Soares e Souza
Thiago Bottino do Amaral
Thiago M. Minagé
Valine Castaldelli Silva
Víctor Minervino Quintiere
Yasmin Gonçalves Proença de Mattos



D' PLÁCIDO
EDITORA

Copyright © 2016, D'Plácido Editora.
Copyright © 2016, Os Autores.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa
Tales Leon de Marco
(Com ilustração de Francesco Terzini, do "Noun Project")

Diagramação
Letícia Robini de Souza

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



D' PLÁCIDO
EDITORA

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte - MG
Tel.: 3261 2801
CEP 30140-007

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

Interceptação telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96.

Antonio Eduardo Ramires Santoro; Flávio Mirza Maduro [Orgs.] -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

Bibliografia

ISBN: 978-85-8425-374-6

1. Direito 2. Direito Penal 3. Processo Penal I. Título II. Artigos

CDU 343

CDD 341.5

Os crimes de interceptação indevida de comunicação telefônica, informática ou telemática e de quebra de segredo de justiça

6

Christiano Falk Fragoso¹

“Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa”.

Introdução

Embora a lei 9.296, de 24.07.1996, tenha sido editada há exatos vinte anos, muitas são as dúvidas que ainda pairam sobre as interceptações de comunicações telefônicas, de informática e de telemática. Essas dúvidas, conquanto se concentrem *primordialmente* nas questões relacionadas com os aspectos processuais penais, a elas *não* se circunscrevem. Sem embargo da qualidade de trabalhos doutrinários sobre o art. 10 da citada lei, muitas questões relacionadas com a interpretação e o alcance do tipo penal ainda são objeto de acesa discussão.

O sistema penal brasileiro ainda padece de uma mentalidade altamente inquisitorial e autoritária, que leva a uma utilização exacerbada

¹ Professor Adjunto de Direito Penal nos Curso de Graduação e de Pós-Graduação (*stricto sensu* e *lato sensu*), na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Penal (UERJ) e Mestre em Direito Penal e Criminologia (UCAM-RJ). Advogado Criminal. Conselheiro efetivo da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Rio de Janeiro.

de interceptações telefônicas, autorizadas (mas também não autorizadas), na investigação de fatos supostamente criminosos.

No Brasil e no mundo, os jornais noticiam diversos casos de interceptação ilegal de comunicações privadas, que, frequentemente, são realizadas por órgãos do Estado contra os seus próprios cidadãos. Nos EUA, a *National Security Agency* chegou a coletar ilegalmente quase 200 milhões de mensagens de SMS por dia, em atividade de espionagem de cidadãos.² O comissário britânico de interceptações de comunicações apresentou, em 2014, relatório, em que afirma que a agência de inteligência do Reino Unido acessou dados de telefone e internet de britânicos cerca de 500 mil vezes em 2013.³

Muito embora não pareça que a instituição de um tipo penal constitua elemento plenamente apto a prevenir e reprimir a disseminada prática de interceptação ilegal de comunicações privadas, eis que, a meu ver, isto passa muito mais por questões culturais e de formação moral, o tipo penal existe, cabendo realizar sua análise.

6.1. Percurso histórico

Hoje em dia as interceptações indevidas se concentram, majoritariamente, em comunicações telefônicas, de informática e de telemática, porém, é inequívoco que, ao longo da história, diversos meios privados de comunicação interpessoal (correspondência física, telégrafo, p.ex.) têm sido objeto de violações indevidas do direito ao sigilo de intimidade.

A cada inovação tecnológica que permite a comunicação privada, têm sido editadas normas penais para criminalizar a indevida violação do sigilo dessa comunicação, bem como leis processuais penais para impedir ou, por vezes, regulamentar o uso, como provas, de informações ou documentos obtidos com violação desse sigilo, os quais, em todo o caso, não podem ser revelados ou divulgados a terceiros estranhos ao processo.

É natural que assim seja, eis que as comunicações privadas são dimensão essencial ao direito à intimidade. Na medida em que comunicações privadas podem ser meio para a perpetração de crimes ou podem conter elementos de prova de infrações penais, é sempre

² Folha de São Paulo, edição de 17.01.2014, p. A-12

³ Folha de São Paulo, edição de 09.04.2014, p. A-15.

um elemento de tensão estabelecer se, em que casos e sob quais condições esse sigilo pode ser afastado.

No Brasil, todas as Constituições proclamaram a inviolabilidade do sigilo epistolar, e os Códigos Penais criminalizaram sua violação. A Constituição Imperial estabelecia que “*o segredo das cartas é inviolável. A administração do correio fica rigorosamente responsável por qualquer infração deste artigo*” (art. 179, XXVII). E o Código Criminal criminalizava, em seção denominada “*abertura de cartas*”, o ato de “*tirar maliciosamente do correio cartas, que lhe não pertencerem, sem autorização da pessoa, a quem vierem dirigidas*” (art. 215), sendo que se a tirada fosse “*da mão, ou do poder de algum portador particular*” (art. 216), as penas seriam as mesmas⁴. As penas eram aplicadas em dobro, no caso de revelação, total ou parcial, a outrem do conteúdo da carta (art. 217). Em todo o caso, essas cartas “*não serão admitidas em juízo*” (art. 218). Se o crime fosse cometido por funcionário público, a imputação era de prevaricação (art. 129, § 9.º), com pena de “*perda do emprego, de prisão de dois a seis meses, e de multa correspondente à metade do tempo*”.

No plano processual penal, estabelecia o Código de Processo Criminal de 1832 que “*as cartas particulares não serão produzidas em Juízo sem o consentimento de seus autores; salvo se provarem contra os mesmos*” (art. 93). Um aviso do Império (n.º 276, de 21.08.1857) permitia que, havendo suspeita de que uma carta contivesse brilhantes ou “*objetos sujeitos a direito*” e ante eventual negativa do “*dono*” da carta em abri-la, o diretor do Correio requeresse ao juiz competente que, acompanhado de seu escrivão, a abrisse, perante testemunhas de todo o crédito.⁵

Essa possibilidade de, eventualmente, arrecadar bens passíveis de tributação ou de origem duvidosa que estivessem em cartas não permitia, todavia, que fosse violado o *sigilo das comunicações*: ou seja, a carta podia ser aberta, e apreendido o bem, mas o conteúdo da correspondência não podia ser lido, nem enviado à Polícia, sequer para fins de apuração de autoria do possível crime. **Alencastro Austru** refere o aviso n.º 92, de 26.04.1859, no sentido de que chefes de polícia não podiam exigir do administrador do correio a entrega

⁴ As penas eram de prisão de um a três meses, e de multa. No caso do art. 216, se o agente usasse de violência ou arrombamento, incorria, igualmente, nas penas respectivas.

⁵ PAULA PESSOA, *Código Criminal...*, 1877, p. 353-4.

de cartas dirigidas a pessoas suspeitas de “*criminalidade, e muito menos proceder a sua leitura*”.⁶

No momento da edição do Código Penal de 1890, o telégrafo já havia sido introduzido, no Brasil, há mais de três décadas.⁷ Desde 1860, a correspondência telegráfica já era tutelada⁸ e, era natural, portanto, que o então novo CP incorporasse formas delituosas relacionadas com a violação e a revelação do conteúdo de comunicações telegráficas; e foi o que ocorreu. A disciplina do CP de 1890, contida em capítulo intitulado “*dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos*”, foi muito mais abrangente.⁹ No ano seguinte (1891), a nova Constituição

⁶ ALENCASTRO AUTRAN. *Código do processo criminal...*, 1881, p. 79, nota 132. É o que também se depreende de caso transcrito por **Paula Pessoa**, em que o aviso-circular da Agricultura n.º 3, de 29.05.1861, num caso de interceptação e abertura de cartas na província do Pará (por suspeita de haver cédulas falsas em seu interior), *reprende* a administração local dos correios, por ter enviado as cartas à polícia local, e o chefe de polícia local, por ter violado o sigilo de correspondência. O aviso indica que somente as cédulas falsas deveriam ter sido remetidas à polícia, mantido, em qualquer caso, o sigilo de correspondência.

