



INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E PROTEÇÃO À INTIMIDADE INDIVIDUAL: CONFLITOS E HARMONIZAÇÃO POSSÍVEIS NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL CONTEMPORÂNEO

Cristina Bueno Garofallo da Fontoura (Mestranda Apresentadora), Luciano Feldens (orientador)

¹*Faculdade de Direito, PUCRS,* ²

Resumo

O presente trabalho buscará analisar sob uma perspectiva crítica de que forma se protege o direito à intimidade individual quando do manejo judicial do instituto das interceptações telefônicas como meio de prova no processo penal contemporâneo. Serão avaliados os interesses jurídicos que entram em jogo em contraposição – de um lado o interesse do Estado na persecução penal, por outro a gama de direitos ligados à intimidade e a personalidade individual – e verificar se há meios jurídicos para harmonizá-los. Para isso buscar-se-á realizar uma conformação desse direito fundamental no intuito de definir seu núcleo essencial, paralelamente ao estudo da jurisprudência nacional, espanhola e portuguesa.

Introdução

A proposta do presente trabalho ocupa-se de dois grandes temas: o direito individual à intimidade e o uso de interceptações telefônicas em investigações criminais.

A atualidade desses tópicos revela-se na medida em que se analisam julgados da Suprema Corte nacional e de casos estrangeiros, dos quais se tem notícia. Na verdade se debate quando será legítima a intervenção pública na intimidade individual enquanto Estado detentor do poder de persecução criminal. Por outro lado, sendo o decreto interventivo legitimado pela Constituição Federal, o direito individual aludido não pode ser contra ele oposto.

O tema mostra-se relevante na medida em que se percebe o aumento do volume de recursos e *habeas corpus* manejados perante os tribunais nacionais, nos quais figuram como objeto questões relativas à legalidade de interceptações telefônicas; questiona-se a observância dos preceitos legais e alerta-se para ingerências desproporcionais no âmbito da intimidade individual.

Ao que tudo indica existem falhas no ordenamento legislativo, de uma parte, de outra um falho acompanhamento judicial na execução da medida. O desafio proposto pelo presente estudo mostra-se em identificar e avaliar, paralelamente, o curso a ser seguido pela medida de acordo com os preceitos constitucionais e legais e a forma como este *roteiro* é atendido na prática, sob a ótica jurisprudencial brasileira, portuguesa e espanhola.

Buscar-se-á realizar um levantamento teórico para, a partir dele, se construir uma conformação do direito à intimidade individual, no intuito de se delimitar seu núcleo essencial, e conseqüentemente, se poder conceber dentro de quais limites se pode manejar sua relativização de forma proporcional por meio de interceptações telefônicas.

O direito fundamental à intimidade é classificado como um direito negativo, pois protege o indivíduo de ingerências do Poder Estatal. Os direitos fundamentais “são, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. (SARLET, 2004, p. 54)

No entanto sabe-se que não existem direitos absolutos, sendo possível algum tipo de limitação. Portanto “[...]restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental, partindo-se do pressuposto de que tais direitos assim o são, possuem certa margem excedente sobre a qual poderá recair a referida limitação”. (ALEXY, 2008, p. 280-281)

Para tanto é necessário se proteger o núcleo essencial de tais direitos para que não se esvaziem de conteúdo. Um dos critérios utilizados para se restringi-los é a aplicação da máxima da proporcionalidade. Pode-se dizer que: “[...]enquanto princípio expressamente previsto na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”. (MENDES, 2008, p. 316). Diz-se ainda que: “Uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição”. (ALEXY, 2008, p. 281)

Será feita uma análise crítica da legislação e uma abordagem teórica sobre a interceptação telefônica, enquanto instrumento de produção de provas no direito processual penal.

Serão examinados julgados dos chamados Tribunais Constitucionais brasileiro, português e espanhol, bem como serão buscados casos em que o tema foi abordado pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem, para que se estabeleça um paralelo de legitimação diante do sistema jurídico penal contemporâneo.

Metodologia

Quanto a método de investigação adotar-se-á a revisão sincrônica e comparativa; quanto ao procedimento será feita uma pesquisa por meio de revisão bibliográfica tradicional e documental.

Primeiramente, serão estudados os princípios constitucionais regentes do Estado Democrático de Direito, especialmente no que pertine às garantias fundamentais ligadas ao devido processo legal, ampla defesa, exercício do contraditório em processos e procedimentos; bem como aquelas normas que garantem direitos aos cidadãos e limitam a utilização de provas em processos criminais.

Em seguida buscar-se-á confrontar o tema produção da prova por meio de interceptações telefônicas com o sistema jurídico-penal contemporâneo, para que se percebam eventuais limites legais referentes à colaboração individual do investigado.

Será, ainda, objeto de estudo a concepção doutrinária e jurisprudencial acerca de provas lícitas e ilícitas, bem assim como tem sido enfrentada a prova emprestada e compartilhada, a admissão de interceptação telefônica, escutas ambientais e clandestinas. Nesse último aspecto será examinado o conjunto normativo aplicável às interceptações telefônicas, na busca de delimitar os contornos constitucionais da produção e manejo de tal meio probatório.

Por fim serão colacionados julgados do Supremo Tribunal Federal, para que sejam confrontadas as conclusões obtidas a partir do estudo teórico com os posicionamentos jurisprudenciais contemporâneos, quanto à proteção do direito à intimidade individual e quanto à validade de interceptações telefônicas.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Thiago André Pierobon de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas, atualizada em face da Lei 9.296/96 e da jurisprudência**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Valoración de las Grabaciones Audiovisuales em el Proceso Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. Traduzido por Ana Paulo Zomer Sica et al. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução Carlo Coccioli, Márcio lauria Filho; revisão da tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas Técnicas para o Trabalho Científico: Elaboração e Formatação**. 14 ed. ampl. Porto Alegre: s.n, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Sacrance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- KARAM, MARIA Lúcia. **Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Manual de Metodologia da Pesquisa para o Direito**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Martins, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo; Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. Direitos Fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: Gauer, Ruth Maria Chittó (org). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal**. Madrid: Editorial COLEX, 1990

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. 2 ed. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial 901. 856. Disponível em <<http://www.elciopinheirodecastro.com.br>> Acesso em 21 out. 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão no *Habeas Corpus* 69.818. Disponível em <<HTTP://www.stf.gov.br>> Acesso em: 21 out. 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus 74.678-1- São Paulo. Publicado no Diário da Justiça em 15.08.1997. Disponível em <<HTTP://www.stf.gov.br>> Acesso em: 10 nov. 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão na Apelação Cível 70015189400. Disponível em <<HTTP://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em 15.10.2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, **Lei n. 9.296**, de 24 de julho de 1996. Brasília: Senado Federal, 1996.

BRASIL, **Decreto Legislativo n. 27**, de 25 de setembro de 1992. Brasília: Senado Federal, 1992.

BRASIL, **Resolução n. 59**, de 09 de setembro de 2008. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2008.

COSTA RICA, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Donoso. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr>> Acesso em 29.5.2009.

ESPAÑA, Tribunal Constitucional Español. Disponível em
<www.tribunalconstitucional.es>

PORTUGAL, Tribunal Constitucional Português. Disponível em
<www.tribunalconstitucional.pt>