

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM CIÊNCIAS PENAIS**

PAULO AUGUSTO MOREIRA LIMA

**A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO TRÁFICO DE
DROGAS: TÉCNICA DE INVESTIGAÇÃO E AUSÊNCIA DE
DEFESA**

Goiânia

2004

PAULO AUGUSTO MOREIRA LIMA

**A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO TRÁFICO DE
DROGAS: TÉCNICA DE INVESTIGAÇÃO E AUSÊNCIA DE
DEFESA**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, como exigência parcial para a obtenção do grau de mestre em Ciências Penais, sob orientação do Prof. Dr. Eriberto Francisco Bevilaqua Marin.

Goiânia
2004

Catálogo na fonte- Biblioteca das Faculdades Alves Faria

L732i Lima, Paulo Augusto Moreira

A interceptação telefônica no tráfico de drogas: técnica de investigação e ausência de defesa / Paulo Augusto Moreira Lima. – Goiânia: 2004.

115 fl.; 30 cm.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Goiás.

“Orientador: Prof. Dr. Eriberto Francisco Bevilaqua
Marin”

Bibliografia: 111-114

1. Tráfico de Drogas – Direito Criminal. 2. Investigação Criminal – Brasil. I. Título.

CDU: 343.123.1

PAULO AUGUSTO MOREIRA LIMA

**A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO TRÁFICO DE
DROGAS: TÉCNICA DE INVESTIGAÇÃO E AUSÊNCIA DE
DEFESA**

Monografia defendida e aprovada em 24 de fevereiro de 2005 pela Banca Examinadora constituída pelos professores:

_____ Avaliação: _____
Prof. Dr. Eriberto Francisco Beviláqua Marin
Presidente da Banca

_____ Avaliação: _____
Professor Dr. Pedro Sérgio dos Santos
Membro da Banca

_____ Avaliação: _____
Professor Dr. Germano Campos Silva
Membro da Banca

Avaliação Final: _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao amigo e colega André Godoy Moreira, exemplo de retidão de caráter e profissional exemplar, com quem tive a honra de conviver na Delegacia de Repressão a Entorpecentes da Polícia Federal de São Paulo, morto em serviço no combate ao tráfico de drogas.

Dedico, também, o trabalho ao amigo Caio Marcelo Mengue, pela coragem na luta contra o câncer.

AGRADECIMENTOS

A meus pais, pelo incentivo desde sempre;

A meu orientador professor Eriberto, bem como aos professores Pedro Sérgio e Nivaldo, pelas valiosas sugestões;

Aos delegados Fernando Braga, Marcelo Godoy, Luiz Ungaretti, Fernando Berbert, Sílvio Dias, Gilberto Pinheiro, Rodrigo Franco e Rodrigo Leão, pelo companheirismo e aprendizado diário na Delegacia de Repressão a Entorpecentes de São Paulo;

Aos agentes e escrivães da Delegacia de Repressão a Entorpecentes de São Paulo, pela raça e dedicação;

Ao colega e grande amigo Carlos Márcio, pela ajuda fundamental na conclusão do Mestrado durante o período em que estive fora de Goiânia;

Ao amigo Willam Marinho, pela ajuda na correção do trabalho;

SUMÁRIO

LISTA DE FIGURAS	08
RESUMO	09
ABSTRACT	10
INTRODUÇÃO	11
1 TRÁFICO DE DROGAS	13
1.1 PROBLEMÁTICA MUNDIAL	13
1.2 O TRÁFICO DE ENTORPECENTES NO BRASIL	16
1.3 PREVISÃO LEGAL DO TRÁFICO	21
1.4 ETAPAS DO TRÁFICO DE DROGAS	22
1.5 A DROGA COMO DEMANDA DE MERCADO	23
1.6 O TRÁFICO EM SÃO PAULO NO ANO DE 2003	24
1.7 EFICIÊNCIA DA INVESTIGAÇÃO E A INFORMAÇÃO COMO FERRAMENTA DE INVESTIGAÇÃO	36
1.8 MEIOS DE INVESTIGAÇÃO	38
1.8.1 Informante	40
1.8.2 Vigilância	42
1.8.3 Agente infiltrado	42
1.8.4 Lavagem de Dinheiro	45
1.8.5 Controle de produtos químicos	46
1.8.6 Ação controlada ou entrega vigiada	48
1.8.7 Vigilância eletrônica	50
2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	52
2.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL	52
2.2 O ALCANCE DA EXPRESSÃO “INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS DE QUALQUER NATUREZA”	55
2.3 ALCANCE DA LIBERDADE GARANTIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ..	58
2.4 CABIMENTO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	59
2.5 PROVA ILEGAL	62
2.6 ENCONTRO FORTUITO	67

2.7 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO ANTEPROJETO	69
2.8 A DEFESA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	71
2.9 NECESSIDADE DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA SEM DEFESA	74
2.10 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA INTERCEPTAÇÃO SEM DEFESA	78
2.11 APARENTE CONFLITO DE NORMAS	82
CONCLUSÃO	92
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	94

LISTA DE FIGURAS

Figura 1.1 - Quantidade de apreensões por tipos de drogas	25
Figura 1.2 - Quantidade de drogas apreendidas (em kg)	26
Figura 1.3 - Número de presos por apreensões	27
Figura 1.4 - Nacionalidade dos presos nas apreensões de cocaína	28
Figura 1.5 - Perfil dos presos no tráfico de maconha	29
Figura 1.6 - Perfil dos presos no tráfico de cocaína	29
Figura 1.7 - Circunstâncias das apreensões de maconha	30
Figura 1.8 - Circunstâncias das apreensões de cocaína	31
Figura 1.9 - Funções dos presos por tráfico de maconha	32
Figura 1.10 - Funções dos presos por tráfico de cocaína	33
Figura 1.11 - Atuações de organizações criminosas por apreensão de maconha .	34
Figura 1.12 - Atuações de organizações criminosas por apreensão de cocaína ...	35

RESUMO

O tráfico de drogas é um dos maiores males da sociedade contemporânea, envolvendo questões ligadas aos direitos humanos, à economia, ao crime organizado e à saúde pública. Neste contexto, a interceptação telefônica é considerada como uma das principais técnicas de investigação, desde que seja mantido o sigilo da medida até a conclusão das investigações sobre determinado grupo criminoso. Assim, propõe-se que a interceptação telefônica seja utilizada como meio de prova apenas após a identificação dos principais traficantes e obtenção de informações substanciais sobre o *modus operandi* dos criminosos.

Palavras-chave; Interceptação, Telefônica, Defesa, Tráfico, Drogas, Investigação, Criminal

ABSTRACT

The drug trafficking is one of the greatest bad things of the contemporary society, involving on questions related to the human rights, the economy, the organized crime and the public health. In this context, the wire tapping is considered one of the main techniques of investigation, since that it is a secret proceeding until the conclusion of the inquiries on determined criminal group. In conclusion, it is considered that the wire tapping is used as evidence only after the identification of the main dealers and obtaining substantial information related to the *modus operandi* of the criminals.

Keywords; Interception, Phone, Defense, Traffic, Drugs, Investigation, Criminal.

INTRODUÇÃO

Foi dito por Marilena Chauí¹ que a reflexão filosófica, seja qual for o domínio em que pousar os olhos, guia-se por uma tríplice preocupação:

... primeira – investigar o que a coisa é, qual sua realidade e natureza; segunda – como a coisa é, sua estrutura; quais as relações que constituem uma coisa; terceira – por que a coisa existe, por que é como é; origem e causa de uma coisa, idéia ou valor.

O presente trabalho, parafraseando a definição acima, buscará definir o tráfico de entorpecentes e toda problemática envolvida, e inserir, neste contexto, o porquê da interceptação telefônica como ferramenta de investigação, como regra, e a restrição do seu uso como elemento de prova.

Foram objeto de pesquisa quantitativa todas as apreensões de entorpecentes realizadas pela Delegacia de Repressão a Entorpecentes da Superintendência da Polícia Federal de São Paulo no ano de 2003, o que possibilitou traçar o perfil do tráfico, bem como a atuação de organizações criminosas naquele local.

No desenvolvimento do trabalho foram postos em confronto diversos preceitos constitucionais e legais, bem como analisados pontos polêmicos encontrados na doutrina e na prática referentes à interceptação telefônica, de modo a construir os fundamentos jurídicos da tese proposta.

Em que pese a incidência prática da ausência de defesa na interceptação telefônica realizada nas investigações relacionadas ao narcotráfico ou, pelo menos, a dúvida existente sobre qual o melhor momento de trazer seus resultados ao processo, não há doutrina específica sobre o tema, o que dificultou a produção de pesquisa qualitativa.

¹ *Convite à Filosofia*, apud João Baptista Herkenhoff, *O Direito Processual e o Resgate do Humanismo*, p. 142.

Com escopo de evitar discussões decorrentes das peculiaridades das interceptações de *e-mail* e ambiental, o que, sem dúvida, seria necessário para compreensão da matéria, foram estas excluídas do objeto da pesquisa.

Assim, o objetivo principal a ser atingido é fomentar a discussão de um tema inédito, pelo menos em sede doutrinária e jurisprudencial, mas de indiscutível relevância social, já que, conforme ensina Rudolf Ihering, citado por Luigi Ferrajoli², que a luta pelo direito o acompanha em todos os momentos, não sendo apenas um instrumento de defesa, mas também com lugar na elaboração e reivindicação de novos direitos.

²*Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*, p. 755.

1 TRÁFICO DE DROGAS

1.1 PROBLEMÁTICA MUNDIAL

Desde o surgimento das sociedades antigas, algumas plantas³ vêm sendo utilizadas em rituais religiosos ou para fins medicinais. O tráfico surgiu juntamente com o comércio internacional⁴, que fez com que as drogas⁵ que tinham apenas importância local, passassem a ser apreciadas em outras partes do mundo.

O incremento e a difusão do referido comércio fez com que o tráfico de entorpecentes⁶ passasse a merecer atenção de diversos setores da sociedade civil, relacionados ou não à segurança pública, não só por ser uma das mais comuns violações de direitos do nosso tempo, envolvendo questões ligadas aos direitos humanos, à economia, ao crime organizado e à saúde pública, mas também por se entrelaçar com outras espécies de crimes⁷, seja funcionando como causa ou consequência dos mesmos, ao utilizar métodos que permeiam a corrupção, ameaças e homicídios.

A criação de uma Comissão de Entorpecentes pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas em 1946 demonstra que não é recente a preocupação da sociedade internacional com as drogas.

³Coca, *canabis*, papoula, cogumelo, *cactuspeyote*, *ayahuasca*, entre outras.

⁴Thiago Rodrigues, *Narcotráfico – uma guerra na guerra*, p. 10.

⁵A Organização Mundial da Saúde conceitua droga como toda substância ou produto que, administrado ao organismo vivo, produz modificações em uma ou mais de suas funções. Fármaco é toda substância ou princípio ativo indicado para a cura ou prevenção de doenças. Tóxico é toda substância potencialmente capaz de intoxicar o organismo. Narcótico é toda droga que produz hipnose e analgesia. Entorpecente engloba drogas, fármacos e medicamentos que provocam entorpecimento (diminuição das atividades gerais do organismo), sendo denominados substâncias frenotrópicas. *Manual de Prevenção e Repressão a Entorpecentes (Vol. 1)*, p. 15-17.

⁶As substâncias consideradas entorpecentes estão elencadas na Portaria n. 344 de 1998 da ANVISA.

⁷“Com efeito, o narcotráfico costuma se articular com bandidos e praticar contravenções e crimes como roubo a bancos, carros-fortes, caixas eletrônicos, cargas (perdas de R\$ 380 milhões no Brasil em 1999), caminhões, furto e roubo de carros (371 mil veículos por ano), desmanche, desmatamento, extração ilegal e contrabando de madeira, cigarros, ouro, cassiterita, pedras preciosas e imensa variedade de produtos, câmbio irregular, tráfico de armas, escravos, órgãos humanos, prostituição, pornografia infantil, tortura, assassinato, formação de grupos de extermínio na cidade e no campo, evasão de divisas, lavagem de dinheiro, jogo do bicho, jogos de azar, corrupção, desvio de verbas públicas, extorsão mediante seqüestro, extorsão com outros meios, fraudes médicas, contra a Previdência, a Receita Federal, cartões de crédito, seguradoras, instituições financeiras públicas e privadas de todo o tipo, golpes na Internet, suborno e, para encerrar uma lista na verdade infindável, financiamento ilegal de campanhas políticas”. Mário Magalhães, *Publifolha*, p. 46.

Thiago Rodrigues⁸ perfilha opinião de que o narcotráfico foi colocado, no século XX, como um dos principais males a serem combatidos, com raízes na tradição puritana do protestantismo, *verbis*:

Ao narcotráfico e suas mercadorias ficou associada, então, uma idéia de contaminação: contaminação individual (para aquele que se intoxica), contaminação social (para as comunidades onde há usuários e narcotraficantes) e contaminação institucional (a corrupção alimentada pela existência do mercado ilegal de drogas). As drogas psicoativas e o narcotráfico, vistos como um mal, foram eleitos alvos preferenciais do perpétuo combate pela regeneração social.

Tal prática criminosa é a maior fonte de renda para o crime organizado internacional, sendo seguida pelo comércio ilegal de armamentos e tráfico de mulheres. A Organização das Nações Unidas (ONU) estima em US\$ 400 bilhões por ano a receita anual da indústria de drogas ilegais em todo o mundo, o que corresponde a 8% de todo o comércio internacional⁹.

A situação preocupa tanto os países desenvolvidos, destino preferencial das drogas, quanto os países em desenvolvimento, principais fornecedores, mas que também possuem problemas relacionados ao consumo, a exemplo do Brasil.

Dados¹⁰ fornecidos pelo Programa de Controle de Drogas das Nações Unidas¹¹ (UNDCP) dão conta que entre 4% a 10% da população mundial use drogas ilícitas, sendo que a maconha é consumida, no mínimo, por 140 milhões de pessoas, sendo seguida pelas anfetaminas, com 30 milhões de usuários, e a cocaína, utilizada por 13 milhões de pessoas.

Acima de qualquer discussão acerca da liberdade individual do ser humano de poder ou não consumir drogas, é fato que os usuários de drogas têm 50% mais propensão a doenças e ferimentos do que os não-usuários, conforme levantamento da Organização Mundial de Saúde¹², bem como foram identificadas

⁸Thiago Rodrigues, *Narcotráfico – uma guerra na guerra*, p. 14.

⁹Academia Nacional de Polícia, *Manual de Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro*, p. 5.

¹⁰Mário Magalhães, *op. cit.*, p. 11.

¹¹United Nations International Drug Control Programme.

¹²Thiago Rodrigues, *op. cit.*, p. 16.

pessoas que contraíram o vírus HIV por intermédio de drogas injetáveis em 108 países.

Ademais, a capacidade de trabalho reduzida do viciado, somada aos gastos efetuados na área da saúde pública, atravancam o crescimento econômico, pelo enfraquecimento da força de trabalho, no primeiro caso, bem como, no segundo, pelo uso de verbas que poderiam ser destinadas a outros setores.

Além da economia e da saúde pública, o narcotráfico é responsável pela ruptura da ordem político-social em alguns países, por favorecer a criação de círculos de poder paralelos estranhos à atividade estatal¹³.

A transnacionalização do crime, que não respeita fronteiras, em contraposição aos conceitos de soberania firmados no século XVIII, vem dificultando a atuação do Estado, tolhido por limites geográficos. Criada com escopo de implementar a atuação conjunta das polícias de diversos países, a polícia internacional (Interpol ¹⁴) depende, fundamentalmente, de cooperação internacional¹⁵. Permitir a instalação de escritórios de outros países em território nacional pode minimizar o problema, mas não há garantias de que não serão coletadas, também, informações de interesse nacional.

Os desentendimentos entre diversos países interessados na luta contra o narcotráfico quanto às suas próprias responsabilidades que, em tese, deveriam ser compartilhadas, são usufruídos pelos traficantes, como ensina Thiago Rodrigues¹⁶:

¹³“Na Bolívia, o general Garcia Meza, apoiado no narcotráfico, assumiu o poder em 1980 com um golpe militar. DésiBouterse, caçado pela Holanda como narcotraficante, governou o Suriname nos anos 80. De 1983 a 1989, quando foi deposto por uma invasão dos EUA, o ex-agente da CIA Manuel Antônio Noriega, ligado aos cartéis colombianos, mandou no Panamá. Na Colômbia, o presidente Ernesto Samper (1994-8) foi acusado pela Procuradoria-Geral de ter recebido de traficantes US\$ 6 milhões para campanha política. No México, Raul Salinas de Gortari (1988-94), depositou mais de US\$ 100 milhões em contas secretas na Suíça. Foi o preço pago por redes do tráfico para a libertação de portos por onde a cocaína seguia para os EUA”. Mário Magalhães, *op. cit.*, p. 56.