⁷ O telégrafo, inventado por **Samuel Morse**, teria surgido, no Brasil, em 1857, ligando o Rio de Janeiro a Petrópolis. Em 1873, foi realizada a ligação entre o Rio de Janeiro e as cidades de Belém/PA, Recife/PE e Salvador/BA; no ano seguinte, estabeleceu-se a primeira ligação telegráfica, por cabos submarinos, entre o Brasil e Portugal, por iniciativa do Barão de Mauá, a quem o Imperador, dois anos antes, havia autorizado estabelecer e explorar a telegrafia entre o Império do Brasil e o reino de Portugal e suas possessões (Decreto n.º 5.058, de 16.08.1872). É interessante ver, apenas a título de curiosidade, que, em 1898, o CPP do estado do Rio Grande do Sul já permitia que, para além de precatória, um ato seja deprecado por “*via telegráfica*” (art. 203).

⁸ AZEVEDO FRANCO, Ary. *Direito penal*. v. II, 1934, p. 157.

⁹ “Art. 189. *Abrir maliciosamente carta, telegramma, ou papel fechado endereçado a outrem, apossar-se de correspondencia epistolar ou telegraphica alheia, ainda que não esteja fechada, e que por qualquer meio lhe venha ás mãos; tiral-a de repartição publica ou do poder de portador particular, para conhecer-lhe o conteúdo: Pena – de prisão cellullar por um a seis mezes. Paragrapho unico. No caso de ser revelado em todo, ou em parte, o segredo da correspondencia violada, a pena será augmentada de um terço. Art. 190. Supprimir correspondencia epistolar ou telegraphica endereçada a outrem: Pena – de prisão cellullar por um seis mezes. Art. 191. Publicar o destinatario de uma carta, ou correspondencia, sem consentimento da pessoa que a endereçou, o conteúdo não sendo em defesa de direitos, e de uma ou outra resultando damno ao remetente: Pena – de prisão cellullar por dous a quatro mezes. Art. 192. Revelar qualquer pessoa o segredo de que tiver noticia, ou conhecimento, em razão de officio, emprego ou profissão: Penas $\frac{1}{2}$ de prisão cellullar por um a tres mezes e suspensão do officio, emprego ou profissão por seis mezes a um anno. Art. 193. Nas mesmas penas incorrerá o empregado do Correio que se apoderar de carta não fechada,*

proclama, em termos mais amplos do que a anterior (que só se referia a cartas), que “é inviolável o sigilo de correspondência” (art. 72, § 18). Em 1923, **Artur Bernardes**, que governou praticamente por todo o mandato sob estado de sítio, editou o decreto n.º 4.780, de 27 de dezembro, que estendia a proteção do CP 1890 às comunicações radiotelegráficas e radiotelefônicas, prevendo crimes de “*instalação para interceptação ou para divulgação*” (art. 30) e de “*divulgação ou interceptação*” (art. 30, § 1.º), dessas comunicações.¹⁰

De acordo com a Constituição de 1891, os Estados produziram seus próprios Códigos de Processo Penal. É comum a referência, nesses CPP's estaduais, a limitações de prova que violem o sigilo de correspondência. No Rio Grande do Sul, p.ex., estabelecia-se que as cartas particulares poderiam ser excepcionalmente admitidas como prova, “*se são achadas em poder dos destinatários ou de terceiros por ocasião de buscas ou outras diligências judiciais*” (art. 176). A Consolidação das Leis do Processo Criminal do Distrito Federal (dec. n.º 9.263, de 28.12.1911) previa que “*as cartas obtidas por meios criminosos não serão admitidas em juízo*” (art. 159), mas permitia-se, excepcionalmente, que cartas particulares fossem admitidas em Juízo, se forem apresentadas pelo “*destinatário em defesa de direitos*” (art. 158).

Enquanto a Constituição da 1934 mantinha, no art. 113, item 8, a redação do texto constitucional anterior, a Constituição outorgada de 1937, admitia que a inviolabilidade de correspondência fosse restringida

ou abril-a, si fechada, para conhecer-lhe o conteúdo, ou communicar-o a alguém, e bem assim o do telegrapho que, para fim identico, violar telegramma, ou propagar a communicação nelle contida. Paragrapho unico. Si os empregados supprimirem ou extraviarem a correspondencia, ou não a entregarem ou communicarem ao destinatario: Penas – de prisão cellullar por um a seis mezes e perda do empregò. Art. 194. A autoridade que de posse de carta ou correspondencia particular utilisal-a para qualquer intuito, seja, embora, o da descoberta de um crime, ou prova deste, incorrerá na pena de perda do emprego e na de multa de 100\$ a 500\$000. Art. 195. As cartas obtidas pör meios criminosos não serão admittidas em juizo.”

¹⁰ “Art. 30. Ficam comprehendidos nas disposições do titulo IV do capitulo IV do Codigo Penal os que: Installarem, sem autorização da autoridade competente, apparatus para interceptar ou divulgar communicações radiotelegraphicas ou radiotelephonicas: Penas - Multa de cinco a 20 mezes o valor do material apprehendido e perda deste para a Nação. § 1º Divulgarem ou interceptarem communicações radiotelegraphicas ou radiotelephonicas do Governo Federal ou dos Estados: Penas - Prisão cellullar por dous a quatro mezes. § 2º Si o crime fôr praticado por ocasião de perturbação da ordem publica interna: Penas - Tres a seis mezes de prisão cellullar. § 3º Si em tempo de guerra externa: Penas - Cinco a 15 annos de prisão cellullar.”

por lei infraconstitucional.¹¹ Quando da edição do Código Penal de 1940, entendeu-se acertadamente, que tais delitos deveriam estar em seção especial (chamada “*dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência*”), no capítulo “*dos crimes contra a liberdade individual*”, porque, como diz a Exposição de Motivos, “*a inviolabilidade da correspondência é um interesse que reclama tutela penal independentemente dos segredos acaso confiados por esse meio*” (item 53). Com redação bem mais simples do que a do CP de 1890, o CP de 1940 criminalizava a violação de correspondência (art. 151) e a sonegação ou destruição de correspondência (art. 151, § 1.º, I), com pena de detenção de um a seis meses ou multa. Se o agente cometesse o crime com abuso de função em serviço postal, a pena era de detenção de um a três anos (art. 151, § 3.º).¹² O CPP de 1941 estabelece que “*as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo*” (art. 233).

Os dispositivos do CP de 1940 sobre violação de sigilo de correspondência permaneceriam em vigor até 1978, quando é editada a lei 6.538, de 22 de junho, que “*dispõe sobre os serviços postais*”. Tal lei traz, em seu art. 40, caput e no § 1.º, os crimes de violação de correspondência e de sonegação ou destruição de correspondência, com redações idênticas às do caput e do inciso I do parágrafo 1.º do art. 151, do Código Penal, que ficam, assim, revogados.¹³ O art. 41 criava o crime de quebra de segredo profissional, relacionado especificamente com a manutenção do sigilo de correspondência.¹⁴

¹¹ “Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 6.º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei.” Em 1942, durante a 2.ª Guerra Mundial, o decreto n.º 10.358, de 31.08.1942, que declara estado de guerra em todo o território nacional, suspendeu diversas garantias individuais, inclusive a inviolabilidade de correspondência e a irretroatividade da lei penal.

¹² Com a posterior edição da Lei de Abuso de Autoridade (Lei 4.898/1965), passa-se a discutir se o funcionário do Correio cometia esse crime (art. 151, § 3.º, CP) ou o do art. 3.º, c, da citada lei especial. O TACrim-SP, em 1972, decidiu que se aplicava o dispositivo do CP, pois “*nem todo funcionário pode ser considerado autoridade, no conceito penal, para efeito de distinguir crimes funcionais do de abuso de autoridade, previstos aqueles no Código e este na citada lei*” (Ap. 29.348, 1.ª Câmara Criminal, rel. **Juiz Rezende Junqueira**, m.v., j. RT 439/405ss.)

¹³ No sentido da revogação dos dispositivos do CP, pronunciam-se a doutrina e a jurisprudência (TACrim-SP, Ap. 257.163, 8.ª Câmara Criminal, rel. **Juiz Angelo Gallucci**, v.u., j. 17.06.1982, RT 564/339ss)

¹⁴ “**VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA. Art. 40 - Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem: Pena: detenção, até seis meses, ou**

O CP de 1940 foi o primeiro Código a criminalizar modalidades de violação de sigilo de conversações telefônicas, junto com a violação de comunicação telegráfica e radioelétrica, no parágrafo 2.º do art. 151, do CP (que, como dito, incriminava a violação de correspondência). O Código Penal de 1940 só criminalizava quem “*indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente*” conversação telefônica entre outras pessoas (art. 151, § 1.º, II), ou “*quem impede*” tal conversação (art. 151, § 1.º, III).

A Constituição de 1946 torna a garantir, em termos amplos, a inviolabilidade do sigilo de correspondência (art. 141, § 6.º), que seria brevemente suspensa durante parte do estado de sítio de 1955.¹⁵ Em 1962, é editado o Código Brasileiro de Telecomunicações (lei 4.117/1962), que proclama que “é inviolável a telecomunicação nos termos desta lei” (art. 55). O CBT criminalizava a conduta, em um tipo penal extenso e com várias modalidades típicas, “*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*” (art. 56), sendo que também praticava o crime (que era chamado de “*violação de telecomunicações*”) “*quem ilegalmente receber, divulgar ou utilizar, telecomunicação interceptada*” (art. 56, § 1.º). As penas eram de 1 a 2 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, sendo que, para autoridade responsável por violação de telecomunicação, as penas seriam aplicadas em dobro (art. 58, II, a e b).¹⁶

pagamento não excedente a vinte dias-multa. SONEGAÇÃO OU DESTRUIÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA. § 1º - Incorre nas mesmas penas quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada, para sonegá-la ou destruí-la, no todo ou em parte. AUMENTO DE PENAS. § 2º - As penas aumentam-se da metade se há dano para outrem. QUEBRA DO SEGREDO PROFISSIONAL. Art. 41 - Violar segredo profissional, indispensável à manutenção do sigilo da correspondência mediante: I - divulgação de nomes de pessoas que mantenham, entre si, correspondência; II - divulgação, no todo ou em parte, de assunto ou texto de correspondência de que, em razão ao ofício, se tenha conhecimento; III - revelação do nome de assinante de caixa postal ou o número desta, quando houver pedido em contrário do usuário; IV - revelação do modo pelo qual ou do local especial em que qualquer pessoa recebe correspondência; Pena: detenção de três meses a um ano, ou pagamento não excedente a cinquenta dias-multa”.

¹⁵ Cf. Lei 2.654, de 25.11.1955, que suspende a garantia, e a Lei 2.682, de 13.12.1955, que a restabelece.

¹⁶ “Art. 56. Pratica crime de violação de telecomunicação quem, transgredindo lei ou regulamento, exhiba autógrafa ou qualquer documento do arquivo, divulgar ou comunique,

Durante a ditadura militar, a Constituição de 1967 proclama que “são invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas” (art. 150, § 9.º), disposição que é mantida pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17.10.1969 (art. 153, § 9.º). Todavia, sabe-se que o “grampeamento” de telefones era prática corriqueira dos órgãos de repressão política e, por vezes, da polícia comum.

Entre os pouquíssimos casos que os repositórios de jurisprudência registram, está um caso em que é gravada e divulgada uma conversa entre o prefeito e um vereador de Marília. Após discussões, o TACrim-SP entendeu que o elemento *indevidamente* estava presente, condenando os acusados.¹⁷

informe ou capte, transmita e outrem ou utilize o conteúdo, resumo, significado, interpretação, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro. § 1.º Prática, também, crime de violação de telecomunicações quem ilegalmente receber, divulgar ou utilizar, telecomunicação interceptada. § 2.º Somente os serviços fiscais das estações e postos oficiais poderão interceptar telecomunicação. I - A recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado; II - O conhecimento dado: a) ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal; b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação; c) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo; d) aos fiscais do Governo junto aos concessionários ou permissionários; e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. Parágrafo único. Não estão compreendidas nas proibições contidas nesta lei as radiocomunicações destinadas a ser livremente recebidas, as de amadores, as relativas a navios e aeronaves em perigo, ou as transmitidas nos casos de calamidade pública. Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação: I - A recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado; II - O conhecimento dado: a) ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal; b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação; c) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo; d) aos fiscais do Governo junto aos concessionários ou permissionários; e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. Parágrafo único. Não estão compreendidas nas proibições contidas nesta lei as radiocomunicações destinadas a ser livremente recebidas, as de amadores, as relativas a navios e aeronaves em perigo, ou as transmitidas nos casos de calamidade pública. Art. 58. Nos crimes de violação da telecomunicação, a que se referem esta lei e o art. 151 do Código Penal, caberão, ainda, as seguintes penas: I - Para as concessionárias ou permissionárias: a) suspensão até 30 (trinta) dias, se culpados por ação ou omissão; b) a aplicação de multa administrativa ou de pena de suspensão ou cassação não exclui a responsabilidade criminal. II - Para as pessoas: a) 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; b) para a autoridade responsável por violação de telecomunicação, as penas previstas na legislação em vigor serão aplicadas em dobro. Parágrafo único. A reincidência, no caso da alínea a, do item I, será punida com pena em dobro, acarretando sempre suspensão ou cassação”.

¹⁷ Cf. ementa publicada na RT 535/326 (mai. 1980), com o seguinte teor: “VIOLAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA – Acusados que gravam e divulgam,

Boa parte da doutrina sustentava, com razão, que o art. 56, L. 4.117/1962 já criminalizava a interceptação de conversações telefônicas¹⁸, certamente se baseando no fato de que uma das modalidades típicas é a de “captar” o “conteúdo (...) de qualquer telecomunicação dirigida a terceiro”. Mas, antes da edição da Lei 9.296/1996, havia decisões judiciais que, ignorando esse dispositivo, apreciavam a questão somente à luz do art. 151, § 1.º, II, do Código Penal. Em um caso em que o acusado simplesmente instalou, na caixa de telefonia do prédio, um aparelho para gravar conversas telefônicas (sendo preso em flagrante, cerca de um mês depois, no momento em que ia trocar a fita de gravação), o TACrim-SP, em 1988, entendeu de absolver o réu, sob o argumento de que “o crime de violação de comunicação telefônica não se aperfeiçoa se a conversa não for indevidamente divulgada, transmitida a outrem ou utilizada abusivamente”; não se cogitou de apreciar se havia crime tentado.¹⁹ Em outro caso, também julgado em 1988 pelo TACrim-SP, ignora-se o art. 56, L. 4.117/1962 e decide-se que “a interceptação telefônica, para a caracterização do crime do art. 151, § 1.º, II, do CP (violação de comunicação telefônica), pressupõe que de algum modo tenha havido difusão, para terceiro, da matéria conhecida clandestinamente (gravada), eis que o simples ato de interceptar conversação telefônica, por si mesmo, não caracteriza crime algum perante o Código Penal”.²⁰

A Constituição Federal de 1988 veio permitir a violação de sigilo de comunicações telefônicas (e, para a maioria da doutrina e da jurisprudência, também de dados), em dispositivo inédito, com o seguinte teor: “Art. 5.º. (...) 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”. Com a

indevidamente, conversação telefônica mantida entre prefeito municipal e vereador – Condenação mantida – Inteligência do art. 151, § 1.º, II, do CP. Incide nas sanções previstas no art. 151, § 1.º, II, do CP quem, indevidamente, divulga conversa telefônica entre outras pessoas, que abusivamente gravava” (Ap. 162.343, 6.ª Câmara Criminal, j. 19.07.1977, rel. Juiz Ayuch Amar, v.u.)

¹⁸ Nesse sentido, GOMES/MACIEL, *Interceptação...*, 2014, p. 194

¹⁹ Cf. JUTACrim 96/120ss, Apel. 509.069-6, rel. Juiz José Pacheco, v.u., j. 09.08.88.