¹⁴International Criminal Police Organization.

¹⁵Todas as informações solicitadas à Interpol em investigações em curso na Delegacia de Repressão a Entorpecentes da Superintendência da Polícia Federal em São Paulo no ano de 2003, principalmente quanto a países da África, chegaram com atraso superior a 6 meses.

¹⁶Thiago Rodrigues, *op. cit.*, p. 28.

A disputa, em linhas gerais, estava em torno da seguinte questão: os Estados industrializados (EUA e países da Europa Ocidental) exigiam maior rigidez no controle de opiáceos, maconha e cocaína e pouca regulação para os psicoativos sintéticos (barbitúricos e anfetaminas) produzidos em suas indústrias farmacêuticas, ao passo que os países menos desenvolvidos, produtores principalmente de ópio bruto e folhas de coca, defendiam sua posição e, em caso de proibição total dos psicoativos, a inclusão também das drogas sintéticas.

Não por outro motivo, como explica Rogério Zeidan¹⁷, se foi o avanço da economia que rompeu as barreiras para a realização do mundo globalizado, sob essa mesma esfera é que se encontrarão os maiores índices de delinquência.

1.2 O TRÁFICO DE ENTORPECENTES NO BRASIL

Recentes prisões e extradições de estrangeiros indicam que o Brasil vem sendo transformado em base de máfias e organizações criminosas internacionais. Os próprios estrangeiros presos apontam como causas desse fenômeno as facilidades de comunicação, a miscigenação da população, a extensão territorial, a grande rede hoteleira, portos e aeroportos oficiais e clandestinos, a proximidade geográfica com os países produtores de drogas, a extensa faixa de fronteira, a densa malha viária e hidroviária e a idéia de impunidade que o Brasil inspira na comunidade internacional.

No contexto do crime organizado^{18 19 20} se insere o tráfico de drogas, considerado sua principal manifestação. Em território nacional predomina o tráfico de

¹⁷Rogério Zeidan, *Ius Puniendi, Estado e Direitos Fundamentais*, p. 137.

¹⁸"A elaboração de um conceito de criminalidade organizada é uma tarefa ainda não concluída pelos pesquisadores (...) Pelo exposto, podemos observar que, a despeito da inexistência de uma definição precisa sobre organização criminosa, predomina, na doutrina, um consenso acerca das principais características atribuídas à mesma". Dentre as características apontadas, merecem destaque o caráter transnacional de atuação; planejamento empresarial, no que diz respeito a forma de pagamento do pessoal, recrutamento; estrutura organizacional, representada pela divisão do trabalho, aliada a descentralização das ações e centralização do controle; hierarquia; poder econômico financeiro; poder de mobilidade; fachada legal; demanda de mercado; utilização de meios tecnológicos modernos; alto poder de intimidação; conexão com o poder público e corrupção". *Manual de Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro*, p. 7-13.

¹⁹"Ouçamos os especialistas do Fundo Nacional Suíço de Pesquisa Científica: 'Existe crime organizado (transcontinental) quando uma organização cujo funcionamento é semelhante ao de uma empresa internacional pratica uma divisão muito aprofundada de tarefas, dispõe de estruturas hermeticamente fechadas, concebidas de maneira metódica e duradoura, e procura obter lucros tão elevados quanto possível cometendo infrações e participando da economia legal. Para isso, a organização recorre à violência, à intimidação, e tenta exercer sua influência na política e na

maconha e cocaína²¹, havendo menor incidência das ocorrências com drogas sintéticas e medicamentos²².

Fernando Capez²³ alerta que toda a discussão acerca do conceito de organização criminosa tende a ficar superada em razão da ratificação, pelo Brasil, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, realizada em Palermo. Nessa convenção, definiu-se organização criminosa como todo grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o fim de cometer infrações graves, com a intenção de obter benefício econômico ou moral. Diante da definição do que sejam organizações criminosas, devem acabar todas as restrições, principalmente em sede doutrinária, quanto à aplicação dos dispositivos das Leis 9.034/95 e 10.271/01 para estas.

O Delegado de Polícia Federal Getúlio Bezerra Santos, Chefe da Divisão de Combate ao Crime Organizado²⁴ do Departamento de Polícia Federal, aponta as principais características do tráfico de cocaína no Brasil:

Não sendo o Brasil considerado produtor de cocaína, o tráfico dessa espécie de droga é praticado por redes clandestinas ou organizações criminosas de nível competitivo (...) Ausência de monopólio exercido por grandes organizações ou redes de distribuição; para consumo interno não se registram grandes importações ou aquisições, em geral cerca de 100 a 300 kg por operação; inexistência de grandes quantidades de cocaína em

economia. Ela apresenta geralmente uma estrutura fortemente hierarquizada e dispõe de mecanismos eficazes para impor suas regras internas. Seus protagonistas, além disso, podem ser facilmente substituídos (...) A biblioteca do Palácio das Nações em Genebra (...) Seu computador central oferece nada menos que vinte e sete definições diferentes do conceito de 'criminalidade transnacional organizada"', Jean Ziegler, *Senhores do Crime*, p. 55.

²⁰"De todas as formas Hassemer propõe uma série de fatores para conceituar uma organização criminosa e assinala que é um fenômeno cambiante que segue mais ou menos as tendências dos mercados nacionais e internacionais, o que a torna difícil de ser isolada; compreende uma gama de delitos sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas (tráfico de drogas, corrupção) que não são levadas ao conhecimento das autoridades pelo cidadão; intimida as vítimas, quando elas existem, a não levarem os fatos ao conhecimento da autoridade e para que não façam declarações; possuem tradicionais solos férteis em bases nacionais e em outros países; dispõem de múltiplos disfarces e simulações". André Luís Callegari, *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro*, p. 28.

²¹Alcalóide existente nas folhas de algumas espécies vegetais do gênero *Erythroxylum*. A coca é uma planta nativa da região dos Andes da América Latina (Peru, Bolívia, Colômbia e Equador). Também é cultivada no Ceilão, na China (Ilha de Formosa) e Indonésia.

²²Academia Nacional de Polícia, *Manual de Polícia de Prevenção e Repressão a Entorpecentes (Leitura Complementar)*, p. 22.

²³Fernando Capez, *Legislação Penal Especial v. 2*, p. 96.

²⁴Academia Nacional de Polícia, *Manual de Prevenção e Repressão a Entorpecentes (Leitura Complementar)*, p. 24.

depósito, para fins de especulação; intenso tráfico “formiga”, de pequenas quantidades (até 20 kg), verificado nas fronteiras da região Centro Oeste e Norte; a droga, principalmente aquela de procedência boliviana, é de má qualidade e muitas vezes rejeitada por mercados mais exigentes; as apreensões de grande porte ocorridas em território brasileiro (mais de 150 kg), em geral destinavam-se ao mercado internacional; utilização do transporte marítimo para o escoamento de grandes quantidades de cocaína para o mercado externo; no mesmo sentido, a utilização de transporte aéreo para as quantidades menores, através de mulas ou correios humanos.

Em relação ao tráfico de maconha²⁵, o Delegado frisa algumas particularidades:

A produção predomina na Região Nordeste, com grande incidência na região do vale do Rio São Francisco; destina-se ao mercado interno, não existindo registro de casos de exportação; são cultivadas em terras devolutas e nas ilhas do Rio São Francisco e em outras regiões do nordeste; a produção é geralmente autônoma, e outras vezes destinada à organização que custeia o cultivo; por variáveis razões, quando a produção é do próprio agricultor, existe a possibilidade de estoque de safra, às vezes por esquivar às ações repressivas; o preço da maconha pago ao plantador, representa de 5% a 10% do preço de distribuição no varejo; concorrência com a maconha de procedência paraguaia, de melhor aceitação em razão da qualidade, disponibilidade, apresentação e, algumas vezes, menor preço; redes brasileiras fazem a distribuição da maconha paraguaia e algumas vezes até se dedicam ao cultivo em território daquele país; o transporte rodoviário se verifica em grandes quantidades (toneladas).

A soma de fatores político-sociais, legais e geográficos, foi e ainda é responsável pela colocação do Brasil como um dos principais entrepostos de cocaína e grande mercado consumidor de drogas.

Os índices de desemprego, a industrialização decorrente do desenvolvimento de novas tecnologias e conseqüente demanda por mão de obra especializada, a ausência de políticas públicas de desenvolvimento humano e inserção social²⁶, o êxodo rural desorganizado das décadas de 60 e 70, e os escassos investimentos nas polícias foram responsáveis pelo aumento da criminalidade na década de 80.

²⁵A cannabis sativa linneu é uma planta nativa da Ásia, cultivada também na África, Brasil, Colômbia, México, Paraguai, Turquia, Irã e Arábia. Seu princípio ativo consiste no THC (tetrahidrocanabinol).

²⁶É inaceitável o termo reinserção social, que pressupõe uma situação pretérita que não corresponde a realidade.

E são justamente nos bolsões de pobreza, onde não se vê a presença do Estado, que o crime organizado se instala através do assistencialismo, que consiste na prestação de serviços que caberiam ao governo prestá-los. Pesquisa da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) realizada no Rio de Janeiro e em outras 13 capitais brasileiras revelou que um dos principais modelos de realização para adolescentes é o traficante²⁷.

Ademais, a desestruturação da família causada pela miséria e pela ausência estatal reflete nas comunidades, dando início à onda de crimes, como explica o britânico Luke Dowdney²⁸:

O tráfico de drogas atrai crianças de espírito independente, que se recusam a aceitar as migalhas oferecidas pela sociedade 'oficial', ou a pobreza e o sofrimento vivenciados diariamente pela maioria deles na favela. Essa busca de identidade, mobilidade sócia e ganhos materiais, algo comum a todos os jovens de qualquer classe social, leva ao comércio de drogas como uma rota perigosa mas acessível para mudar a situação (...) Historicamente, a presença bastante limitada do Estado na favela e o fracasso do governo em realizar a sua parte do contrato social facilitaram o desenvolvimento de estruturas do contrato social tipicamente instituídas por atores não-governamentais armados, principalmente facções do tráfico de drogas nas duas últimas décadas. A pobreza e as dificuldades de entrar para o mercado de trabalho enfrentadas pelos moradores de favelas de baixa escolaridade e que se sentem socialmente excluídos significam que, para muitos deles, são poucas as alternativas econômicas, a não ser o envolvimento com o comércio de drogas.

O abandono legislativo no Brasil, que demorou a adotar as leis de combate à lavagem de dinheiro e ao crime organizado, facilitou a execução de várias etapas do ciclo da droga em território nacional.

Quanto aos aspectos geográficos, impende realçar a extensa fronteira seca com os três maiores produtores mundiais de cocaína, Colômbia, Peru e Bolívia, que favorece a chegada da droga tanto pelos rios, quanto por via terrestre e aérea, somada ao reduzido número de policiais lotados nessas regiões²⁹. Enquanto o Peru é apontado como o maior produtor de folha de coca, os laboratórios de refino e a

²⁷Thiago Rodrigues, *Narcoditadura*, p. 63.

²⁸*Insegurança Pública*, p. 103-123.

²⁹A Polícia Federal conta com pouco mais de 6.000 (seis mil) policiais em todo o território nacional, incumbidos das atribuições ditadas no artigo 144 da Constituição Federal, enquanto, a título comparativo, a Polícia Federal da Argentina conta com mais de 20.000 homens.

comercialização da droga são predominantemente manejados pelas organizações colombianas.

No tocante ao entorpecente que já ingressou no país, destinado a consumo interno e exportação, os portos espalhados por toda costa litorânea, de Belém/PA a Itajaí/SC, a extensa malha rodoviária, as pistas clandestinas de avião em meio a densa floresta amazônica e o número de vôos internacionais diários, obrigam que a fiscalização seja realizada por amostragem, jogando as apreensões de entorpecente, quando não haja uma investigação policial prévia, para o campo da probabilidade ou da sorte.

A globalização, supostamente culpada por todos os males econômicos que assolam o Brasil, também é vista como estímulo ao tráfico, tendo em vista que o uso de novas tecnologias de comunicação contribui para a organização da rede do crime e para a fuga do capital empregado no negócio.

Deve-se destacar, ainda, que o tráfico de entorpecentes não pode ser considerado apenas como crime, mas como um negócio de alta lucratividade, que atrai tanto os criminosos mais organizados, como políticos e empresários. A título de exemplo, um quilo de cocaína³⁰ é comprado nos países produtores³¹ por US\$ 1.000³². No Brasil, a mesma quantidade é vendida, no atacado, a US\$ 4.000. Na Europa, devido às dificuldades de chegada da droga, o preço pode variar de US\$ 40.000 a US\$ 100.000. Considerando-se ainda que à cocaína vendida nas ruas são adicionadas diversas substâncias, que lhe aumentam o volume³³ em até cinco vezes, para se obter uma droga considerada ainda de boa qualidade, percebe-se o porquê do tráfico ser a principal manifestação do crime organizado.

³⁰Produto puro sem mistura com substâncias utilizadas para dar volume (grau de pureza de 92% a 98%).

³¹Bolívia, Peru e Colômbia.

³²No presente trabalho foi utilizada a cotação de US\$ 1,00 para cada R\$ 3,00.

³³Bicarbonatos, manitol, pó de vidro, cal, farinha de trigo, dentre outros.

1.3 PREVISÃO LEGAL DO TRÁFICO

A Constituição Federal brasileira de 1988, seguindo a ordem mundial³⁴, ocupou-se explicitamente do tráfico de entorpecente em quatro oportunidades distintas, o que ressaltou a importância dada ao tema pelo legislador constituinte.

No rol dos direitos e garantias fundamentais contempladas no artigo 5º da Constituição Federal, procura-se evitar a ação do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ao considerá-lo inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (inciso XLIII).

O inciso LI do mesmo artigo inovou a normativa constitucional brasileira ao prever a extradição³⁵ de brasileiro naturalizado, cujo envolvimento com tráfico de entorpecentes e drogas afins seja comprovado, ainda que o crime seja praticado após a naturalização.

No capítulo destinado à segurança pública, foi atribuída à Polícia Federal a atribuição de prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (Constituição Federal, artigo 144, §1º, inciso II).

Afinal, o artigo 243³⁶ da Constituição Federal prevê a expropriação, sem qualquer indenização, das terras onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas.

No tocante à legislação infra-constitucional, o Decreto n. 14.969 de 1921, seguido de algumas reformas legislativas, inaugurou no Brasil o controle de drogas, condenando qualquer forma de utilização para fins não médicos. Como observa Thiago Rodrigues³⁷, o proibicionismo se consolidou com a edição da Lei n. 6.368 de 1976, que institui definitivamente as figuras do traficante e do usuário, representando um marco no combate ao comércio ilícito de drogas. No entanto, as medidas de

³⁴No mesmo ano foi realizada a Convenção de Viena que abordou diversos temas relacionados ao tráfico de drogas.

³⁵"Extradição é o ato pelo qual um Estado entrega a outro, e a rogo deste, criminoso para ser julgado". UadiLammêgoBulos, *Constituição Federal Anotada*, p. 228.

³⁶Artigo regulamentado pela Lei 8257/91.

³⁷Thiago Rodrigues, *op. cit.*, p. 78.

prevenção e tratamento previstas na lei não obtiveram o êxito almejado pelo legislador, face ao descompasso com as políticas públicas voltadas à área.

O conceito legal de tráfico é mais amplo que o mero ato de comércio, buscando abarcar as várias ações que rondam tal prática criminosa, como explica Isaac Sabbá Guimarães³⁸:

A forma fundamental do crime de tráfico, descrito no caput do presente artigo, compreende dezoito verbos que indicam as condutas típicas que, *prima facie*, vão muito mais além de seu significado etimológico. Tráfico, portanto, ganha um sentido jurídico-penal muito mais amplo do que o de comércio ilegal: a expressão abrangerá desde atos preparatórios às condutas mais estreitamente vinculadas à noção lexical de tráfico. Isto indica-nos que a intenção do legislador penal foi a de oferecer uma proteção penal mais ampla ao bem jurídico aí tutelado.

Em fevereiro de 2002, após decorridos 10 (dez) anos de tramitação no Congresso Nacional, entrou em vigor a Lei nº 10.409, com escopo de substituir a Lei 6.368/76. Em razão dos vetos presidenciais em 35 artigos, a lei anterior foi apenas parcialmente revogada, passando a coexistir com o novel diploma legal. Com isso, atualmente, estão em vigor a Lei n. 6368/76, no aspecto penal, ao passo que a nova lei passa a reger a parte processual³⁹.