²⁰ Cf. RT 635/370ss, HC 171.586-1, 1.ª Câmara Criminal, Juiz Rubens Gonçalves, j. 08.09.88.

edição da nova Constituição, passou-se a discutir se, para a determinação judicial de interceptações telefônicas, seria, ou não, necessária a edição de nova lei para regulamentar o dispositivo constitucional, prevalecendo o entendimento no sentido afirmativo.²¹ Durante os anos subsequentes, os tribunais concederam sistematicamente, salvo exceções, ordens de *habeas corpus* para anular a prova colhida por interceptações telefônicas determinadas por juízes.

Neste contexto, surge, em 1996, a Lei 9.296, que regulamenta o uso da interceptação telefônica como prova para investigação criminal e instrução processual penal e criminaliza, no art. 10, a conduta de “realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.”.

6.2. O crime de interceptação indevida (art. 10, *initio*)

São duas as modalidades do crime de interceptação indevida: (i) interceptação sem autorização judicial; ou (ii) interceptação com objetivos não autorizados em lei.

6.2.1. Objetividade jurídica

O bem jurídico que pode ser violado com o crime de interceptação indevida é a *inviolabilidade do sigilo de comunicações telefônicas, de informática ou de telemática*. O bem jurídico não é exatamente a *liberdade das comunicações*, que é conceito mais amplo do que a *inviolabilidade do sigilo das comunicações*.²² A *inviolabilidade do sigilo das comunicações* está evidentemente contida na *liberdade das comunicações*, que, por sua vez, inclui outros aspectos que não são tangidos pelos delitos aqui considerados (p. ex., a liberdade de *realizar* a comunicação).

Essa restrição do bem jurídico à *inviolabilidade do sigilo de comunicações* (e a não-abertura a um conceito mais amplo de *liberdade das comunicações*) tem assento constitucional, eis que o art. 5.º, XII, da Constituição Federal, garante precisamente que “é inviolável o

²¹ Assim, STF, Pleno, HC 69/912/RS, rel. **Min. Pertence**, j. 30.06.1993, Dj 26.11.93.

²² DAMÁSIO DE JESUS diz que o tipo protege a “*liberdade da comunicação telefônica*” (ob. cit., p. 471), o que, de um lado, é indevidamente restritivo (por excluir as demais modalidades de comunicação) e, de outro, é demasiado ampliativo, pois não delimita que o que se protege é apenas a *inviolabilidade do sigilo das comunicações*.

sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”. Ademais, a *inviolabilidade do sigilo das comunicações* é mais adequada do que a genérica expressão *liberdade das comunicações* para interpretar a norma penal incriminadora, a fim de circunscrever o poder punitivo.²³

Quanto à segunda modalidade do crime de interceptação indevida (“*realizar interceptação com objetivos não autorizados em lei*”), há claramente um *abuso de poder*, seja no caso de crime praticado conscientemente pelo próprio juiz, seja no caso de ele ser induzido em erro. Esta modalidade de delito vulnera, ainda, a *administração da Justiça*, que, significa, como dizia **Heleno Fragoso**, “*tudo o que se refere à atuação da justiça na consecução de seus fins*”, atingindo a “*justiça como instituição e como função, prejudicando-a em sua realização prática e ofendendo-lhe o prestígio e a confiança que deve inspirar*”.²⁴

6.2.2. Sujeitos ativo e passivo

No que toca à primeira modalidade (“*realizar interceptação sem autorização judicial*”), o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. É, portanto, um crime comum.

Quanto à segunda modalidade (“*realizar interceptação com objetivos não autorizados em lei*”), também estamos diante de um crime comum.²⁵ No caso, a interceptação é realizada *com* autorização judicial (mas visa objetivos *não* autorizados em lei), o que não significa que somente o juiz ou o executor material da interceptação possa ser sujeito ativo. É possível vislumbrar a hipótese em que alguém é o sujeito ativo do crime (autor mediato) por ter induzido o juiz em erro (p.ex., o membro do Ministério Público, a autoridade policial ou a vítima do delito).²⁶

Em ambas as modalidades, os sujeitos passivos são as pessoas cujas conversas foram indevidamente interceptadas. O mero fato de alguém

²³ No mesmo sentido de que o “*bem jurídico é, sem sombra de dúvidas, o sigilo das comunicações*”, decidiu o STF (RG no RE 626.531/SP, Pleno, rel. Min. LUIZ FUX, j. 02.05.2013).

²⁴ *Lições...*, PE, II, 1988, p. 515

²⁵ CABETTE, *Interceptação...*, 2015, p. 163.

²⁶ Não pode haver dúvida de que, em tese, a vítima de um delito pode requerer uma interceptação telefônica. Ainda que, nos incisos do art. 3.º, sejam mencionados aqueles que podem requerer a interceptação, o fato de o caput permitir a determinação *ex officio* indica que um requerimento da vítima pode ter tramitação.

ser titular de uma linha telefônica, ou de um terminal informático, não o torna vítima do delito, devendo haver captação indevida de manifestações feitas por essa pessoa.

6.2.3. *Tipicidade objetiva*

Interceptar comunicação consiste em captar, *sem* conhecimento dos comunicadores, o teor de comunicação alheia no momento em que é feita, dele tomando conhecimento indevido. Como bem diz **Ca-bette**, a ingerência em comunicações alheias é ínsita ao conceito de interceptação.²⁷ É importante notar que *captar*, aqui, não tem o sentido de *gravar* (ou, de outro modo, *registrar*, por algum meio, o conteúdo de uma comunicação), mas, sim, o de *tomar conhecimento*.

Gomes/Maciél dizem textualmente que interceptar uma comunicação telefônica, em sentido idiomático, seria “*interrompê-la, detê-la ou cortá-la*”, mas que “*na lei a expressão tem outro sentido, qual seja o de captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação enquanto ela está acontecendo. (...) Interceptar comunicação telefônica, assim, é ter conhecimento de uma comunicação alheia*”.²⁸ Interceptar, portanto, não é meramente gravar a comunicação alheia, mas sim, nela se imiscuindo no momento em que ocorre, *tomar conhecimento* indevido de seu teor. Aliás, o crime sequer exige que a conversa seja gravada²⁹; a gravação é, tão somente, prova de corpo de delito do crime (provavelmente, a melhor prova), mas não é o crime em si. Assim, *pode* eventualmente haver crime se alguém, *indevida, intencionalmente e por tempo relevante*, fica a ouvir conversa alheia na extensão telefônica, mesmo que não grave essa conversa.

Entendem **Gomes/Maciél** que ainda haveria este crime se apenas um dos comunicadores sabe que um terceiro se imiscui na comunicação, pois “*existe ofensa àquele que não tinha conhecimento da ingerência*”.³⁰ Não se pode concordar, eis que não há, neste caso, interceptação (que é o que a lei criminaliza), mas mera *escuta*.³¹ Não é

²⁷ Ob. cit., 2015, p. 164.

²⁸ Ob. cit., 2014, p. 24.

²⁹ No mesmo sentido da desnecessidade de gravação, GRECO FILHO, *Interceptação telefônica*, 2015, p. 66; GOMES/MACIEL, ob. cit., 2014, p. 198.

³⁰ Ob. cit., p. 196. No mesmo sentido, DAMÁSIO DE JESUS, ob. cit., p. 472.