1.4 ETAPAS DO TRÁFICO DE DROGAS

O mercado do tráfico de drogas compreende todo um sistema econômico: produção, distribuição, transporte, publicidade e comercialização.

A primeira etapa do tráfico de drogas consiste na produção da droga. Envolve, a coleta da matéria prima, incluídos os cultivos das plantas psicotrópicas⁴⁰, para seu emprego posterior na manufatura e processamento de diferentes espécies de substâncias.

³⁸ *Tóxicos*, p. 37.

³⁹ Nesse sentido Fernando Capez, *op. cit.*, p. 123.

⁴⁰ Coca e maconha.

A distribuição, como segunda etapa, compreende as atividades de agenciamento, financiamento, fechamento de negócios, sendo implementada pela rede de transporte que utiliza todos os meios possíveis, inclusive barcos e aviões⁴¹.

A distribuição tem seu desfecho com a colocação da droga no mercado de atacado, para posterior comercialização no varejo, quando se entrega a droga para o consumo.

Importante sobrelevar que todo o percurso tem como suporte uma base financeira constituída por “empresas de fachada”, constituídas especificamente para este fim.

1.5 A DROGA COMO DEMANDA DE MERCADO

O crime organizado atende a uma demanda de mercado, isto é, segue as tendências do mercado consumidor, eis que exploram atividades proibidas que não recebem censura de alguns setores da sociedade⁴².

Alguns estudiosos⁴³ apontam que a sociedade contemporânea é criminógena por sua estrutura, condições e finalidades, o que explica o aumento do crime, tanto em nações desenvolvidas, como nas em desenvolvimento, e demonstra que a pobreza não é uma das principais causas do delito. Assim, os três ícones que dominam a *urbe* contemporânea, poder, dinheiro e sexo, somados ao materialismo e competitividade, ocasionam o desprezo do próximo, tratado como um inimigo em potencial, e faz surgir novos delitos.

⁴¹ Academia Nacional de Polícia, *Manual de Polícia de Prevenção e Repressão a Entorpecentes (Leitura Complementar)*, p. 20.

⁴² “A estratégia é bem lógica, pois se uma das características do crime organizado é a obtenção do lucro através da oferta de bens e serviços escassos, proibidos ou moralmente repelidos, tendo o campo mais propício o da clandestinidade, nada mais favorável que a manutenção de uma rede de conexões que assegure a discrição de seu empreendimento”. Academia Nacional de Polícia, *Manual de Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro*, p. 5.

⁴³ Roque de Brito Alves explica que “atualmente, criminologistas como Pinatel, Middendorf, Hacker, Wolfgang, Ferracuti sustentam que as próprias características da sociedade moderna são os fatores que mais favorecem a grande onda de delinqüência dos nossos dias, sobretudo para a devida compreensão da criminalidade violenta, cada vez maior. Há o risco, até, de agora a violência ser considerada como algo banal, comum, que deixará paulatinamente de ser apreciada, de causar espanto, pois passará a ser entendida como um fenômeno natural, normal da própria sociedade, o que é um dado preocupante para os estudiosos, os pesquisadores da problemática”.

Nesse palmar, embora não seja objeto deste trabalho, é preciso desmistificar o usuário de drogas, não raro tratado como vítima do descaso da sociedade e do aparelho estatal, e explicar o consumo de drogas **também** entre pessoas pertencentes a famílias estruturadas, que têm acesso à educação e à informação e ocupam concorridos postos no mercado de trabalho.

Ademais, em análise preliminar, podem ser apontadas falhas no enfoque dado pelas campanhas de prevenção às drogas, pois como convencer a jovens universitários, instruídos, que não se deve usar drogas porque simplesmente fazem mal à saúde se, ao mesmo tempo, permite-se a comercialização de drogas lícitas⁴⁴ até mais danosas, bem como pelo fato de que há pessoas, às vezes ídolos dos jovens, que usam e, aparentemente, não sofrem os ditos maléficos efeitos.

1.6 O TRÁFICO EM SÃO PAULO NO ANO DE 2003

Com o escopo de esboçar o perfil do tráfico de drogas na Cidade de São Paulo, foram coletadas todas as informações dos inquéritos policiais instaurados mediante auto de prisão em flagrante pela Delegacia de Repressão a Entorpecentes (DRE) da Superintendência da Polícia Federal de São Paulo no ano de 2003, por tráfico de cocaína⁴⁵ e maconha⁴⁶. Foram desprezadas as apreensões de *ecstasy*⁴⁷ e lança-perfume⁴⁸, bem como não houve registros de outras drogas.

Não foram considerados, também, os casos de apreensão de entorpecentes em que não houve prisão, como, por exemplo, em veículos abandonados.

De igual modo, foram excluídos da pesquisa os dados referentes às prisões efetuadas no interior do Estado de São Paulo, as ocorridas no Aeroporto

⁴⁴Álcool e tabaco.

⁴⁵Foram consideradas todas as suas formas de apresentação: cloridrato de cocaína (92 a 98% de pureza), pasta base (30 a 70% de pureza), crack (70 a 90% de pureza). *Manual de Polícia de Repressão a Entorpecentes (Vol. 1)*, p. 30.

⁴⁶Inclusive na forma de haxixe (resina) e "skunk" (maconha geneticamente modificada).

⁴⁷3,4-metileno-dióxido-metanfetamina (MDMA).

⁴⁸Cloreto de etila.

Internacional de Guarulhos, bem como aquelas realizadas pelo Departamento de Narcóticos – DENARC da Polícia Civil.

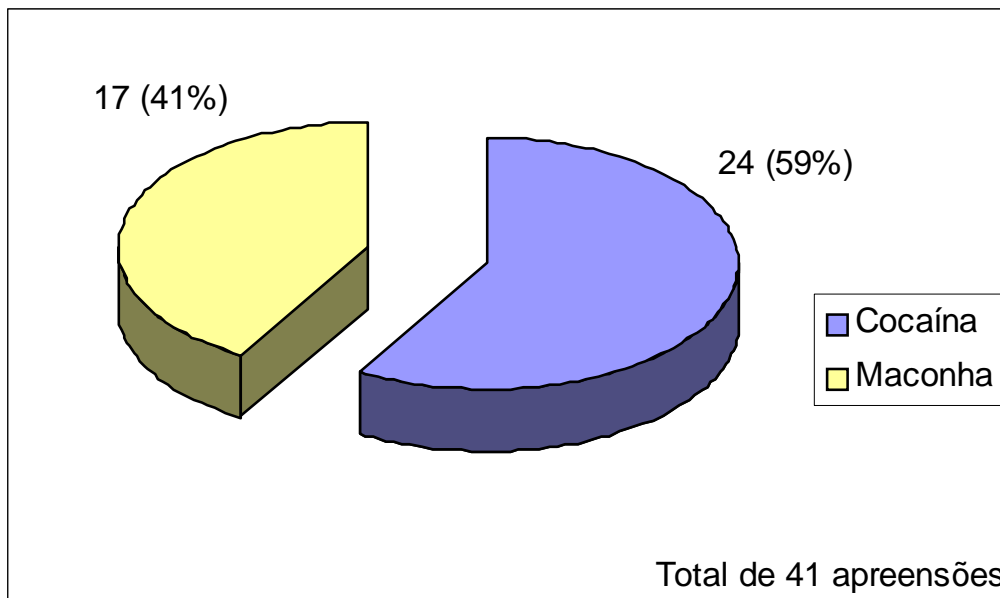


Figura 1.1 - Quantidade de apreensões por tipos de drogas

O gráfico 1.1 demonstra a quantidade de apreensões realizadas no ano de 2003, num total de 41. O reduzido número de policiais⁴⁹ fez com que a DRE concentrasse suas ações no combate ao tráfico interestadual e internacional, responsável pela movimentação de quantidades maiores de entorpecentes. Deixou-se a repressão ao tráfico local, geralmente realizado no varejo, à Polícia Civil.

As apreensões de cocaína somaram 59% (24 apreensões) contra 41% daquelas referentes à maconha (17 apreensões).

⁴⁹Durante o ano de 2003 o efetivo da DRE era de 7 Delegados, 22 Agentes e 3 Escrivães.

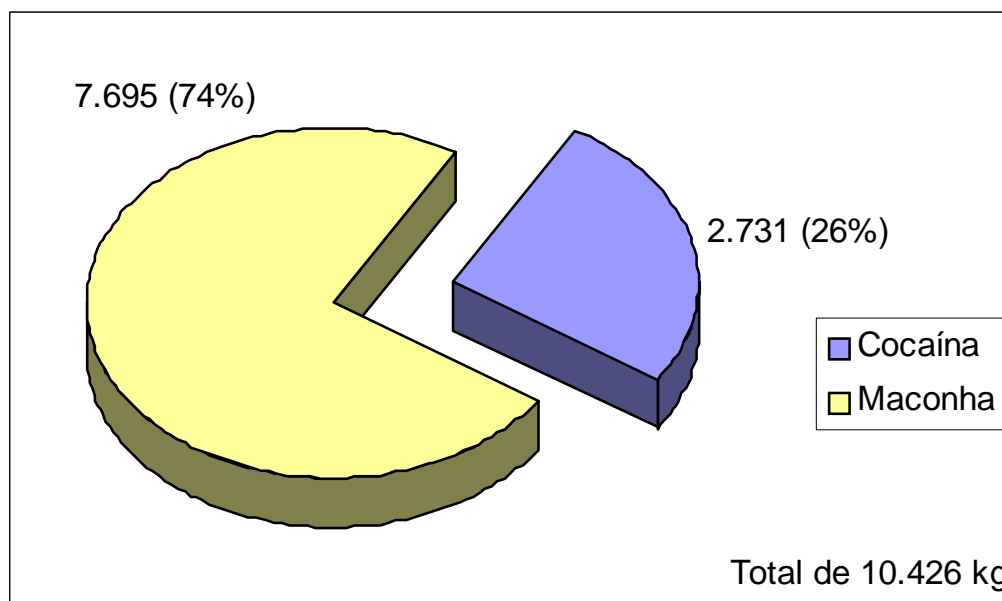


Figura 1.2 - Quantidade de drogas apreendidas (em kg)

O gráfico 1.2 demonstra que, embora tenha havido menos apreensões de maconha que de cocaína (17 contra 24), aquelas totalizaram 74% da droga apreendida.

Do resultado apontado, não se pode concluir que há maior incidência de tráfico de maconha que cocaína em São Paulo. Explica-se. A maconha, por ter um valor mais baixo que a cocaína⁵⁰, geralmente é trazida em cargas maiores. Ademais, há que ser considerado o fato de que um quilo de cocaína atinge mais usuários que um quilo de maconha, porque aquela é consumida em quantidades menores que esta⁵¹.

Considerando-se os valores das cargas apreendidas, constata-se que os traficantes de cocaína movimentam mais dinheiro⁵² que os traficantes de maconha. A cocaína apreendida vale R\$ 32.772.000,00 (trinta e dois milhões e setecentos e setenta e dois mil reais), ao passo que a maconha apreendida está estimada em R\$ 1.692.900,00 (um milhão, seiscentos e noventa e dois mil e novecentos reais).

⁵⁰O quilo de maconha é negociado por R\$ 220 contra R\$ 12.000 por quilo de cocaína pura. Valores de atacado em São Paulo.

⁵¹Tal se deve pela natureza da droga e pelo modo de consumo.

⁵²Considerando os valores por quilo da nota n. 31.

O valor da carga de cocaína poderia ter aumentado em mais de dez vezes, caso tivesse chegado em seu destino final, a Europa. Por seu turno, a maconha apreendida no Brasil é destinada ao consumo interno, não havendo um único registro de exportação de maconha pelo Brasil. Há que ser considerado o fato de que os traficantes da Europa importam a maconha produzida na África e Oriente Médio, enquanto a mexicana abastece o mercado norte-americano.

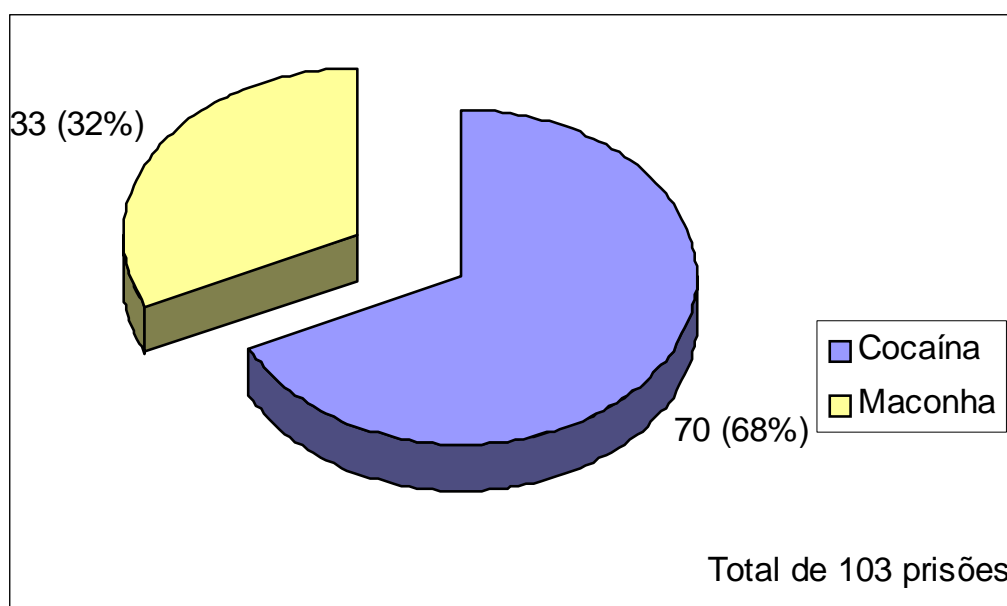


Figura 1.3 - Número de presos por apreensões

O gráfico 1.3 demonstra que do total de 103 prisões em flagrante realizadas em 2003, 70% foram por tráfico de cocaína, contra 30% por tráfico de maconha.

Conjugando os dados dos gráficos 1.1 e 1.3 chega-se à média de 2,91 presos em cada apreensão de cocaína contra 1,94 presos por apreensão de maconha. Tal fato se deve pela maior divisão de tarefas encontrada no tráfico de cocaína, com processo mais complexo que o tráfico de maconha.

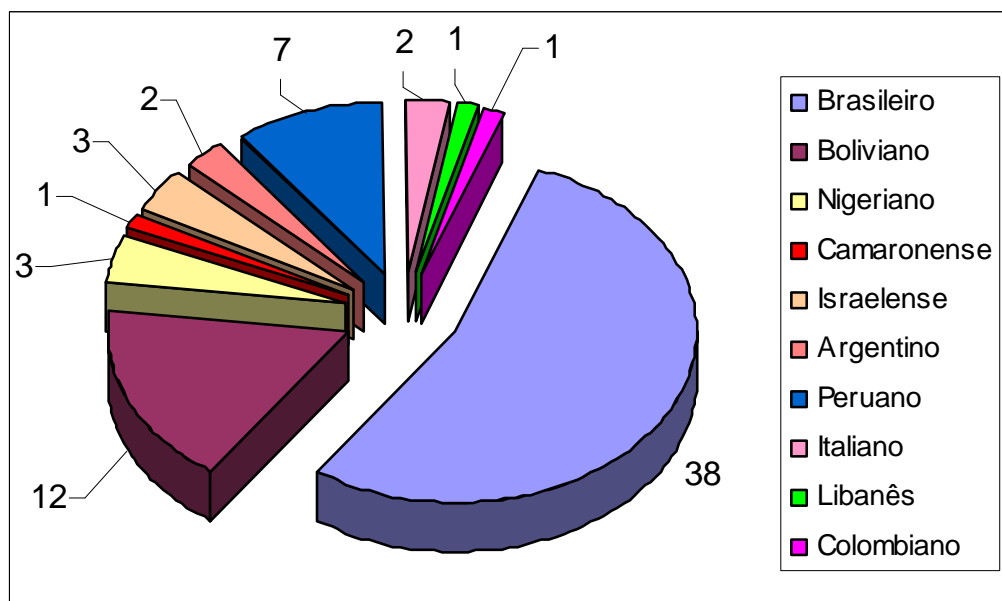


Figura 1.4 - Nacionalidade dos presos nas apreensões de cocaína

O gráfico 1.4 revela a participação de estrangeiros no tráfico de cocaína. Dos setenta presos⁵³, 32 são estrangeiros, o que representa 45% do total. O grupo de estrangeiros é composto por quatro africanos, 22 sul americanos, dois europeus e quatro do oriente médio. Não houve estrangeiros presos nas apreensões de maconha.

A ausência de chineses no rol de estrangeiros presos demonstra o que já era percebido na prática, vale dizer, a preferência destes pelo contrabando, pelo menos em território brasileiro. Dos 22 sul americanos presos, apenas dois não são originários dos países produtores de cocaína⁵⁴.