³¹ Para a distinção, veja-se parte da ementa do acórdão do STJ no HC 161.053/SP, rel. min. JORGE MUSSI: “1. A interceptação telefônica é a captação de conversa

possível ultrapassar a literalidade da lei para nela incluir hipótese não contemplada. Ademais, se eventuais gravações decorrentes de escutas têm sido até reputadas provas *lícitas* (ou seja, *não* há sanções processuais), não se compreende que possam constituir crime; a eventual “*ofensa àquele que não tinha conhecimento da ingerência*” pode, se for o caso, constituir ilícito extrapenal. Se o próprio comunicador grava a comunicação, ainda que sem conhecimento do outro comunicador, não há crime algum. Em ambos os casos, todavia, a divulgação, desde que indevida, pode configurar o delito do art. 151, § 1.º, II, CP.³²

Gravar conversa alheia, sem *ainda* tomar conhecimento de seu teor, é ato *executório* do crime, que permite a punição a título de tentativa, mas que ainda *não* consuma o crime. O crime se consuma quando *alguém*, alheio aos comunicadores, *toma conhecimento* do teor da comunicação, o que pode ocorrer no mesmo momento da gravação ou registro, ou em momento posterior. Portanto, se o agente usa dispositivo para gravar a comunicação privada, que, todavia, está criptografada, não lhe sendo possível tomar conhecimento do *conteúdo* da comunicação (i.e., captá-lo), não se consuma o crime; somente se pode perquirir quanto a possível punição por crime tentado, se não for hipótese de crime impossível (art. 17, CP).³³

Considerar que o crime estaria consumado com a mera gravação da comunicação, sem que *ninguém* tome conhecimento de seu teor, seria considerar que o delito do art. 10, L. 9.296/1996, seria um crime de *perigo* ao bem jurídico *inviolabilidade do sigilo das comunicações*. Não é essa a melhor interpretação. O crime do art. 10, L. 9.296/1996, é *crime de dano*. **Gomes/Maciél** mantêm que se trata de crime de dano, mas, como entendem que o bem jurídico seria a *liberdade das comunicações*, admitem que a consumação ocorreria com

feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, que depende de ordem judicial, nos termos do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. 2. A escuta é a captação de conversa telefônica feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores, ao passo que a gravação telefônica é feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento ou a ciência do outro.” (5.ª T., DJe 03.12.2012, j. 27.11.2012)

³² Assim, CABETTE, *Interceptação...*, 2015, p. 164.

³³ GOMES/MACIEL consideram que o crime se consuma “*ainda que [o agente] não chegue a tomar ciência da conversa que interceptou (o agente faz a interceptação, mas não consegue ter depois acesso ao conteúdo do que gravou)*” (ob. cit., 2014, p. 198), o que parece estar em contradição com sua própria definição do que seja “*realizar interceptação*”, que conceituam como “*captar, ter ciência, tomar conhecimento de comunicação alheia*” (ob. cit., 2014, p. 196).

a mera prática de “*conduta apta a descobrir algo que não estava destinado ao seu conhecimento*”, não exigindo, portanto, conhecimento efetivo.³⁴

Se o agente registra a comunicação, mas, antes de *tomar conhecimento* de seu teor, a destrói inteira e irremissivelmente, a hipótese é de desistência voluntária (art. 15, CP), que permite a punição pelos atos já praticados.

Diz **Vicente Greco Filho** que haveria tentativa “*se o agente é interrompido no ato de implantar o instrumento para a interceptação*”.³⁵ A meu ver, a existência de tentativa dependerá do momento em que a interrupção dessa implantação ocorrer: se ela ocorre num momento em que o agente já havia realizado, no curso da implantação, o que era necessário para a gravação ou registro ocorrer, houve início de execução; todavia, se ainda eram necessários outros atos para que a gravação ou registro pudesse ocorrer, a hipótese é de mero ato preparatório do crime do art. 10, L. 9.296/1996.

Comunicações telefônicas são quaisquer comunicações feitas através de telefone. *Comunicações de informática* ou *de telemática* são comunicações que combinam telecomunicação e dispositivos de informática (p.ex., e-mail).

Para que haja o crime *não* é necessário que o receptor da mensagem seja *impedido* de tomar conhecimento do teor da mensagem emitida. Ou seja, *não* é necessário que a interceptação interrompa o curso da mensagem, embora isto também possa ocorrer, aderindo maior dano ao crime.

Só existe interceptação quando a captação é feita *no momento* em que a comunicação está sendo feita. Intercepta-se algo que está ocorrendo, e não algo que já ocorreu. No que toca à comunicação *telefônica*, que é instantânea, não há dúvida de que a interceptação só pode ocorrer concomitantemente à fala. Todavia, como bem decidiu o STJ, “*as comunicações informática e telemática, por sua vez, contêm desdobramentos entre as etapas de emissão e recepção da mensagem, podendo ser interceptadas em qualquer das etapas do processo comunicativo, desde que antes da efetiva recepção da mensagem pelo destinatário*” (REsp n.º

³⁴ Ob. cit., 2014, p. 198. Não se pode evitar de vislumbrar certa contradição entre o conceito que os ilustres autores dão de interceptação (que, como se viu acima, significa tomar conhecimento do teor de comunicação) e a afirmação de que a consumação pode ocorrer sem que tal conhecimento ocorra.

³⁵ *Interceptação telefônica*, 2015, p. 67. Assim também, GOMES/MACIEL, ob. cit., 2014, p. 198.

1.428.961/SP, 6.^a Turma, Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16.06.2015). Se, de outro lado, a comunicação informática ou telemática for acessada *após* o teor da mensagem ter chegado ao conhecimento do receptor, não haverá o presente crime, mas eventualmente o delito do art. 154-A, do Código Penal, desde que, no caso concreto, presentes seus elementos típicos.

Na medida em que o que se tutela é a *inviolabilidade do sigilo de comunicações*, e não a titularidade da propriedade de linha telefônica, é inequívoco que a mera circunstância de ser titular da linha telefônica não é fundamento legítimo para interceptar conversas telefônicas nela realizadas por outrem; nessa hipótese, há, inequivocamente, tipicidade do delito em questão. Por se tratar de bem jurídico disponível e também por descaracterizar o próprio conceito de interceptação, o consentimento de um dos comunicadores exclui a tipicidade do crime.

Para a configuração do crime, *não* é necessário que o conteúdo da comunicação seja, de fato, íntimo. O que se quer é tutelar a inviolabilidade do sigilo das comunicações, que é vulnerada qualquer que seja o teor da comunicação.

Diz **Vicente Greco Filho** que tratar-se-ia de um crime de mera conduta. Não se pode concordar. É crime de resultado (i.e., crime material), eis que é possível separar a conduta de empregar meios idôneos para interceptar indevidamente uma comunicação privada, e o evento, que é necessário à consumação, da efetiva tomada de conhecimento do teor da comunicação.

Muito se discute a não-rara hipótese das *linhas cruzadas* em comunicações telefônicas, que ocorre quando alguém, tencionando estabelece ligação telefônica com outrem, entra acidentalmente na conversação alheia. É evidente que não há, nessa hipótese, “interceptação”, eis que não era uma conduta de ingerência indevida dominável pelo agente, excluindo a possibilidade de imputação objetiva do resultado, além de inexistir dolo de praticar interceptação (o que excluiria a imputação subjetiva, seja de crime consumado, seja tentado).

Damáσιο de Jesus sustenta que “no caso de ‘linhas cruzadas’, não tendo o ouvinte fortuito ‘realizado a interceptação’, inexistente crime, salvo se, percebendo o fato, continue tomando conhecimento da comunicação”.³⁶ **Cabette** se opõe a essa orientação, argumentando que o tipo “só fala em interceptação, o que não pode ser caracterizado no caso do conhecimento acidentalmente

³⁶ “Interceptação de comunicações telefônicas...”, RT 735, p. 472.

propiciado pela falha técnica conhecida pelo nome vulgar de ‘linhas cruzadas’”, aduzindo que “*a configuração do crime pressupõe a atividade anterior do agente, realizando a interceptação que lhe dará acesso à informação confidencial*”.

O argumento é procedente, mas não resolve, ainda, a questão trazida por **Damáσιο de Jesus**, relativa à conduta *posterior* do agente que, percebendo a existência de conversa alheia privada, mantém-se à escuta. Não é possível, a meu ver, a imputação a título de omissão, eis que não há previsão expressa de modalidade típica omissiva, nem é possível invocar-se um dever de garantidor (que, como se sabe, exige concorrência do art. 13, § 2.º; CP, que aqui não incide); ainda considero que, para imputação de crime omissivo impróprio, seria necessária previsão específica, tal como ocorre nos crimes culposos. Em todo o caso, como bem dizem **Gomes/Maciél**, a divulgação ou transmissão a outrem do teor da conversa pode configurar o delito do art. 151, § 1.º, II, CP.³⁷

Há dissenso jurisprudencial quanto à existência desse tipo de crime quando o agente usa dispositivo para copiar dados de cartão de crédito transmitidos entre o terminal telefônico de um lojista e a central de cartões. O TJRJ decidiu, em 2015, que, para que haja crime, deve haver interceptação de *conversa* telefônica³⁸; mas, em julgado do ano anterior, havia decidido que se aplica o crime em comento.³⁹ Também se discute se o uso, em caixa de banco, de dispositivo (vulgarmente chamado de “*chupa-cabra*”) para copiar os dados do cartão do cliente configura o presente delito: o TJRJ chegou a decidir nesse sentido, expedindo condenação por crime tentado⁴⁰; a última hipótese, a meu ver, adequar-se-ia melhor ao crime do art. 154-A, § 3.º, CP.