⁵³Gráfico 1.3

⁵⁴Colômbia, Peru e Bolívia.

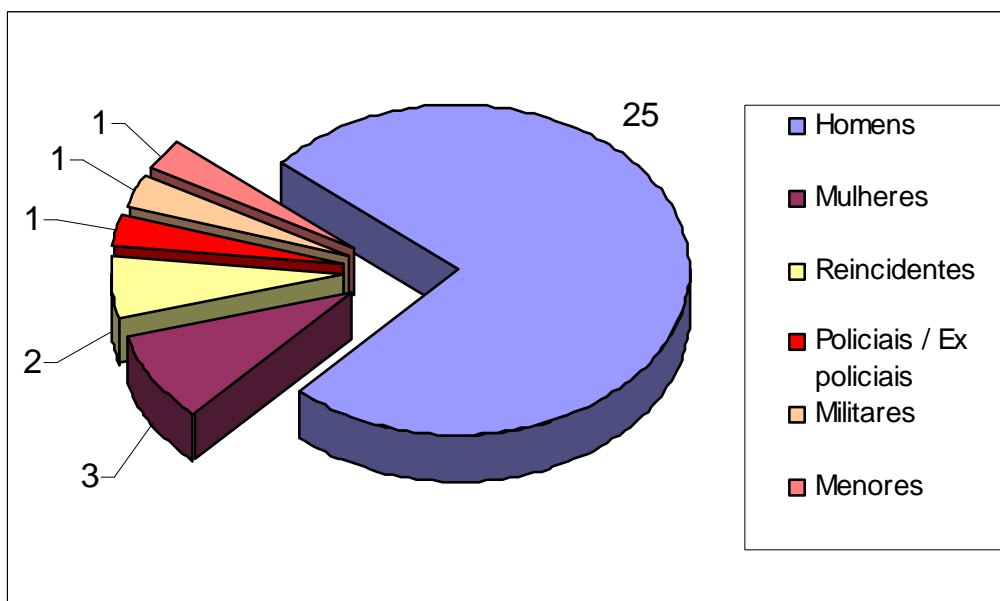


Figura 1.5 - Perfil dos presos no tráfico de maconha

A figura 1.5 revela que, dos 33 presos por tráfico de maconha, havia 2 reincidentes (6%), 1 ex-policial (3%), 1 militar (3%) e 3 mulheres (9%).

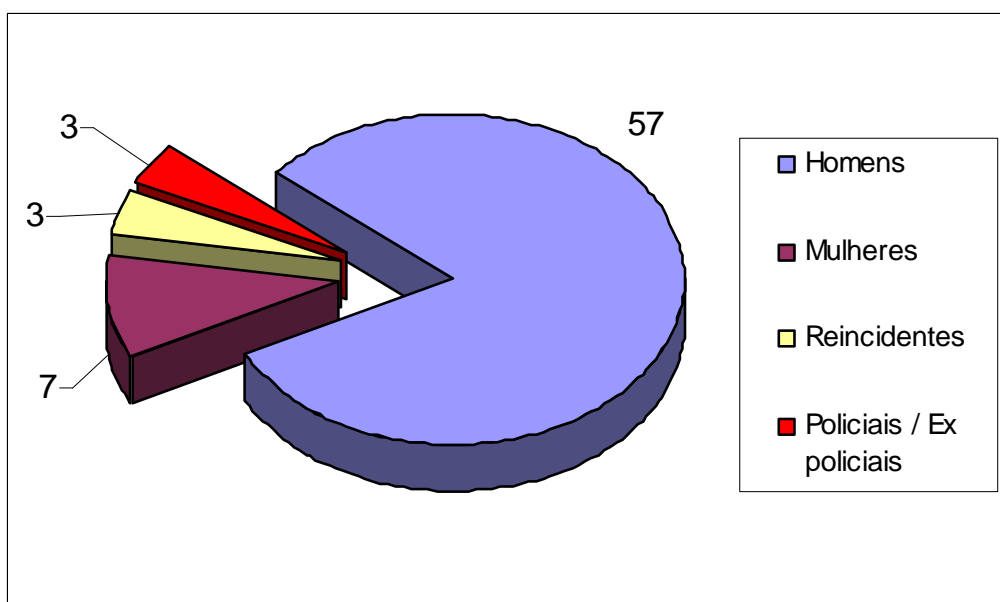


Figura 1.6 - Perfil dos presos no tráfico de cocaína

A figura 1.6 se refere ao perfil dos presos por tráfico de cocaína. Dos 70 presos, havia sete mulheres (10%), três reincidentes (4%) e três policiais ou ex-policiais (4%).

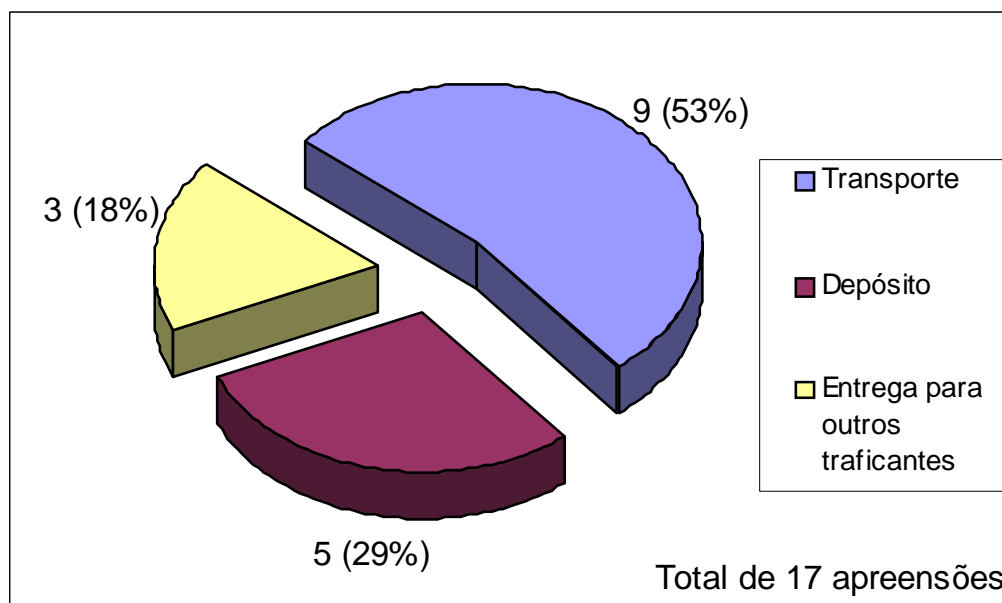


Figura 1.7 - Circunstâncias das apreensões de maconha

A figura 1.7, referente às circunstâncias das apreensões de maconha, revela que 53% ocorreram durante o transporte da substância, vindo do Paraná ou do Mato Grosso do Sul, Estados limítrofes do Paraguai⁵⁵. Foram cinco apreensões de maconha em depósito (29%) e três realizadas no ato da entrega para outro traficante (18%).

Devido ao fato da maconha possuir um volume bastante superior à cocaína, aquela geralmente vem, em grandes quantidades, disfarçada em cargas de grãos e madeira, ao passo que a cocaína vem sempre colocada em compartimentos criados nos veículos especialmente para transporte. Assim, há maiores chances de apreensão de maconha que de cocaína durante o transporte.

⁵⁵ A maconha consumida em São Paulo é toda de origem paraguaia. A maconha nordestina é considerada de pior qualidade, possuindo menor concentração do seu princípio ativo THC (Tetra-hidrocanabinol), bem como produz uma colheita anual a menos que a maconha paraguaia.

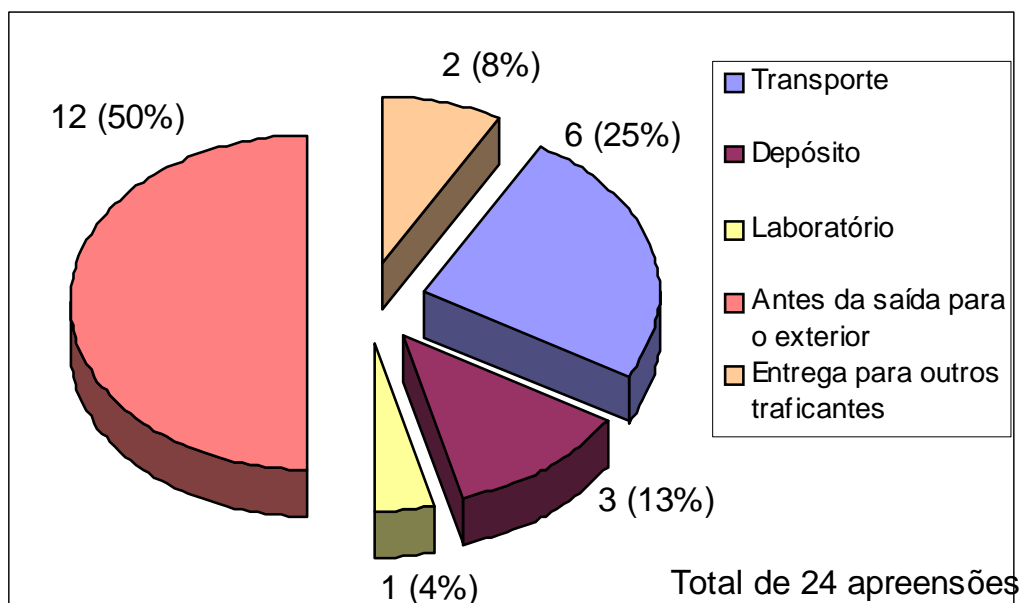


Figura 1.8 - Circunstâncias das apreensões de cocaína

A figura 1.8 mostra que das 24 apreensões de cocaína, apenas 6 (25%) foram realizadas durante o transporte. Houve três apreensões de cocaína em depósito (13%), uma em laboratório⁵⁶ (4%) e duas durante a entrega para outros traficantes (8%). As doze apreensões realizadas antes da saída do entorpecente para o exterior (50%) demonstram ser São Paulo uma das principais rotas de escoamento de cocaína para a Europa e Estados Unidos.

⁵⁶Os laboratórios de produção e refino geralmente estão localizados na Colômbia, no Peru e na Bolívia, onde se produz pasta base e esta é transformada em cloridrato de cocaína (forma pela qual a cocaína é consumida). No Brasil, os laboratórios já recebem o cloridrato de cocaína e são responsáveis pelo aumento de volume desta ("batizar") ou sua transformação em crack, por isso são denominados "padarias". No entanto, devido ao aumento da fiscalização dos produtos químicos precursores da cocaína que chegam nos países andinos (ácido clorídrico, ácido sulfúrico, permanganato de potássio), tem havido algumas apreensões de pasta base no Brasil.

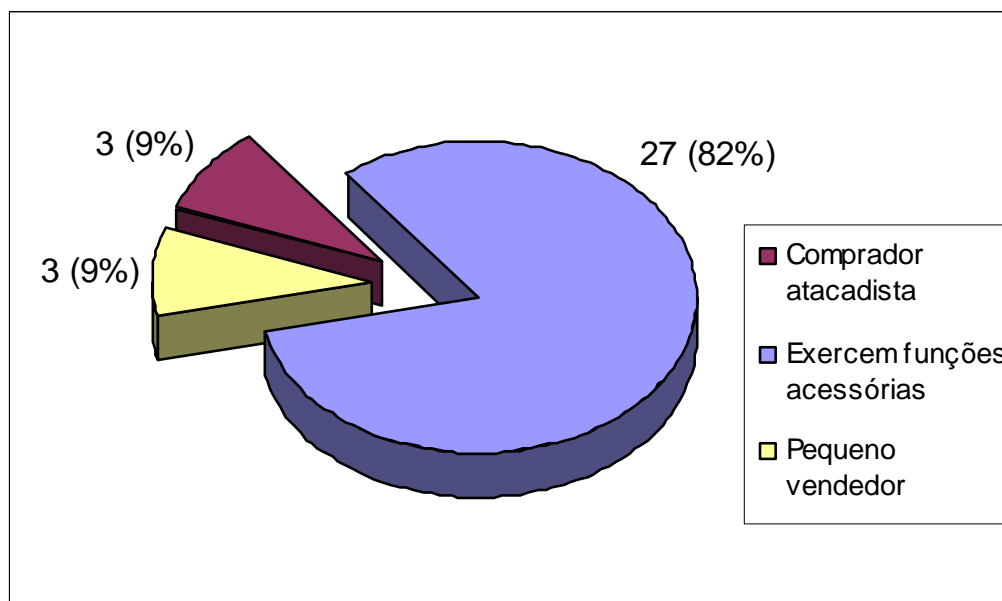


Figura 1.9 - Funções dos presos por tráfico de maconha

A figura 1.9 revela as funções desempenhadas pelas pessoas presas por tráfico de maconha. Dos 33 presos, três eram compradores atacadistas⁵⁷ (9%), 3 pequenos vendedores (9%), sendo que os 27 restantes exerciam funções acessórias⁵⁸ (82%).

⁵⁷Para fins exclusivamente deste trabalho, adotou-se como comprador atacadista aquele que negocia mais de 100 quilos de maconha por vez.

⁵⁸Motorista, batedor (responsável por avisar os motoristas se há fiscalização na estrada), segurança (responsável pela guarda do depósito), operacional (responsável pelas entregas feitas aos compradores), gerente (responsável pela locação dos locais onde a droga ficará em depósito; contratação do motorista, segurança, batedor e operacional; fechamento de alguns negócios).

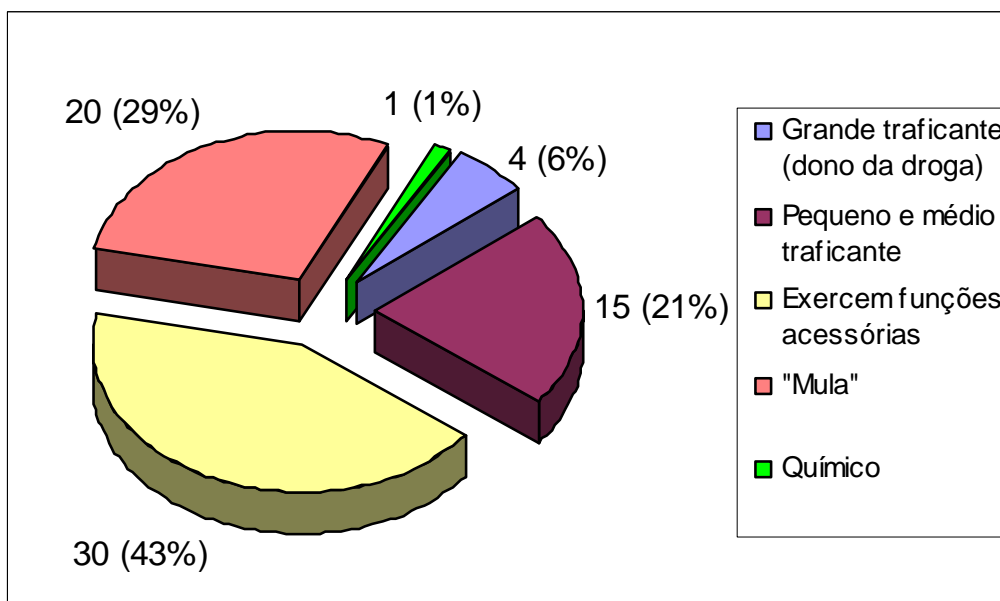


Figura 1.10 - Funções dos presos por tráfico de cocaína

A figura 1.10 demonstra as funções desempenhadas pelos setenta presos por tráfico de cocaína. Foram presas vinte mulas⁵⁹ (29%), quinze pequenos ou médios traficantes⁶⁰ (21%), um químico⁶¹, trinta pessoas ocupando funções acessórias⁶² (43%) e quatro grandes traficantes (6%).

A integração vertical é uma das características presentes nas organizações dedicadas ao tráfico de cocaína. Assim, há o controle centralizado pela mesma rede de todas ou algumas das etapas, desde a produção até a distribuição. Ao revés, nos níveis mais baixos da organização, há compartimentação e especialização das tarefas, com grande rotatividade nos quadros, eis que os riscos de prisões são maiores. Vale lembrar que a rápida reposição de peças é uma das características do crime organizado.

⁵⁹Mulas são as pessoas que levam pequenas quantidades de cocaína para o exterior em pequenas quantidades (até 5 kg). Geralmente, são arregimentadas pela máfia nigeriana, que domina esse tipo de tráfico. Nos casos demonstrados na pesquisa, as pessoas foram presas em hotéis ou em residências, na véspera das viagens internacionais.

⁶⁰No tocante à cocaína, foram considerados pequenos ou médios traficantes os que negociam em quantidades inferiores a 50 quilos.

⁶¹Responsável pelo aumento de volume da cocaína e sua transformação em crack.

⁶²Segurança (responsável pela guarda do depósito), operacional (responsável pelas entregas feitas aos compradores), gerente (responsável pela locação dos locais onde a droga ficará em depósito; contratação do segurança e operacional; fechamento de alguns negócios; compra dos veículos onde será transportada a cocaína).

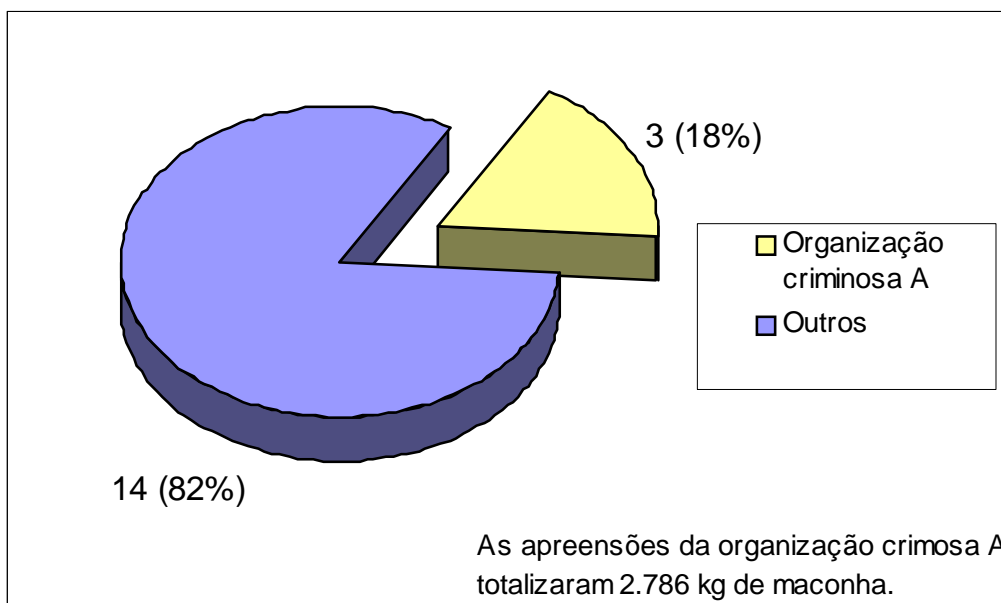


Figura 1.11 - Atuações de organizações criminosas por apreensão de maconha

A figura 1.11 demonstra que das dezessete apreensões de maconha, três cargas pertenciam a determinada organização criminosa, ao passo que o restante, catorze cargas, pertenciam a traficantes diversos.

Impende trazer a realce que a soma das três apreensões da organização criminosa denominada “A” totalizam 2.786 quilos, o que equivale a 36% da maconha apreendida no total.

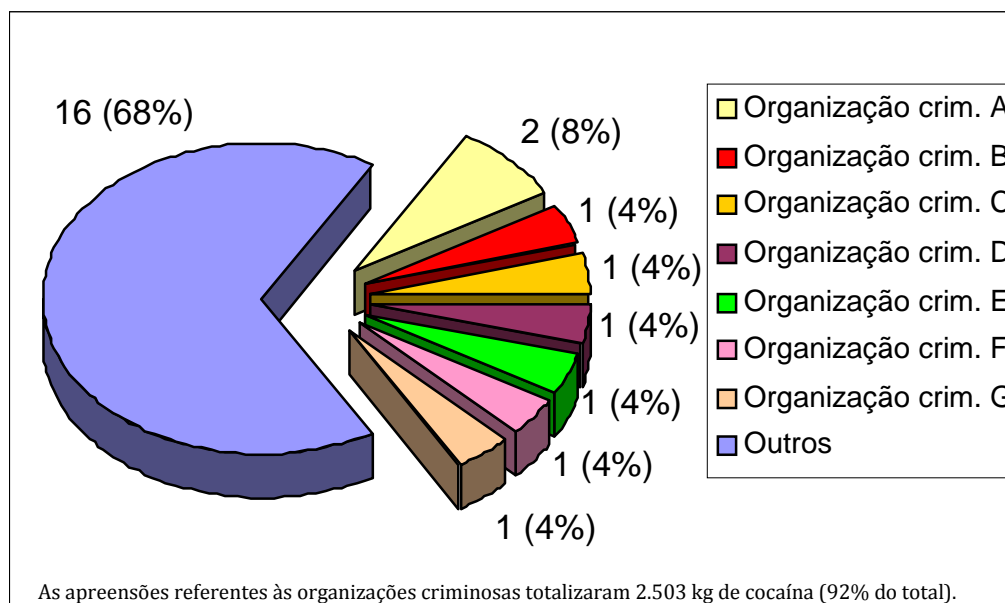


Figura 1.12 - Atuações de organizações criminosas por apreensão de cocaína

A figura 1.12 demonstra que das 24 apreensões de cocaína havia a presença de sete organizações criminosas⁶³ diferentes em oito delas. Juntas, as apreensões dessas organizações criminosas representam 92% de toda cocaína.

Ressalte-se que, em conjunto, as sete organizações criminosas movimentaram R\$ 30.036.000,00 (trinta milhões e trinta e seis mil reais), valor este que poderia ser multiplicado por dez, caso a cocaína fosse negociada no seu destino (Europa). Tal fato demonstra que o tráfico de cocaína em São Paulo não é controlado por determinada máfia ou associação criminosa.

Oportuno frisar que não é todo tráfico de drogas, em São Paulo, que faz parte do contexto do crime organizado, em que pese seja sempre considerado hediondo. Tal ilação decorre da conjugação dos diplomas legais que tratam do assunto, a saber, as Leis 9.034 de 1995 e 8.072 de 1990.

⁶³ As organizações criminosas prevêem planejamento operacional, diversificação de áreas, estabilidade, cadeia de comando, códigos de honra, pluralidade de agentes, compartimentação, fins lucrativos.

No entanto, devido à sua natureza hedionda, sempre deverá o Estado envidar todos os seus esforços no combate do tráfico, devendo-se reconhecer que não há forças suficientes para reprimir todos os delitos de maneira uniforme.

1.7 EFICIÊNCIA DA INVESTIGAÇÃO E A INFORMAÇÃO COMO FERRAMENTA DE INVESTIGAÇÃO

No capítulo reservado à Segurança Pública, o legislador constituinte dispôs, no parágrafo 7º do artigo 144, que “a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a **eficiência** de suas atividades” (grifado).

Nesse artigo, pois, atribuiu-se ao princípio da eficiência das atividades policiais *status* constitucional. Tal princípio é corolário do fundamento supremo da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º da Constituição, pois visa garanti-lo.

A Emenda Constitucional n. 19 de 1998 exigiu obediência ao princípio da eficiência da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 37), cuja definição é acentuada por Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁴ :

Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. De toda a sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da “boa administração”.

A eficiência da investigação decorre, principalmente no contexto do crime organizado, da atividade de inteligência⁶⁵, entendida como aquela consistente

⁶⁴Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 104.

⁶⁵Conf. conceito no item 1.8.

na produção, controle e proteção de conhecimentos, realização de estudos, análise e elaboração de planos de prevenção e combate à criminalidade, voltada à produção de provas sobre ação criminosa dissimulada e complexa⁶⁶.

Importante traçar os cinco princípios básicos em que está calcada a atividade de inteligência: legalidade, oportunidade, veracidade, imparcialidade e sigilo, sendo os três últimos auto-explicáveis pela sua terminologia.

A legalidade obriga que as ações de inteligência sejam sempre determinadas por autoridade competente e que a atuação ocorra na forma prescrita em lei. O princípio da oportunidade resulta do dinamismo das ações criminosas, que exigem ações imediatas e produção de conhecimento em tempo hábil para a instrução da investigação policial.

A Lei 9.034 de 1995, atinente ao crime organizado, preocupou-se, também, com a eficiência da investigação, ao prever a ação controlada em seu artigo 2º. Nesse sentido, leciona Fernando Capez⁶⁷:

...flagrante prorrogado ou retardado (...) consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a elas vinculadas, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento **mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.**
(grifado)

Considerando que a informação é a matéria prima da inteligência, com escopo de alimentar seus bancos de dados, os órgãos encarregados das investigações criminais devem buscar informações nos mais diversos setores, a exemplo das companhias de telecomunicações, empresas de transportes, instituições financeiras e indústrias químicas, a partir dos meios de investigação a disposição.

⁶⁶Academia Nacional de Polícia, *Manual de Inteligência Policial*, p. 10.

⁶⁷Fernando Capez, *op. cit.*, p. 101.

1.8 MEIOS DE INVESTIGAÇÃO

Favorecido pelos avanços tecnológicos que lhe propiciaram dispersão transnacional, bem como devido a suas negativas implicações no âmbito político, econômico e social, o tráfico de drogas exige uma permanente adequação dos mecanismos de enfrentamento do aparelho estatal repressor⁶⁸, por ser a mais evidente e expressiva forma de manifestação do crime organizado.

Nesse contexto, polícias do mundo inteiro vêm revendo seus métodos de atuação, bem como reformas legislativas cada vez mais incorporam nos ordenamentos jurídicos novas formas de atuação⁶⁹ sugeridas nas convenções internacionais⁷⁰. Esse sistema envolvido das atividades de investigação e apuração das infrações penais, no dizer de José Afonso da Silva⁷¹, está a cabo da polícia judiciária.

Por seu turno, os traficantes de drogas, a exemplo dos grandes empresários, vêm cada vez mais profissionalizando sua atividade, com divisão de tarefas e uso de novas tecnologias, enfim, métodos para otimizar seus lucros e se esquivar da repressão policial⁷².

Pode-se resumir a investigação em uma só palavra, a “informação”. É o que busca a polícia, não só para apresentar a realidade dos fatos ao Ministério Público, *dominus litis*, mas também para que possa alimentar seus bancos de dados e atuar de forma inteligente, para pular etapas, otimizar tarefas, e tentar, sempre que possível, atingir toda rede criminosa, em atendimento ao princípio da eficiência, insculpido no artigo 37, *caput*, e no artigo 144, §7º da Constituição Federal.

⁶⁸ Academia Nacional de Polícia, *Manual de Polícia de Prevenção e Repressão a Entorpecentes (Leitura Complementar)*, p.9.

⁶⁹ A Lei 9034/95 prevê a interceptação ambiental, infiltração policial e entrega controlada para as ações praticadas pelas organizações criminosas. Em complemento, foi editada a Lei 10.409/02.

⁷⁰ Viena, 1988.

⁷¹ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 754.

⁷² A Delegacia de Repressão a Entorpecentes da Superintendência da Polícia Federal em São Paulo, no ano de 2003, apreendeu droga no interior de toras de madeira aparentemente sólidas; camuflada em cargas de carvão, milho e leite; em roupas engomadas; em container com frutas; em fundos falsos de malas e veículos; escondida em escola infantil.

Trabalhar apenas numa das pontas do tráfico, a exemplo das prisões dos motoristas responsáveis pelo transporte de cocaína e maconha após o cruzamento da fronteira da Bolívia e do Paraguai com o Brasil, sem tentar descobrir para quem estes iriam entregar a carga, constitui-se verdadeiro trabalho de Sísifo⁷³, eis que são facilmente substituídos na organização criminosa. Ademais, raramente sabem de algo que possa ajudar a polícia na prisão de mais pessoas envolvidas com o crime. Desse modo, tal prisão não gera informação.

Pensar de forma diferente é cerrar os olhos para uma das características básicas do crime organizado: rápida substituição de seus membros, fenômeno que decorre da divisão de tarefas⁷⁴.

O trabalho policial dirigido ao combate do narcotráfico, quando inserido no contexto do crime organizado, exigirá ainda mais do investigador na produção de provas, dada a complexidade da operação. Assim deverão ser investigadas as organizações criminosas não só sob os prismas das atividades ilegais, mas também das legais, dos negócios de “fachada”.

Somente a partir de um novo conceito de investigação e combate ao crime, dotado de medidas para total identificação da organização, principalmente os seus chefes, de modo a evitar a imediata substituição dos operários, poder-se-ia mapear o dinheiro do tráfico e o *modus operandi* da produção até a distribuição.

Não se combate o tráfico de drogas com penas severas, mas com ações inteligentes, e Felipe Augusto de Miranda Rosa⁷⁵ demonstra o porquê:

São os grupos do tráfico, aliás, os mais representativos do crime organizado. No caso, as motivações são estritamente econômicas. Os

⁷³Personagem pertencente a mitologia grega condenado a empurrar uma pedra para o alto de uma montanha.

⁷⁴Alguns autores defendem a idéia de que o crime organizado é o apogeu da sociedade capitalista. Assim como no filme de Chaplin, *Modern Times*, a divisão de tarefas tem por fim evitar que o operário (funcionário da base da organização criminosa) saiba do todo, ao mesmo tempo que permite o total controle do processo produtivo, com a rápida substituição dos membros, caso necessário. Inegável, também, que a divisão de tarefas mantém hígida a sociedade criminosa em caso de prisão de algum de seus componentes, ao passo que dificulta a responsabilização penal.

⁷⁵Felipe Augusto de Miranda Rosa, *Criminalidade e Violência Global*, p. 77.

traficantes montam verdadeiros 'impérios' para a disseminação do uso de tóxicos pesados e leves (cocaína, heroína, maconha, por exemplo) em que a vida de cada participante das quadrilhas vale muito pouco. Os membros de tais organizações estão, aliás, na prática, quase na mesma situação dos terroristas suicidas. Eles sabem que vão viver pouco e morrerão em breve, nas mãos de policiais, ou dos membros de outras quadrilhas ou do próprio grupo (...). O fator mostra o quão difícil é combater tais atividades com ameaças de penas severíssimas, das quais a perda da vida é a mais importante. Os traficantes de drogas vivem pouco e, para eles é muito pior a prisão do que a morte. A verificação desse fenômeno repetido e generalizado, coloca mais uma vez em foco o problema da atemorização penal e sua eficácia...

Nesse diapasão, diversas técnicas de investigação poderão ser utilizadas, como os informantes, vigilância, infiltração, entrega vigiada, investigação financeira, fiscalização dos precursores químicos, interceptação telemática e ambiental.

Todos esses meios de investigação, conforme demonstrar-se-á, possuem pontos positivos e negativos, motivo pelo qual não devem ser utilizados isoladamente, mas em conjunto.

1.8.1 Informante

Informante é qualquer pessoa, não policial, que fornece informações à polícia, de forma regular, sobre atividades criminosas. Nos crimes de tráfico de drogas, os informantes, comumente, são ou já foram traficantes. Costumam trabalhar tanto para a polícia, quanto para os criminosos, dependendo de quem paga mais.

Na Delegacia de Repressão à Entorpecentes da Polícia Federal de São Paulo não há registros de aplicação da Lei de Proteção a Testemunhas (Lei n. 9.807 de 1999) aos informantes, porque estes preferem se manter no anonimato, e se recusarem, peremptoriamente, a qualquer depoimento formal, seja em sede policial ou judicial.

No tocante aos presos por tráfico, os que se prontificam a falar, geralmente o fazem por se sentirem enganados no momento do flagrante, ocasião em que descobrem a desproporção entre o valor da carga que guardavam ou transportavam e a remuneração recebida por eles. No entanto, dificilmente

conseguem dar alguma informação útil ao prosseguimento das investigações, sem sequer saber para quem trabalham, haja vista que normalmente ocupam o mais baixo escalão da organização criminosa, onde as funções são compartimentadas e específicas.

Por seu turno, os presos que ocupam funções intermediárias, já acostumados com os códigos de honra do sistema prisional e das organizações criminosas, que exigem silêncio sob pena de morte, contam com a ajuda material destas para pagamento de advogados e assistência à família, apesar de possuírem informações úteis contribuem pouco com as investigações.

O informante do tráfico de drogas, diferentemente em outras espécies de crimes, normalmente, não age por altruísmo ou arrependimento, mas sim por outros interesses pessoais⁷⁶.

Os agentes do DEA ⁷⁷ (*Drug Enforcement Administration*), devido às dificuldades legais ⁷⁸ de se obter interceptação telefônica nos Estados Unidos, utilizam com frequência a figura do informante, chegando a pagá-lo, em alguns casos, proporcionalmente à quantidade de droga apreendida.

O desconhecimento do grau de confiabilidade, a pouca exatidão das informações, a dificuldade do controle das benesses dadas pelos policiais, a possibilidade de desvio de verbas oficiais, a participação em outras atividades ilegais e a possibilidade de que o traficante também seja informado da investigação (duplicidade) são apontados como principais problemas do uso de informantes.

⁷⁶Eliminar concorrente, vingança, dinheiro, obter favores da polícia.