Na primeira modalidade, só há crime se a interceptação é feita “*sem autorização judicial*”. Se ela existe, não há tipicidade. A autorização judicial deve existir ao tempo do início da execução de procedimentos técnicos para a gravação, o registro ou a captação direta⁴¹, não

³⁷ Ob. cit., 2014, p. 197.

³⁸ 5.ª Câmara Criminal, Ap. Crim. 0432538-83.2008.8.19.0001, rel. **Des. Marcelo Castro Anatócles da Silva Ferreira**, v.u., j. 30.07.2015, publ. 05.08.2015.

³⁹ 4.ª Câmara Criminal, Ap. Crim. 0200692-18.2008.8.19.0038, rel. **Des. Antonio Eduardo F. Duarte**, j. 18.02.2014.

⁴⁰ 4.ª Câmara Criminal, Ap. Crim. 0202976-76.2009.8.19.0001, rel. **Des. João Ziraldo Maia**, j. 01.12.2015.

⁴¹ No mesmo sentido, **GOMES/MACIEL**, *Interceptação telefônica*, 2014, p. 197; **CABETTE**, *Interceptação telefônica*, p. 166.

podendo ser suprida posteriormente pelo juiz, mesmo que antes de se tomar conhecimento do teor das comunicações privadas. **Vicente Greco Filho**, em posição minoritária, entende que a autorização judicial pode ser obtida posteriormente à própria interceptação; diz ele: “*atente-se que o dispositivo não exige prévia autorização judicial, do qual se depreende que, se realizada a interceptação sem ela, se obtida posteriormente, deixa de existir a infração. Contudo, a autoridade que proceder à interceptação contando com posterior autorização judicial fá-lo-á por sua conta e risco, sabendo que a negativa a coloca em situação incriminatória*”.⁴² Não se pode, com todo o respeito, concordar, porque isto contribuiria para uma fraude à lei, eis que a Polícia passaria a conseguir legitimar interceptações telefônicas realizadas *sem* autorização judicial, bastando que um juiz desse uma autorização posterior, o que ampliaria desmedidamente o arbítrio na realização de interceptações telefônicas (que a prática já indica ser gigantesco mesmo com a obrigação legal de prévia autorização judicial).

É indiferente, para essa modalidade típica, que posteriormente a autorização judicial seja reformada ou cassada, por qualquer que seja o motivo (salvo se a autorização tiver sido dada por alguém que *não* era juiz, hipótese em que este elemento típico estaria presente, mas provavelmente seria caso de erro de tipo). Também não haverá essa modalidade de crime se, embora exista autorização judicial, o juiz for posteriormente reputado incompetente, ainda que, claramente, o fosse desde o início.

Na medida em que a autorização judicial é um ato vinculado, que traz, de modo clausulado, diversas especificações (p.ex., prazo para tal medida, números dos telefones ou endereços de e-mails a serem interceptados), a interceptação feita *além* daquilo que está determinado na decisão configurará a tipicidade objetiva do delito, devendo ser avaliada, a seguir, a existência de tipicidade subjetiva. Assim, se a autoridade policial interceptar terminais telefônicos não incluídos na ordem judicial, ou se, findo o prazo fixado pelo juiz, continuar a interceptar os terminais telefônicos incluídos na decisão, há tipicidade objetiva do delito.

Na segunda modalidade, o crime se configura se a interceptação é realizada “*com objetivos não autorizados em lei*”. Como se sabe, a interceptação de comunicações telefônica, em sistemas de informática

⁴² GRECO FILHO,....., p. 66.

ou de telemática só podem ser feitas “*para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*” (art. 5.º, XII, CF), o que é praticamente repetido pelo art. 1.º da Lei n.º 9.296/1996: “*para prova em investigação criminal ou em instrução processual penal*”. Esses são os objetivos autorizados em lei; fora daí, haverá crime. Assim, se, p. ex., for determinada uma interceptação *exclusivamente* para fins cíveis, configura-se o delito. A determinação da interceptação com *inobservância* de outros requisitos legais (p.ex., em caso de crime apenado com detenção, ou se a prova puder ser facilmente feita por outros meios disponíveis) pode levar à configuração de ilícito extrapenal, mas não haverá crime.⁴³

6.2.4. Tipicidade subjetiva

O crime só se comete com dolo, que consiste na consciência e vontade de interceptar e tomar conhecimento de comunicação alheia. A doutrina costuma dizer que admite-se dolo eventual.⁴⁴ Se, de acordo com as circunstâncias, fica patente que o agente achava que havia interceptação judicial, a hipótese é de erro.

Não há modalidade culposa; assim, se, *por simples falta de cuidado*, o equipamento de interceptação continua a gravar conversas telefônicas após o fim do prazo judicialmente estabelecido, não há crime. Em todo o caso, é inequívoco que há ilícito extrapenal (civil ou administrativo), que a prova é ilícita e que, se houver revelação de seu conteúdo, poderá haver o crime de quebra de sigilo (art. 10, *in fine*, L. 9.296/1996); essa prova, previamente ouvida a defesa, deve ser inutilizada.

6.3. Crime de quebra de segredo de Justiça (art. 10, *in fine*)

O presente delito se refere à indevida revelação da *existência* de procedimento cautelar de interceptação de comunicações (antes ou durante a diligência de obtenção da prova) ou à indevida revelação do

⁴³ Isto se deve ao fato de que a conduta típica não consiste em “*realizar interceptação com violação a esta lei*”, ou “*com inobservância dos requisitos legais*”, o que, aliás, merece aplauso, pois estenderia perigosamente a criminalização para hipóteses que podem ser coibidas por sanções extrapenais, além do fato de que permitiria punição por divergências interpretativas sutis.

⁴⁴ VICENTE GRECO FILHO, ob. cit., 2015, p. 67; GOMES/MACIEL, ob. cit., 2014, p. 197.

conteúdo das comunicações sigilosas (durante ou após tal diligência). Embora o dispositivo não se circunscreva *expressamente* à quebra de segredo de Justiça, uma interpretação sistemática aponta nesse sentido. Quebras de segredo de Justiça realizadas quanto a outros aspectos de um processo judicial configuram, em tese, outros delitos⁴⁵: se se tratar de funcionário público, o art. 325, CP⁴⁶; e se particular, o art. 154, CP.⁴⁷

6.3.1. Objetividade jurídica

Aqui, se está diante de um crime eventualmente *pluriofensivo*. Se, *antes* ou *durante* a realização das interceptações, há a revelação indevida de que *existe* procedimento cautelar de interceptação de comunicações, vulnera-se claramente a *administração da Justiça*. Ora, tal revelação poderá impedir a obtenção da prova, impedindo ou dificultando que elementos úteis à administração da Justiça sejam conhecidos. Se, *todavia*, *durante* ou *após* as interceptações, é indevidamente divulgado o *conteúdo* das comunicações, vulnera-se a *inviolabilidade do sigilo das comunicações* e, também, a própria *administração da Justiça*.⁴⁸

A vulneração à inviolabilidade do sigilo das comunicações é indiscutível: mesmo no caso em que a interceptação foi *regularmente* determinada, as comunicações *não* podem ser usadas para fins alheios ao processo criminal, e certamente os comunicadores têm o direito de que as mensagens *não* sejam reveladas a pessoas que *não* participam do feito. A interceptação *não* significa franquia para uso e divulgação ilimitados do teor das comunicações sigilosas; ao contrário, a violação de sigilo representada pelo deferimento de interceptações de comunicações sigilosas é circunscrita à utilização no processo criminal em que foi deferida (salvo hipótese de compartilhamento para outro feito criminal, de cujo âmbito não pode, em todo o caso, extrapolar).