⁷⁷Agência norte americana com atribuição exclusiva de combate ao narcotráfico. Possui escritórios em todos os continentes.

⁷⁸Hipóteses mais restritas que no direito brasileiro, bem como necessidade de anuência de Ministro de Estado.

1.8.2 Vigilância

Em termos gerais a vigilância é definida como a observação encoberta, contínua ou periódica, de pessoas, veículos, lugares e objetos, com a finalidade de obter informações sobre as atividades e identidades das pessoas⁷⁹.

No contexto do tráfico de entorpecentes, a vigilância consiste no acompanhamento do traficante pelos policiais, com vistas a gerar informação e identificar as pessoas com as quais o mesmo possui ligações, inclusive as visitas nos presídios, os locais freqüentados, eventuais esconderijos de drogas e viagens realizadas.

Por natureza, a vigilância é limitada porque, conquanto o policial consiga descobrir os lugares frequentados e as pessoas com as quais o traficante se encontra, não tem acesso ao teor das conversas. Assim, a vigilância no tráfico de entorpecente deve ser complementada por outros meios de investigação, principalmente as interceptações telefônica e ambiental.

Cumpra trazer a realce que as limitações financeiras e de pessoal⁸⁰ impedem que haja o acompanhamento do traficante em período integral, como ocorre nas viagens de avião realizadas por este. Nesses casos, conta-se com a colaboração dos policiais lotados no destino final do traficante, em prejuízo ao sigilo da investigação.

1.8.3 Agente infiltrado

Atendendo recomendação da Convenção de Viena de 1988, a Lei 10.217 de 2001 modificou os artigos 1º e 2º da lei 9.034 de 1995, introduzindo a figura da

⁷⁹Academia Nacional de Polícia, *Manual de Polícia de Repressão a Entorpecentes (Vol. 1)*, p. 129.

⁸⁰A Delegacia de Repressão a Entorpecentes da Superintendência da Polícia Federal de São Paulo, no ano de 2003, contava com 22 agentes, três escrivães e sete delegados para a área cingida pela capital e grande São Paulo, com aproximadamente 20.000.000 (vinte milhões) de habitantes. A congênere na Superintendência do Distrito Federal conta com um delegado e seis agentes para todo o Distrito Federal e mais 39 municípios de Goiás e Minas Gerais.

infiltração policial na ordem jurídica brasileira. De plano, exclui-se a infiltração de qualquer pessoa que não seja policial, a exemplo dos informantes.

Isaac Sabbá Guimarães⁸¹ ensina que a figura do agente infiltrado é espécie do gênero *Vertrauens-manner*do direito alemão, havendo distinção com o agente provocador, *verbis*:

Também incluída no lato conceito de Vertrauens-Manner (homens de confiança) da doutrina alemã, a figura do agente infiltrado, tal como o agente provocador, terá por precípua objetivo desvendar a existência da organização criminosa, fazendo que caia nas instâncias formais de controle da criminalidade. Mas já aqui afloram importantes características que tornam o agente infiltrado distinto do agente provocador e que, se por um lado o remete para um procedimento cauteloso e que demanda maior tempo em diligências segredosas, por outro seus métodos deverão evitar a ilegítima indução ao crime. Por outras palavras, o agente infiltrado distingue-se essencialmente do agente provocador na escolha de métodos para a descoberta do crime e de seus autores (...) Quer dizer, o agente infiltrado, que mantém sua verdadeira identidade encoberta ao passo que adota uma falsa para ganhar a confiança do criminoso ou criminosos, passa a conviver no meio criminoso, inclusive fazendo parte dos planos e ações criminosas, mas não induz quem quer que seja ao crime. Não dá causa ao crime e nem determina uma conduta criminosa.

É inegável que certas informações sobre o funcionamento e estrutura das organizações criminosas somente poderão ser obtidas por pessoa que componha seus quadros.

Por outro lado, uma das características marcantes das organizações criminosas diz respeito à divisão de tarefas, representada pela especificação e compartimentação, o que dificultará a coleta de informações precisas sobre seu funcionamento.

Há que ser considerado, também, que por ser o agente infiltrado desconhecido dos chefes das associações criminosas, é pouco provável sua rápida ascensão aos postos onde poderá ter uma visão melhor sobre a estrutura e funcionamento destas.

⁸¹Isaac Sabbá Guimarães, *op. cit.*, p. 203.

Desse modo, mostra-se mais viável a atuação do agente infiltrado nas operações simuladas de compra de entorpecente (compra-detenção). Nesse procedimento, depois de algumas compras preliminares realizadas para obter confiança do traficante, o agente infiltrado negocia a compra de uma quantidade maior, para prender o vendedor no momento dessa entrega⁸².

Cumprе ressaltar que a diferenciação, por parte da doutrina, entre o agente infiltrado e o agente provocador, conceituado como aquele que incita dolosamente a prática de um crime, utilizando meios enganosos e desleais, como observa Isaac Sabbá Guimarães⁸³:

Apesar de nosso CPP não adotar um regime de proibição de provas, como vemos nos sistemas processuais penais alemão e português, entendemos que a figura do agente provocador viola, claramente, os princípios democrático e da lealdade, que devem guiar a persecução criminal. Além de que tal prática, já arraigada no meio policial, contrapõe-se à zona de consenso em que se encontram os elementos ético-jurídicos de uma sociedade, como a nossa, eminentemente democrática, e que, em última análise, tem arrimo ontológico no princípio da dignidade da pessoa humana.

A previsão da infiltração de policiais em quadrilhas, grupos ou organizações, pela nova lei de tóxicos (Lei n. 10.409/02), em qualquer fase da persecução penal, com o objetivo de colher informações, consolidou a adoção do referido procedimento investigatório no direito brasileiro.

A infiltração vem merecendo críticas da doutrina por não haver delimitação da atuação dos agentes policiais na lei, com vistas a cindir as ações lícitas e as ilícitas. Nesse sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira⁸⁴:

Uma primeira dificuldade: estaria incluída na autorização de infiltração a utilização (pelo agente) de toda a sorte de obtenção de provas possíveis (gravações, captações de som, etc.)? E, mais: quais as ações praticadas pelo agente infiltrado poderão ser justificadas pelo Direito: a mera participação na burocracia da organização ou até mesmo condutas integrantes de determinados tipos penais?

⁸²Procedimento conhecido como “puxada”.

⁸³Isaac Sabbá Guimarães, *op. cit.*, p. 200.

⁸⁴Eugênio Pacelli de Oliveira, *Curso de Processo Penal*, p. 760.

No entanto, ao contrário do esposado na doutrina, o maior problema da infiltração não reside na ausência de regulamentação dos limites legais de atuação do agente infiltrado, mas sim na obediência ao princípio da proporcionalidade.

Uma das facetas do princípio da proporcionalidade funda-se na necessidade da medida e na adequação entre meios e fins. Explica-se: não é razoável o risco criado para o policial em obter informações sobre as organizações criminosas, considerando-se a possibilidade real de que possa morrer caso seja descoberta sua identidade; a informação, no mais das vezes, pode ser buscada com o uso de outros meios de investigação; os policiais brasileiros não estão treinados para se infiltrarem; e se apesar do risco, não há garantias de que o policial vá descobrir algo útil; o Estado não está em condições de dar o suporte necessário ao policial (e sua família) que completar a missão.

1.8.4 Lavagem de Dinheiro

Como observa André Luís Callegari⁸⁵ a lavagem de dinheiro é um exercício de separação a partir do qual se procura o distanciamento de determinados bens da sua origem ilícita. Para o citado autor, o Brasil movimenta entre 5% a 10% de todo o comércio de drogas do mundo, avaliado em US\$ 400 bilhões por ano. Segue explicando⁸⁶ a atuação entrelaçada do tráfico de drogas e da lavagem de dinheiro, *verbis*:

Para dar aparência de legalidade a esta grande soma de dinheiro, os traficantes têm que lavá-lo. Assim, um dos instrumentos mais utilizados no Brasil para a lavagem são as contas bancárias chamadas CC-5, introduzidas em 1969. Estas permitem que as empresas multinacionais estabelecidas no Brasil e empresas brasileiras com negócios no exterior possam enviar divisas para fora do país (...) Uma coisa é certa: o tráfico de drogas, para movimentar todas essas somas, exige uma associação organizada, com perfil empresarial e cujo objetivo é obter lucro e poder (...) O narcotráfico insere-se assim numa economia mundial cada vez mais globalizada e interdependente. Parte de suas bases e dentro de seus marcos. Aproveita suas possibilidades e recursos, seus mecanismos e instrumentos, obtendo dela as condições de rentabilidade e acumulação. Integra-se a ela a ponto de confundir-se, o que significa um negócio rentável e sem controle.

⁸⁵ André Luís Callegari, *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro*, p. 73.

⁸⁶ *Idem*, p. 34-35.

Ziegler⁸⁷ patrocina a idéia de que o crime organizado constitui a fase paroxística do modo de produção e da ideologia capitalistas, sendo seu estágio mais avançado. Para o citado autor, o crime organizado atingiu seu patamar mais elevado, vale dizer, não depende da atividade ilícita para a sua sobrevivência. Estima-se que metade de seus rendimentos provenham de empresas lícitas, nas quais foi investido capital originário do processo de “lavagem”⁸⁸.

A rápida substituição dos membros das organizações criminosas e a fragilidade do sistema prisional brasileiro, que permite que o traficante continue a comandar seus negócios de dentro dos presídios, revelam ser a prisão insuficiente para combater o crime organizado. Nesse diapasão, juntamente com as prisões, deve haver investigação sobre lavagem de dinheiro, com vistas a descapitalizar os grupos criminosos.

Assim, os órgãos policiais de inteligência devem trabalhar em sintonia com a Receita Federal e o Banco Central, bem como ter acesso aos dados dos Detrans, das Juntas Comerciais, das Secretarias de Segurança Pública, dos Serviços de Proteção ao Crédito, dos Registros de Imóveis, para cruzamento de informações. A demora na prestação de informações pelas instituições financeiras⁸⁹, que chegam a levar meses para enviar extratos bancários mensais de determinado correntista, destoa da rapidez exigida nas investigações.

1.8.5 Controle de produtos químicos

O emergente parque industrial brasileiro, notadamente as indústrias químicas localizadas na região Sudeste, somado à faixa de fronteira com a Bolívia, Peru e Colômbia e a ausência de legislação específica foram responsáveis pela colocação do Brasil como principal fornecedor de precursores químicos para produção e refino de cocaína nos laboratórios clandestinos fixados na região andina.

⁸⁷ Jean Ziegler, *Senhores do Crime*, p. 51.

⁸⁸ Academia Nacional de Polícia, *Manual de Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro*, p. 17.

⁸⁹ Tal demora é atribuída não só à lentidão dos procedimentos de quebra de sigilo bancário, peculiar ao Judiciário, mas também, e principalmente, na dificuldade de o Banco Central de colher as informações junto às diversas instituições financeiras.

Com vistas a reverter o cenário até então apresentado, em 1995 foi editada a Lei n. 9017, que disciplinava o controle e a fiscalização sobre 11 (doze) produtos químicos⁹⁰ que poderiam ser utilizados na produção ilícita de cocaína.

Em 2001, foi aprovada a Lei n. 10.357, que não só aperfeiçoou a antiga lei, mas também abriu ensejo para colocação de 144 substâncias no rol de produtos químicos controlados pela Polícia Federal, fazendo da legislação brasileira uma das mais avançadas do mundo em termos de controle de produtos químicos.

Quando questionadas pelos países desenvolvidos sobre os altos índices de produtividade de cocaína, as autoridades colombianas, bolivianas e peruanas são categóricas em dizer que “*sin químicos no hay drogas*”. Com razão as autoridades destes países, principalmente considerando que os laboratórios clandestinos se valem dos produtos químicos exportados pelo Brasil, Estados Unidos, Europa, Índia e China. Em recente encontro internacional realizado em Santa Cruz de La Sierra, Bolívia, em maio de 2003, já se chegou ao consenso de que a responsabilidade deve ser compartilhada por todos os países envolvidos no processo.

Recentes apreensões de pasta base, bem como o fechamento de alguns laboratórios clandestinos comprovam que a dificuldade de aquisição de insumos químicos na Bolívia, Peru e Colômbia, decorrente da intensificação da fiscalização, vem fazendo com que a transformação daquele produto em cloridrato de cocaína ocorra em território brasileiro.

Por fim, é inegável que somente a partir do monitoramento dos produtos químicos precursores da cocaína é que se poderá chegar aos laboratórios clandestinos, que podem funcionar, sem levantar suspeitas, na zona rural ou, até mesmo, num pequeno apartamento.

⁹⁰ Acetona, ácido clorídrico, ácido sulfúrico, anidrido acético, clorofórmio, cloreto de metileno, éter etílico, metil etil cetona, permanganato de potássio, sulfato de sódio, tolueno. Posteriormente houve a inclusão do cloreto de etila, conhecido vulgarmente como lança-perfume, que não é precursor de cocaína.

1.8.6 Ação controlada ou entrega vigiada

Ação controlada ou entrega vigiada é o procedimento pelo qual se permite que um carregamento de entorpecente saia, transite ou ingresse no território de um ou mais países, com o conhecimento e a supervisão das autoridades competentes⁹¹, a fim de se identificar os membros de grupos com atuação internacional ou, pelo menos, os responsáveis pelo tráfico. Pode ou não haver a substituição do entorpecente por simulacro, caso em que recebe o nome de entrega vigiada limpa.

A entrega vigiada interna ocorre quando as autoridades do país de destino descobrem a transação ilícita e decidem coordenar as operações. Por seu turno, na entrega vigiada externa, outras autoridades que não as do país de destino coordenam as operações.

A entrega vigiada foi prevista no artigo 1º da Convenção de Viena de 1988, *verbis*:

Por entrega vigiada se entende a técnica consistente em deixar que remessas ilícitas ou suspeitas de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas (...) saiam do território de um ou mais países, ou por ele transitem ou ingressem, com o conhecimento e a supervisão das autoridades competentes, com o objetivo de identificar as pessoas envolvidas no cometimento dos delitos...

O direito brasileiro previu o referido instituto na Lei n. 9034/95, sob o título de ação controlada que, em suma, permite o retardamento da prisão em flagrante ou da apreensão da droga no momento mais favorável para a investigação, que, posteriormente, veio a ser contemplada na Lei n. 10.409/02 (artigo 33, *caput* e inciso II).

Para Fernando Capez⁹², o artigo 2º, inciso II, da Lei 9034/95, que prevê a ação controlada, acabou por criar o flagrante discricionário para a autoridade policial, novidade no ordenamento pátrio, tendo em vista que, até então, a regra era a obrigatoriedade, sem exceção.

⁹¹Dependendo do país pode ser o juiz, o promotor ou o chefe de polícia.

⁹²Fernando Capez, *Legislação Penal Especial v. 2*, p. 101.

A ação controlada visa atender ao princípio da eficiência da investigação, previsto no parágrafo 7º, do artigo 144 da Constituição Federal, eis que respalda a não atuação imediata das autoridades diante do estado de flagrância, sem incorrer nas penas do delito de prevaricação, com o fito de se buscar prisões que gerem informação.

A Delegacia de Repressão a Entorpecentes da Polícia Federal de São Paulo, em algumas vezes, recorreu ao instituto da ação controlada nos casos de remessa de cocaína para o exterior via correio.

A presença de cocaína nas encomendas destinadas ao exterior é detectada em fiscalização realizada pelos Correios, juntamente com a Receita Federal, que as submete ao aparelho denominado espectrômetro de massa.

Decidiu-se pela experiência da ação controlada, devido a constatação de que em nenhuma das apreensões de cocaína despachada via correios se chegou à autoria. As investigações esbarraram na falsidade dos endereços e nomes preenchidos pelos remetentes, na ausência de sistema de filmagem nas agências, bem como no fato de os funcionários responsáveis pelo atendimento, na maioria das vezes, não se recordam das características das pessoas, face o elevado número de atendimentos realizados por dia.

Nestes casos, considerando a inutilidade de qualquer investigação realizada em território nacional, passou-se a realizar a entrega vigiada⁹³.

No tráfico de drogas via postal é comum que o nome do destinatário seja diferente do nome verdadeiro do morador do local do endereçamento, para justificar uma eventual recusa do pacote. Uma tática freqüente dos traficantes de alguns países consiste em não abrir o pacote até algumas horas após a entrega para se certificarem que não estão sendo investigados.

⁹³Houve 2 entregas para a Espanha em 2004.

Um dos problemas da ação controlada reside no fato de que as encomendas são monitoradas pelos traficantes. Assim, quando se gasta um tempo maior para a entrega, o que é necessário até ser obtida a autorização judicial, bem como anuência dos outros países envolvidos, o recebedor pode não ir buscar a encomenda no local de destino ou se recusar a recebê-la.