⁴⁵ No mesmo sentido, DELMANTO, *Código penal comentado*, 2016, p. 540.

⁴⁶ “Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.”

⁴⁷ “Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.”

⁴⁸ GOMES/MACIEL entendem que essa modalidade vulneraria um “direito à segurança” (ob. cit., 2014, p. 194 e p. 199), o que é altamente discutível, porque “segurança”, principalmente desvinculada de complementos (segurança de quê?), não pode, autonomamente, constituir, validamente, um bem jurídico.

Também é violada a *administração da justiça*, na medida em que, por lei, cabe ao Judiciário velar pelo “*sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas*” (art. 8.º, L. 9.296/1996). Constitui grave desprestígio para o Poder Judiciário que *não* consiga ele impedir (ou coibir) a revelação de informação confidencial e sensível, à qual teve acesso *exclusivamente* porque era absolutamente *imprescindível* para bem exercer o seu mister de ministrar a prestação jurisdicional. Na medida em que essa revelação se torne sistemática, e não encontre resposta adequada por parte do Poder Judiciário, fere-se mortalmente a própria legitimidade do uso desse tipo de prova. Por isso, causa profunda espécie a naturalidade e a apatia com que certos juízes assistem à divulgação do teor de conversas telefônicas sigilosas em noticiários televisivos.

6.3.2. *Sujeitos ativo e passivo*

Quanto ao sujeito ativo, há dissenso na doutrina penal. Uma parcela da doutrina sustenta que o crime é *próprio*, só podendo ser cometido por quem tenha o *dever* de zelar pelo sigilo, mas que *não* seria um crime *funcional* (i.e., que deva *necessariamente* ser praticado por funcionário público: no caso, membros da polícia judiciária, juiz, promotor); ou seja, mesmo quem *não* é funcionário público (p. ex., o advogado do réu) poderia ser autor.⁴⁹ Outra parcela da doutrina entende que, além de *próprio*, trata-se de crime funcional, o que exclui a possibilidade de imputação do crime, a título de autoria, a um particular⁵⁰; **Greco Filho** aduz que “*ao acusado ou seu defensor não se aplica o dispositivo porque não têm o dever jurídico de preservar segredo de justiça. O defensor pode, eventualmente, incidir em violação de sigilo profissional*”.

Não hesito em aderir à segunda corrente. Mesmo que a *administração da justiça* seja, a meu ver, um dos bens jurídicos que *podem* ser violados com o crime de quebra de segredo de Justiça, o dever de manter segredo, *sempre* e *necessariamente* ao lado da violação ao bem jurídico, é também essencial ao injusto. Trata-se, aqui, de um delito de infração de dever, no qual apenas funcionários públicos que atuem em processos de interceptação podem ser *autores*; um particular, se atuar em concurso com funcionário público, somente pode ser *partícipe*, desde que sua contribuição não seja banal. O particular

⁴⁹ Assim, CABETTE, *Interceptação...*, 2015, p. 163; GOMES/MACIEL, ob. cit., 2014, p. 199.

⁵⁰ VICENTE GRECO FILHO, ob. cit., 2015, p. 68.

que atue isoladamente (ou em conjunto com outro particular) pode *eventualmente* praticar o delito do art. 154, CP, se presentes as demais elementares típicas. Ao acusado não se aplica esta modalidade do art. 10, *in fine*, eis que sua qualidade claramente o isenta do dever de manter segredo.

Os sujeitos passivos são os participantes da comunicação privada cujo sigilo deveria ter sido mantido (pois eles é que têm violada a *inviolabilidade de seu sigilo de comunicações privadas*). O Estado é, igualmente, vítima, na dimensão da administração da Justiça.⁵¹

6.3.3. *Tipicidade objetiva*

Como já dito, percebe-se claramente, por interpretação sistemática, que este delito se limita à quebra de segredo de Justiça relativa a interceptação de comunicações. Outras violações de sigilo de justiça encontrarão tipificação no art. 154 ou no art. 325, ambos do Código Penal; essa seria a hipótese, por exemplo, a revelação de fatos relativos a processos de crimes contra a dignidade sexual (cf. art. 234-A, CP).

Quebrar de segredo de Justiça consiste, no caso, em revelar a *existência* de procedimento cautelar de interceptação, ou revelar o *teor* de comunicações telefônicas, de informática ou de telemática interceptadas. Embora uma leitura superficial do tipo dê a impressão de que as expressões “*sem autorização judicial*” e “*com objetivos não autorizados em lei*” referir-se-iam também à quebra de segredo de justiça, uma análise mais detida aponta em sentido contrário; essas expressões, conquanto mal colocadas, se referem à modalidade de “*realizar interceptação*”. Nem faria sentido que essas expressões se referissem à quebra de segredo de Justiça, pois, se há autorização judicial, não há quebra de segredo, além de não haver, *em lei*, objetivos autorizados para uma quebra.

Há tipicidade mesmo se o agente, sendo identificados ou identificáveis os comunicadores, revelar o *teor* de comunicações interceptadas *sem* dizer ao terceiro que elas foram colhidas em um procedimento cautelar de interceptação de comunicações (e sem que seja possível chegar a localizá-lo); ainda que isto possa preservar a *administração da Justiça*, vulnerada está a *inviolabilidade do sigilo das comunicações*. Se, todavia, os comunicadores sequer forem identificáveis e o procedimento for impossível de ser localizado, não haverá tipicidade material de

⁵¹ CABETTE, *Interceptação...*, 2015, p. 164.

crime (por absoluta ausência de potencialidade lesiva), remanescendo, todavia, a possibilidade de responsabilização administrativa.

Pode haver discussão quanto ao momento em que passaria a se configurar o presente delito: já haveria crime a partir do momento em que a autoridade policial representasse pela interceptação ou somente a partir do momento em que o juiz a deferisse? GOMES/MACIEL entendem que seria a partir do “*momento da autorização judicial*”.⁵² O segredo de Justiça não deflui da decisão judicial, mas sim da própria lei (art. 1.º), que também refere que a medida de interceptação “*ocorrerá em autos apartados*” (art. 8.º), que, aliás, só são apensados aos autos principais em momento posterior (art. 9.º). Por esses motivos, e pelo fato de que claramente uma revelação ocorrida entre o requerimento policial e a decisão judicial poderia vulnerar o bem jurídico *administração da Justiça*, este delito, a meu ver, já se configura a partir do momento em que o delegado *requiera* a interceptação, mesmo antes do deferimento judicial.⁵³

Considerar que o crime só existiria a partir da decisão judicial *não* isentaria de pena, mas levaria a que, na hipótese de revelação a ela anterior, houvesse a configuração do delito do art. 325, CP, que, na hipótese não incomum de *dano* (art. 325, § 2.º, CP), conduziria a pena *superior* à deste art. 10. Se o agente revela a existência do procedimento cautelar de interceptação de comunicações *antes* da decisão judicial, mas sobrevém decisão de indeferimento (por motivo suficiente e não relacionado com a ocorrência da revelação), a hipótese é de ausência de tipicidade *material*.

O crime se consuma no momento em que o agente revela a um terceiro qualquer, desde que não vinculado ao dever de manter o segredo de Justiça, a existência do procedimento cautelar de interceptação de comunicações (isto, antes ou durante as interceptações) ou o teor das próprias comunicações (isto, durante ou após as interceptações). A tentativa é possível, na forma escrita.

6.3.4. *Tipicidade subjetiva*

O crime é doloso. O dolo consiste na consciência e vontade de quebra segredo de Justiça relativo à existência de procedimento

⁵² Ob. cit., 2014, p. 200.

⁵³ Lembremos que, no capítulo “Dos crimes contra a administração da Justiça”, no Código Penal (cf. art. 338 e segs), há diversos delitos que são praticados ainda em fase investigatória e perante a autoridade policial.

cautelar de interceptação de comunicações ou relativo ao teor das comunicações.