A insuficiência de recursos para pagamento de passagens internacionais para o acompanhamento pelos policiais também impede o uso freqüente desta prática, principalmente considerando a incerteza sobre o sucesso da operação.

1.8.7 Vigilância eletrônica

A vigilância eletrônica é o gênero no qual estão contidas as escutas e interceptações ambiental e telefônica. Tem como objetivo monitorar as redes criminosas para, assim, identificar o *modus operandi* dos narcotraficantes, as pessoas envolvidas, os meios de transporte, os pontos de apoio, os locais de preparo, refino e armazenamento de drogas, as áreas de cultivos ilícitos e as transferências de dinheiro⁹⁴. Notadamente na Polícia Federal, percebe-se a preferência por esta espécie de vigilância eletrônica.

São apontados como principais problemas na interceptação telefônica a constante troca de telefones, a utilização de telefones satelitais⁹⁵, clonados e pré-pagos⁹⁶, a dificuldade na obtenção dos dados, as operações de longo prazo e a exigência de alguns juízes de dar ciência ao investigado sobre os resultados da comunicação interceptada. No entanto, o maior obstáculo reside no emprego de equipamento complexo e caro, requerendo adequada capacitação para seu manuseio.

⁹⁴ Academia Nacional de Polícia, *Manual de Prevenção e Repressão a Entorpecentes*, p. 41.

⁹⁵ As matrizes das empresas que operam com esta tecnologia e as estações de controle ficam em outros países.

⁹⁶ Maior facilidade na utilização de cadastros falsos.

Devido aos custos das modalidades mais complexas dessa tecnologia de investigação é que estas devem ser reservadas para o monitoramento das organizações de maior importância.

A Lei 10.409/02, em seu artigo 34, inciso IV, reafirmou a possibilidade de interceptação telefônica nos crimes de tráfico, já prevista na Lei n. 9296/96, com a diferença de que a diligência deverá ser realizada diretamente pelo juiz, com vistas a preservar o sigilo constitucional, na forma prevista no artigo 3º da Lei n. 9034/95.

A partir de conhecimentos empíricos, a interceptação telefônica é apontada pelas autoridades encarregadas das investigações criminais como o meio mais eficaz de investigação do crime de tráfico de drogas. Dessas experiências compartilhadas, outra conclusão: salvo raras exceções, a interceptação deve ser utilizada prioritariamente como meio de investigação e de formação de conhecimento policial, e não necessariamente como prova no processo criminal.

2. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

2.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL

A Constituição Federal, na parte final do inciso XII do artigo 5º, admitiu, excepcionalmente, e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Especialmente nas investigações dos crimes de tráfico de entorpecente, mesmo em prejuízo à intimidade do investigado e de terceiros, a interceptação telefônica se revela, certamente, como o meio mais eficaz posto à disposição do Estado.

Não obstante, o direito à intimidade é aquele de que dispõe o indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a sua vontade, segundo Paulo José da Costa Júnior⁹⁷, que aponta suas bases históricas:

Foi entretanto nos Estados Unidos, em fins do século passado, que se sentiu, pela vez primeira, a ameaça que se fazia ao direito que o homem tem de ser deixado a sós (*therighttobeetalone ou therightof na individual tolive a lifeofreclusionandanonymity*), para assegurar a sua *peaceofmind*.

Diante dos valores em jogo, a intimidade e a privacidade, de um lado, e, de outro, a segurança pública como corolário da dignidade da pessoa humana, a regulamentação da matéria deveria atender ao justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados, por força do princípio da reserva de lei proporcional, o que não foi atendido pela Lei n. 9296/96. Ao possibilitar a interceptação de quaisquer crimes punidos com pena de reclusão, feriu os princípios da adequação e da não-excessividade, desdobramentos da proporcionalidade, deixando de fora crimes punidos com detenção, cuja investigação somente poderia ser feita mediante interceptação, a exemplo da ameaça via telefone.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso XII, seguindo a orientação da maioria dos Estados Democráticos de Direito⁹⁸,

⁹⁷ *Direito de estar só*, p. 15.

⁹⁸ Constituições da Espanha (art. 18), Canadá (art. 21), Suécia (art. 23), Grécia (art.18), Alemanha (art. 10), Dinamarca (art. 72), Suíça (art. 51).

conforme exposto pelo Professor RaúlCervini⁹⁹, hierarquizou o princípio da inviolabilidade das comunicações privadas em geral, excepcionado, tão somente, mediante ordem judicial, *in verbis*:

Art. 5º. (...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Assim, na citada norma, estão compreendidos os sigilos de correspondência, comunicações telegráficas, comunicações de dados, comunicações telemáticas e comunicações telefônicas.

O retro-transcrito inciso, a primeira vista, pode conduzir a equivocada exegese, qual seja, a de que somente poderia haver quebra de sigilo das comunicações telefônicas¹⁰⁰, o que é rechaçado pelo entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, já pacificado, de que nenhuma liberdade individual é absoluta¹⁰¹.

A Lei n. 9.296/96 veio a regulamentar o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, norma de eficácia limitada¹⁰², ao estabelecer:

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

Anteriormente à previsão constitucional, o fundamento legal utilizado para a interceptação era o artigo 57, inciso II, alínea “e” da Lei 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações), que admitia a violação das comunicações mediante autorização judicial e para fins de investigação criminal ou prova em processo penal.

⁹⁹Cf. Luiz Flávio Gomes e RaúlCervini, *Interceptação Telefônica*, p. 26.

¹⁰⁰Cf. UadiLammêgoBulos, *Constituição Federal Anotada*, p. 116.

¹⁰¹ STF, HC 70.814-5/SP, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ 1, de 24-6-1994, p. 16650.

¹⁰² Espécie normativa que depende de regulamentação do legislador infra-constitucional para ter eficácia.

No período entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o advento da Lei 9296/96, viveu-se verdadeiro hiato jurídico, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, que antes da sua vigência não admitia a interceptação telefônica, eis que a norma do artigo 5º, inciso XII, era entendida como não auto-aplicável, e o artigo 57 da Lei 4.117/62 não fora recepcionado pela nova ordem constitucional¹⁰³.

Ada Pellegrini¹⁰⁴ sustenta a inconstitucionalidade do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, por ter havido vício no processo legislativo, *verbis*:

Mas aqui surge importante questão constitucional, que **ainda não vi levantada**. O certo é que a Assembléia Nacional Constituinte aprovou texto diverso do que veio afinal a ser promulgado. A redação aprovada em segundo turno, no plenário, foi a seguinte: 'É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual. Foi a Comissão de Redação que, exorbitando de seus poderes, acrescentou ao texto as palavras "comunicações", "no último caso" e "penal", limitando consideravelmente o alcance da norma constitucional legitimamente aprovada em plenário. Esta, da forma como o fora, permitia a quebra do sigilo - observadas a ordem judicial e a reserva legal - não apenas com relação às comunicações telefônicas, mas também às telegráficas e de dados, bem como quanto ao sigilo da correspondência; e, ademais, não restringia o objeto da prova ao processo penal, possibilitando fosse ela produzida em processos não penais. No meu sentir, a redação restritiva do inc.XII do art.5º da Constituição é formalmente inconstitucional, por vício de competência e afronta ao processo legislativo. O art.3º da Emenda constitucional n.26, a qual convocou a Assembléia Nacional Constituinte, determinou que a votação das novas normas constitucionais seriam feitas em **dois turnos**, dependendo a aprovação da maioria absoluta da Assembléia. E, evidentemente, o Regimento Interno não previu - nem o poderia - que a Comissão de Redação pudesse mudar o sentido das normas aprovadas. Resta saber se o vício teria ficado superado pela promulgação. Tudo indica que não: assim como a sanção não sana o defeito de iniciativa, no tocante às normas infraconstitucionais, do mesmo modo parece-me que a promulgação, em bloco, não teve o condão de convalidar a norma, viciada pela competência e pela violação ao processo legislativo (votação em dois turnos). Penso até que a versão original poderia ser restabelecida a qualquer tempo por emenda do Congresso Nacional que, reconhecendo a inconstitucionalidade da norma - por infringência à Emenda n. 26 -, não ficará vinculado pela imutabilidade das denominadas "cláusulas pétreas" (art.60, § 4º, IV CF). Mas certamente ao Poder Judiciário caberia declarar a inconstitucionalidade da regra indevidamente reescrita pela Comissão de Redação, suprimindo as palavras acrescidas, de acordo com as modalidades previstas no ordenamento para o controle da constitucionalidade. Nem seria essa a primeira vez que se discute a respeito

¹⁰³Lênio Luiz Streck, *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*, p. 21.

¹⁰⁴Ada Pellegrini Grinover, *O regime brasileiro das interceptações*, p. 4.

da constitucionalidade de normas inseridas no próprio texto constitucional, mesmo que se trate de regras emanadas do Poder Constituinte originário...

Caso fosse declarada a inconstitucionalidade da norma, não mais haveria dúvida quanto a possibilidade do uso da interceptação telefônica no processo civil, porque a cautelar poderia ser utilizada para fins de instrução processual, simplesmente. O sigilo das correspondências, comunicações telegráficas e de dados também poderia ser quebrado por ordem judicial, sem necessidade de se recorrer ao princípio da proporcionalidade para tal fim.

A legislação brasileira não difere da orientação internacional sobre a matéria, a exemplo do Parlamento Europeu que, em 13 de novembro de 2001, aprovou a diretiva relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas¹⁰⁵. No item 10, a diretiva enuncia que os Estados-Membros que quiserem proceder à interceptação telefônica o devem fazer com base em legislação específica, as medidas deverão ter caráter excepcional e serem autorizadas caso a caso pelas autoridades judiciais ou outras competentes. Deverão, ainda, ser limitadas no tempo, proporcionais e necessárias no contexto de uma sociedade democrática.

2.2 O ALCANCE DA EXPRESSÃO “INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS DE QUALQUER NATUREZA”

Segundo UadiLammêgoBulos¹⁰⁶, comunicação telefônica, termo mais amplo que conversa telefônica, pode ser conceituada como a emissão, transmissão, recepção e decodificação de sinais lingüísticos, caracteres escritos, imagens, sons e símbolos de qualquer natureza veiculados pelo telefone fixo ou celular. Para Fernando Capez¹⁰⁷ as transmissões de informações e dados constantes de computadores e telemáticos, desde que feitas por meio de cabos telefônicos, incluem-se no conceito de comunicação telefônica.

¹⁰⁵COM(2000) 385- C5-0439/2000/0189(COD).

¹⁰⁶UadiLammêgoBulos, *op. cit.*, p. 121.

¹⁰⁷Fernando Capez, *Legislação Penal Especial v. 2*, p. 83.

Interceptação telefônica é conceituada como a captação e gravação de conversa telefônica alheia, sem o conhecimento ou consentimento de qualquer dos interlocutores. Não pode ser confundida com a escuta telefônica, na qual, a exemplo da interceptação, a captação e gravação são realizadas por terceiro, mas com o consentimento ou conhecimento de um dos interlocutores.

A gravação telefônica, ao contrário das anteriores, é feita por um dos interlocutores, não sendo admitida, em regra, pelo ordenamento pátrio. Somente a *terzietà*¹⁰⁸, referida pela doutrina italiana, é capaz de embasar a interceptação.

Cumprido destacar que todas as formas de captação e gravação de conversas telefônicas são consideradas, em princípio, ilícitas, de modo a não deixar inócua a norma protetiva dos direitos à intimidade e à privacidade prevista na Constituição Federal.

O artigo 1º da Lei n. 9296/96 contempla tanto a interceptação telefônica em sentido estrito, quanto a escuta, como possíveis de serem autorizadas pelo juiz¹⁰⁹, não obstante a lei ter se referido apenas a interceptação. Entende-se que esta expressão foi formulada em seu conceito lato, não se fazendo necessário, pois, o emprego de interpretação extensiva.

Tal posição, qual seja, a de que a lei em tela utilizou o termo interceptação em sentido amplo, tem espeque na expressão “comunicações telefônicas de qualquer natureza”, inserta no artigo 1º.

Seria, no mínimo, ilógico não autorizar a escuta apenas pelo fato de um dos interlocutores ter ciência da medida, mormente considerando ser esta hipótese freqüente nos casos de seqüestro. O que não se admite, adverte Luiz Flávio Gomes¹¹⁰, é aplicar o regime jurídico e as conseqüências da Lei 9296/96 às gravações telefônicas.

¹⁰⁸Gravação feita por terceira pessoa.

¹⁰⁹O Código de Processo Penal Português, em decorrência da adoção do juizado de instrução, prevê a possibilidade da medida ser ordenada, de ofício, pelo juiz.

¹¹⁰Luiz Flávio Gomes, *op. cit.*, p. 96.

A gravação telefônica, também denominada gravação clandestina, como não está contemplada na Lei 9296/96, em princípio, configura prova ilícita na sua origem. Assim, são imprestáveis para acusar ou incriminar alguém. Tal proibição, conforme salienta Luiz Flávio Gomes¹¹¹, tem forte carga moral:

O que cabe realçar na gravação clandestina é a sua surpresa, o que a torna moralmente reprovável. Uma coisa é expressar o pensamento sem saber da gravação, outra bem distinta quando se toma conhecimento dela. Não se nega que existe uma escolha da pessoa a quem se confia o conteúdo de uma comunicação. Mas o comunicador, até essa altura, tem controle da informação. Sabe a quem está passando-a; é pessoa da sua confiança (...) Se o sujeito soubesse da gravação certamente não teria dito o que disse (...) É uma prova colhida sem limites legais, sem base jurídica. Por isso mesmo, jamais pode servir para incriminar. A única possibilidade de uso é para comprovar a inocência.

Ainda no tocante a gravação telefônica, vale ressaltar que o ato, tão somente, de gravar, por si, não configura qualquer ilícito, por ser considerada documentação de comunicação que lhe é dirigida. Sua divulgação, entretanto, desde que feita sem justa causa, poderá configurar o crime previsto no artigo 153 do Código Penal.

A única ressalva admitida em tema de gravação telefônica, a qual vem sendo considerada lícita, com a dispensa de autorização judicial, ocorre em benefício do acusado, para provar sua inocência. Considere-se, também, quando um dos interlocutores tenta obter a prova de um crime no qual é sujeito passivo, a exemplo dos casos de vítimas de chantagem. No entanto, nada impede que a lei discipline as gravações telefônicas, ao considerar que os direitos à intimidade e ao sigilo das comunicações não são absolutos.

A interceptação das comunicações telefônicas não pode ser confundida com a quebra do sigilo dos dados telefônicos, haja vista que estes se referem aos registros de chamadas efetuadas e recebidas, às respectivas durações, ao valor, aos números discados, vale dizer, os registros escritos referentes às chamadas telefônicas.

¹¹¹Luiz Flávio Gomes, *op. cit.*, p. 107.

Há divergência na doutrina acerca da aplicabilidade da Lei n. 9.296/96 para a quebra do sigilo de dados. Vicente Greco Filho¹¹² entende que sim, ao passo que Luiz Flávio Gomes¹¹³ alerta que onde se diz comunicação telefônica não se pode ler registro telefônico e, além do mais, não cabe o emprego de analogia para restrição de direitos fundamentais, regidos pelo princípio da legalidade estrita. Em que pese a relevância dos fundamentos expostos por Luiz F. Gomes, tal questão não apresenta qualquer densidade na jurisprudência, haja vista que vêm sendo deferidos, pelos juízes, pedidos de quebra de sigilo de dados com base na lei em comento.

A lei também omitiu a possibilidade da interceptação recair sobre a conversa entre o acusado e seu advogado, relativamente aos fatos objeto de investigação.

Melhor, nesse ponto, o Código de Processo Penal Português, que em seu artigo 187-3 preceitua:

É proibida a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crê que elas constituem objecto ou elemento de crime.

2.3 ALCANCE DA LIBERDADE GARANTIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Os direitos fundamentais, também denominados de liberdades públicas¹¹⁴, não podem ser considerados absolutos, em face da restrição decorrente do princípio da convivência das liberdades, que impede seu gozo de forma prejudicial à ordem pública e às liberdades alheias. É inegável que nenhum sigilo absoluto se coaduna com as necessidades sociais, principalmente em tema de segurança pública. Nesse sentido, é o magistério de Alexandre de Moraes¹¹⁵:

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não

¹¹²Cf. Luiz Flávio Gomes, op. cit., p. 104.

¹¹³Luiz Flávio Gomes, op. cit. P. 104.

¹¹⁴Expressão consagrada no direito francês.

¹¹⁵Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, p. 62.

podem ser utilizados como verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas (...) sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (...) Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas) (...) Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito...