Não cabe modalidade *culposa*. Há alguns anos, o TJRJ recebeu *habeas corpus* que discutia hipótese interessante, em que uma servidora do Ministério Público foi acusada do crime de quebra de segredo de Justiça (art. 10, *in fine*), por ter entregado os autos de medida cautelar sigilosa em determinado cartório de Vara Criminal, sem que estivessem acondicionados em envelope lacrado.⁵⁴ A impetração sustentava que se tratou de mero descuido da servidora; todavia, o TJRJ entendeu que era necessária análise profunda dos fatos, para avaliar se a hipótese era de dolo ou de culpa, denegando a ordem.

6.4. Pena, ação penal e competência

A pena é de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. O crime é de ação penal pública incondicionada. Há uma certa incongruência, com bem aponta **Vicente Greco Filho**, com a pena da violação de correspondência (art. 40, L. 6.538/1978, que revogou o art. 151, CP), que é “*em princípio, de mesma gravidade*”⁵⁵; no caso desse último delito, a pena é de detenção, de até 6 meses, ou multa de até 20 dias-multa.

No caso de crime de interceptação sem autorização judicial, segue-se a regra geral de verificar se há interesse que atraia a competência da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral ou da Justiça Federal Comum. Inexistindo interesse, competirá à Justiça Estadual, o que, aliás, deve ocorrer na maioria dos casos. O STJ já decidiu isto, em caso em que o sujeito passivo era particular e não havia lesão a serviços, bens ou interesses da União ou de entidades federais (cf. **CComp 40.113/SP, rel. Min. Paulo Medina, 3.ª S., j. 26.05.2004**). Presentemente, o STF discute se a interceptação indevida de comunicações de dados e telemáticas de sistemas mantidos por entes públicos federais é, ou não, da competência da Justiça Federal (**RG no RE 626.531/SP, Pleno, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.05.2013**).

No caso de crime de *quebra de segredo*, a competência, a meu ver, será sempre (salvo algumas hipóteses de foro por prerrogativa de função) da Justiça em que tramitar o feito (seja Militar, seja Eleitoral,

⁵⁴ 6.ª T., HC n.º 2008.059.00988, rel. **Des. Antonio Carlos Nascimento Amado**, j. 28.02.2008, publ. 06.06.2008.

⁵⁵ *Ob. cit.*, 2015, p. 67.

seja Federal Comum, seja Estadual), eis que haverá sempre violação ao bem jurídico *administração da Justiça*.

6.5. Unidade ou pluralidade de crimes

O art. 10, L. 9.296/1996 é, claramente, um tipo misto, eis que há várias modalidades delitivas. Surge, então, a questão relativa a tratar-se de um tipo misto *alternativo* (i.e., a prática de mais de uma das modalidades, por um agente, constitui apenas um delito) ou um tipo misto *cumulativo* (i.e., a prática de mais de uma das modalidades, por um agente, constitui mais de um delito). Antes de definir isto, deve-se analisar as modalidades, suas possibilidades de cumulação e os bens jurídicos violados.

Na prática, não é possível vislumbrar, *quanto a um mesmo objeto material da ação*, possibilidade de imputação simultânea da primeira modalidade de interceptação indevida (“*sem autorização judicial*”) em conjunto com qualquer uma das outras condutas criminosas (seja a segunda modalidade de interceptação indevida [“*com objetivos não autorizados em lei*”], seja o crime de quebra de segredo de Justiça). São incompatíveis. Assim, se o agente praticasse a primeira modalidade e mais uma das outras duas, não haveria crime único, mas necessariamente mais de um crime (i.e., concurso de crimes), os quais claramente podem estar em continuidade delitiva (por serem crimes da mesma espécie e se estiverem presentes os demais requisitos objetivos).

De outro lado, a segunda modalidade de interceptação indevida e a quebra de segredo de Justiça são compatíveis, cabendo indagar se, ocorrendo ambas, haveria um só crime, ou mais de um crime. A meu ver, a hipótese é de crime único, eis que uma das modalidades pode ser considerada ante-fato ou pós-fato impunível, a depender do caso concreto. Os bens jurídicos violados são os mesmos (*inviolabilidade do sigilo de comunicações e administração da Justiça*). A absorção de uma das modalidades pode, todavia, representar alguma consideração na aplicação da pena.

Na hipótese de interceptação “*sem autorização judicial*” (art. 10, *initio*), sustenta **Cabette** que a posterior divulgação indevida do conteúdo das comunicações (possível enquadramento no art. 151, § 1.º, II, CP) constituiria mero exaurimento do crime, que deveria ser considerada circunstância de maior reprovabilidade, na primeira

fase de aplicação da pena (art. 59, CP).⁵⁶ **Gomes/Maciél**, no mesmo sentido, dizem que a divulgação “*não implica nova lesão ao bem jurídico, senão incremento da lesão já ocorrida*”.⁵⁷ É importante apenas que se imponha ao juiz realizar, na sentença, a demonstração de qual seria a pena que ele imporá, para cada crime, no caso de considerar-se haver concurso de crimes; é que as penas e a escala penal do art. 151, § 1.º, II, CP são de “*detenção, de um a seis meses, ou multa*”, sendo bastante diversas das penas e da escala penal do art. 10, L. 9.296/1996 (“*reclusão, de dois a quatro anos, e multa*”). Veja-se que, no primeiro crime, a multa é alternativa e, no segundo, a multa é cumulativa; ademais, o *quantum* de pena privativa de liberdade é bem díspar. A regra que impõe considerar-se crime único não pode ser prejudicial ao agente; por isso, o incremento da pena única *jamaiz* pode ser superior à pena que seria imposta, separadamente, pela divulgação indevida, se se considerasse a existência de concurso material de crimes.

Conclusão

O tipo penal instituído no art. 10, L. 9.296/1996 propicia, como se viu, diversas discussões doutrinárias de grande importância, as quais, mesmo passados mais de 20 anos de vigência da lei, ainda demandam soluções minimamente seguras.

Na esteira da expansão legiferante em matéria penal, surgem frequentemente propostas legislativas que pretendem ampliar bastante o âmbito de incidência do tipo penal do art. 10, L. 9.296/1996, antecipando a linha mínima de punibilidade, ampliando as hipóteses criminalizadas e aumentando pena. Exemplos disso são o anteprojeto de lei formulado em 2003 por **Ada Pellegrini Grinover** e outros quatro juristas⁵⁸, e o anteprojeto de Código Penal de 2012⁵⁹; ambos apostam firmemente na expansão de poder punitivo.

Ainda que a interceptação de comunicações privadas seja prática altamente antidemocrática e violadora de direitos fundamentais de

⁵⁶ *Interceptação...*, 2015, p. 165.

⁵⁷ Ob. cit., 2014, p. 197.

⁵⁸ Para o texto desse anteprojeto de 2003, v. GRECO FILHO, ob. cit., p. 120 e segs., e especialmente o art. 20 em diante.

⁵⁹ No anteprojeto de 2012, v. art. 154 e seus parágrafos, cf. consulta, em 29.07.2016, à página <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&-tp=1>>.

alta transcendência, há que se ponderar que os tipos penais existentes (e os instrumentos extrapenais) já são amplamente suficientes, e que o poder punitivo não é a via adequada para a solução desse grave problema, que passa, em verdade, por uma consciência cultural de respeito à privacidade, à alteridade e à democracia.

Referências

- ALENCASTRO AUTRAN, Manoel Godofredo. *Código do processo criminal de primeira instância*. Rio de Janeiro: Garnier, 1881.
- AZEVEDO FRANCO, Ary. *Direito penal (apontamentos de um curso)*. Rio de Janeiro: Almeida Marques, 1934
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Interceptação telefônica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DELMANTO, Celso et alli. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal: parte especial*. v. II. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014.
- GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- JESUS, Damásio de. Interceptação de comunicações telefônicas: notas à lei 9.296, de 24.07.1996. *Revista dos Tribunais*, n.º 735, jan. 1997, p. 458-473.
- PAULA PESSOA, V. A. de. *Código criminal do império do brasil anotado*. Rio de Janeiro: Livraria Popular, 1877.
- SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*. v. II. Rio de Janeiro: Jacyntho, 1932.