Para UadiLammêgoBulos¹¹⁶ o sigilo das comunicações telefônicas serviria para evitar:

- 1º) manipulações probatórias, pois não se pode deixar de reconhecer que toda gravação apresenta enormes possibilidades de mutilações, através de sofisticados meios eletrônicos e computadorizados;
- 2º) supressões de diálogos, montagens de conversas, deturpações de frases através da mudança de padrões vocais;
- 3º) colisão com inúmeros direitos e garantias fundamentais, dentre eles a inviolabilidade da imagem física e social do homem, o respeito à sua intimidade, o sigilo profissional etc.

Urge trazer a realce que a interceptação não viola o princípio *nemotenetur se detegere*, inserto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém pode ser compelido a produzir provas contra si mesmo, corolário do direito de se manter em silêncio, eis que, conforme salienta Luiz Flávio Gomes¹¹⁷, este se refere às relações do autor do fato diretamente com os órgãos de persecução. No mesmo sentido, manifesta Ada P. Grinover¹¹⁸:

...o sujeito não está em confronto direto com a autoridade, não é por ela solicitado a responder, nem sofre pressões de qualquer espécie, já que não há constrição no telefonema e o instrumento é utilizado na mais ampla liberdade. O direito ao silêncio do réu ou do indiciado tem como finalidade preservar sua liberdade moral frente a autoridade.

2.4 CABIMENTO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Segundo preceitua o artigo 1º da Lei 9.296/96, a interceptação telefônica é cabível para prova em investigação criminal e instrução processual criminal. O

¹¹⁶UadiLammêgoBulos, *op. cit.* p. 121.

¹¹⁷Luiz Flávio Gomes, *op. cit.* p. 97.

¹¹⁸Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades Públicas e processo penal – As interceptações telefônicas*, p. 250.

artigo 2º da mesma lei exige, ainda, indícios de autoria, ser a prova necessária e o crime punido com pena de reclusão, requisitos, estes, cumulativos.

Como a lei se refere à investigação criminal, não há exigência de prévia instauração de inquérito policial para haver interceptação telefônica. Assim, quaisquer autoridades incumbidas de poder de investigação criminal podem, em tese, requer a quebra de sigilo telefônico. Desse modo, as Comissões Parlamentares de Inquéritos, por investigarem, tão somente, fatos relacionados com a administração pública, e não crimes, não podem representar por tal medida. Nesse diapasão, vale lembrar que a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), por não ter atribuição de investigar crimes, também não pode representar pela interceptação telefônica.

Em princípio é inadmissível, também, a interceptação telefônica pré-delitual, ou de prospecção, fundamentada em mera periculosidade ou possibilidade de que venha o crime a ser praticado. Exige-se, pois, que já tenha ocorrido crime. Também não se admite a interceptação para fins não criminais, embora parte da doutrina entenda possível na forma de prova emprestada, desde que atendido o contraditório¹¹⁹.

A instrução criminal visa produzir provas sobre a autoria e materialidade do fato punível. Roberto Delmanto, citado por Luiz Flávio Gomes¹²⁰, entende que a interceptação telefônica durante a instrução judicial fere o princípio da igualdade, sob o fundamento de que não pode ser postulada pelo advogado. Para o citado doutrinador, haveria, também, ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Não lhe assiste razão, contudo, porque o fato de ser a defesa diferida, ou postergada, por si, coaduna-se com a própria natureza da medida cautelar - lembre-se - *inaudita altera pars*. Ao revés, a interceptação telefônica no curso da instrução criminal é eficaz quando nesta fase surgem fatos novos.

¹¹⁹Nelson Nery Junior, *Princípios do Processo Civil*, p. 159.

¹²⁰Luiz Flávio Gomes, *op. cit.*, p. 121

Os indícios razoáveis de autoria nada mais são que o *fumus boni iuris*, requisito básico de toda medida cautelar. Cabe observar que o fato de ter o legislador utilizado a expressão “indícios razoáveis” denota a exigência de que seja a autoria provável, afastando a mera suspeita, presente na seara da possibilidade. Assim, é necessário haver notícias fundadas e razoáveis sobre um crime¹²¹, com a investigação em curso ou não, caso em que a interceptação ser a primeira medida desta.

De outra banda, a necessidade da medida representa o *periculum in mora*. Em que pese a opinião de Luiz Flávio Gomes¹²², de que a interceptação telefônica somente pode ser deferida se indispensável, vale dizer, caso não existam outros meios probatórios menos drásticos, tal interpretação impede que se alcance a efetividade do processo penal.

Antônio Magalhães Gomes Filho¹²³ esclarece como identificar a necessidade da interceptação diante de três fatores: forma de execução do crime; da urgência na sua apuração; excepcional gravidade da conduta investigada, a ponto de justificar-se a intromissão.

Ora, se a interpretação se mostra, seja pelas características ou natureza do crime praticado, como o meio mais eficaz posto a disposição dos órgãos incumbidos da persecução penal, a exemplo do crime de tráfico de entorpecentes, não se mostra razoável exigir-se que se inicie a investigação por outros meios e, somente em caso de insuficiência destes, seja deferida a interceptação.

A necessidade deve ser entendida a luz do princípio da eficiência da investigação, previsto no artigo 144, § 7º, da Constituição Federal, vale dizer, quando não for possível atingir o mesmo resultado, considerando-se todos os fatores, inclusive o tempo, com os outros meios de investigação postos a disposição do Estado. Ao contrário, a interceptação será ilícita quando presentes outros meios

¹²¹Cf. Luiz Flávio Gomes, *op. cit.*, p. 178.

¹²²Luiz Flávio Gomes, *op. cit.*, p. 182.

¹²³*Apud* André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, p. 443.

pelos quais a prova possa ser feita, com igual eficiência. Assim, a mera preferência pela interceptação não pode dar azo ao acolhimento da medida.

Afinal, deve o crime a ser investigado ser punido com pena de reclusão. Embora o legislador tenha pretendido atingir o princípio da proporcionalidade, ao deixar de fora os crimes punidos com detenção, de fato, acabou por ferir uma das suas facetas, consistente na razoabilidade da confecção das leis. Ora, não são todos os crimes punidos com reclusão que devem ser objeto da medida em tela, dado sua excepcionalidade, ao passo que alguns crimes punidos com pena de detenção, a exemplo da ameaça e crimes contra a honra cometidos via telefone, demandariam tal medida.

Ainda sob a ótica do princípio da eficiência, que deve guiar a Administração Pública, melhor seria deixar ao juiz aferir, no caso concreto, independente da pena cominada em abstrato, se presente a necessidade da medida.

2.5 PROVA ILEGAL

Conforme assente na doutrina¹²⁴, prova ilegal compreende tanto as provas ilícitas, como as ilegítimas. Aquelas são obtidas com inobservância das normas de direito material, enquanto estas infringem o direito processual. Em que pese a terminologia empregada, ambas as espécies estão contidas na vedação explícita no inciso LVI do artigo 5º, da Constituição Federal.

UadiLammêgoBulos¹²⁵, em complemento à doutrina de Alexandre Moraes, ensina que as provas obtidas por meios ilícitos afrontam os requisitos de validade formais e materiais exigidos pelo ordenamento. Para o citado doutrinador, na ilicitude formal, a prova, mesmo de origem lícita, é introduzida no processo de maneira contrária ao direito. De outro modo, na ilicitude material a obtenção de um dado probatório revela-se ilegal, como nas hipóteses de invasão domiciliar,

¹²⁴Cf. Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, p. 126.

¹²⁵UadiLammêgoBulos, *op. cit.*, p. 253.

inobservância dos preceitos legais que autorizam a interceptação telefônica e tortura. Estas são provas ilícitas e aquelas ilegítimas.

Mesmo diante da vedação constitucional, o Supremo Tribunal Federal¹²⁶ admite o princípio da proporcionalidade *pro reo*, entendendo que a ilicitude é eliminada por excludentes de ilicitude, em prol do princípio da inocência.

Caberia à polícia, em situações urgentes, proceder a interceptação telefônica e submetê-la, *a posteriori*, ao juiz? A Lei n. 9296/96, em seu artigo 4º, § 2º, preceitua que o magistrado deve decidir sobre o pedido no prazo máximo de 24 horas.

O primeiro problema que se coloca diz respeito à natureza dos prazos judiciais, considerados impróprios, vale dizer, cuja inobservância não enseja qualquer sanção processual ao magistrado. Embora, administrativamente, seja possível sua responsabilização, o conhecido problema do excesso de trabalho faz as vezes de exculpante. Há que ser computado, ainda, o tempo gasto pela elaboração do parecer ministerial, em caso de representação da autoridade policial, embora não exigido por lei.

Afinal, há os problemas de ordem técnica. Uma vez deferida a interceptação, há de ser feita a comunicação às companhias telefônicas para disponibilizarem o sinal para os terminais onde os analistas trabalharão, normalmente instalados nos setores de inteligência das Delegacias de Polícia.

Outro ponto que merece relevo diz respeito a privatização das companhias telefônicas e conseqüente manuseio de informações sigilosas por estagiários e funcionários descomprometidos com a função pública, o que pode ocasionar uma série de problemas relacionados ao sigilo das interceptações¹²⁷, colocando em risco a eficiência das investigações¹²⁸.

¹²⁶ STF, HC 74678-DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU, de 13-3-1994

¹²⁷ Investigação da Polícia Federal apontou que contrabandista chinês contava com informantes nas companhias telefônicas para ser previamente avisado de eventuais interceptações telefônicas.

¹²⁸ Efetividade do processo penal.

O Código de Telecomunicações (Lei n. 4.117/62) era expresso na exigência de a operação técnica ser efetuada pelos serviços das estações e postos oficiais (art.152 c/c art. 56, § 2º) o que, hoje, torna-se impossível, face as privatizações do setor.

É inegável o desenvolvimento do setor de telecomunicações após a privatização, mas, sob o ponto de vista político, principalmente no aspecto da segurança dos interesses nacionais, o Brasil tem aí seu “calcanhar de Aquiles”, mormente considerando a majoritária presença de capital estrangeiro no setor em tela.

Retornando à indagação formulada, o ordenamento jurídico brasileiro impede que haja interceptação telefônica sem autorização judicial mesmo em casos excepcionais. Em primeiro lugar, a Administração Pública somente pode fazer o que expressamente autorizada por lei, em obediência ao princípio da legalidade estrita, diferentemente do que ocorre para o cidadão.

Ademais, imperfeições legislativas e entraves inerentes ao sistema judiciário não podem justificar ações contrárias à lei dos agentes públicos, sob pena de lesão ao próprio Estado Democrático de Direito.

Como observado por Luiz Vicente Cernicchiaro¹²⁹, o sistema de verificação prévia da legalidade foi adotado pela lei brasileira, ressaltando que o italiano melhor atende às necessidades persecutórias, *verbis*:

...melhor seria se a lei houvesse optado, como exceção, pelo sistema da verificação posterior da legalidade. Em outras palavras, a autoridade policial e o representante do Ministério Público poderiam tomar a iniciativa; concluída a diligência encaminhariam-na ao magistrado; se não contivesse vício e fosse pertinente, seria anexada aos autos. Caso contrário, destruída, implicando eventual responsabilidade criminal. Nessa direção, o moderno Código de Processo Penal da Itália (art. 267.2). Com efeito a prova é caracterização de um fato; poderá ser passageiro. O crime não tem hora marcada. Acontece a qualquer tempo, mesmo fora do expediente Judiciário. Se não for tomada medida imediata, perderá importância...

¹²⁹Luiz Vicente Cernicchiaro. *Lei nº 9296/96 – Interceptação telefônica. Boletim IBCCRIM nº 45*, p. 14.

Cabe indagar se, embora autorizada judicialmente, as interceptações e transcrições obradas por pessoas não incumbidas da função investigatória teriam o condão de macular a licitude da prova.

Considerando que a lei de interceptação diz que a medida será cabível para fins de investigação e instrução criminal, atividades estas exclusivas a órgãos de persecução previamente definidos em lei, afasta-se, de plano, qualquer possibilidade destas funções serem atribuídas a particulares¹³⁰. Não seria razoável dar a estes acesso a toda sorte de informações, tanto relativas às atividades criminosas, quanto pertinentes à esfera da intimidade do cidadão, sem, contudo, qualquer dever de sigilo.

Logo, essa prova seria ilícita, descendendo seu vício no momento da produção, porque um particular não poderia ter acesso ou degravar o áudio captado pela interceptação telefônica.

Não por outro motivo, Celso Antônio Bandeira de Mello¹³¹ ensina que em relação ao sujeito (pressuposto subjetivo), deve ser auferida, para constatação de validade do ato, a capacidade da pessoa que o praticou, a quantidade de atribuições do órgão que o produziu, a competência do agente emanador e a existência ou inexistência de óbices à sua atuação no caso concreto.

Outro aspecto a ser analisado diz respeito a interceptação realizada por agentes públicos fora dos quadros dos órgãos encarregados da investigação, a exemplo do Ministério Público Estadual de São Paulo que, em alguns procedimentos investigatórios, utilizou policiais rodoviários federais para realizarem a interceptação telefônica por ele requerida.

Daí emergem, de plano, dois problemas que podem anular as provas produzidas no âmbito da investigação levada a cabo pelo *Parquet* paulista. A primeira diz respeito a possibilidade da investigação ser realizada diretamente pelo

¹³⁰Agentes públicos aposentados, por exemplo.

¹³¹Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 350.

Ministério Público. Há relevante polêmica a respeito desta hipótese, alvo de disputa corporativa entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público.

Outro ponto que merece destaque no exemplo lançado diz respeito a possibilidade da Polícia Rodoviária Federal realizar as escutas telefônicas a mando do Ministério Público. Por força dos parágrafos 1º e 4º do artigo 144 da Constituição Federal, a atividade de polícia judiciária é exclusiva da Polícia Federal e da Polícia Civil. Logo, somente estas duas instituições, entre as demais forças policiais, podem investigar crimes.

A Polícia Rodoviária, assim como a Militar, pertence à categoria da polícia preventiva ou ostensiva, conforme leciona UadiLammêgoBulos¹³²:

Atualmente, polícia é a atividade encarregada de evitar a violação da ordem jurídica, que se realiza de vários modos. Daí se falar em polícia administrativa, destinada a proteger a liberdade e a propriedade, e em polícia de segurança, a qual se desdobra em dois tipos: a polícia ostensiva, cujo escopo é evitar danos e perigos que podem ser causados ao homem, e a polícia judiciária, que empreende tarefas investigatórias, para a apuração dos delitos penais, fornecendo ao Ministério Público os elementos necessários à repressão das condutas criminosas, através da ação penal pública.

Além de não ser polícia judiciária, ou seja, carecer-lhe atribuição para investigar crimes, o § 2º do citado artigo 144 é claro quanto às atribuições da Polícia Rodoviária:

Art. 144 (...)

§2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

Há, no caso, literal afronta a Constituição Federal não só pela Polícia Rodoviária Federal, mas também pelo Ministério Público, a quem cabe, recorde-se, a defesa da ordem jurídica¹³³. A ilicitude da prova colhida advém da violação à

¹³²*Op. cit.*, p. 1062.

¹³³Cf. artigo 127 da Constituição Federal.

Constituição Federal. No âmbito do Direito Administrativo pode-se dizer que o ato praticado não atendeu ao requisito da competência, sendo, pois, nulo.

Vale realçar que o procedimento da interceptação telefônica, que se desdobra na captação, gravação e transcrição do áudio, deve ser realizado por analistas treinados ou ao menos habituados com tal mister¹³⁴, de modo a evitar distorções na prova colhida.

2.6 ENCONTRO FORTUITO

A doutrina brasileira¹³⁵ vem debatendo a questão da obtenção de prova de crime diverso daquele que foi objeto da autorização judicial. Há pelo menos três posicionamentos diferentes quanto à matéria. Para uma corrente mais rigorosa, não se permite a utilização da prova obtida porque não era objeto da decisão judicial. Para a corrente oposta, como a interceptação estava autorizada, tudo que foi colhido é lícito e admissível no processo. A posição intermediária sustenta a admissibilidade no processo desde que haja nexos entre os dois crimes.

Antônio Scarance¹³⁶ cita posição doutrinária defendendo o encontro fortuito das provas do crime diverso, desde que haja conexão com o crime investigado e seja de responsabilidade do mesmo sujeito passivo. Eugênio Pacceli de Oliveira¹³⁷ também defende o encontro fortuito:

Assim, por exemplo, quando, no curso de determinada investigação criminal, é autorizada judicialmente a interceptação telefônica em certo local, com a conseqüente violação da intimidade das pessoas que ali se encontram, não vemos por que recusar a prova ou a informação relativa a outro crime ali obtida.

¹³⁴Na Polícia Federal, é comum, principalmente nas Delegacias de Repressão a Entorpecentes, a divisão em Setor de Operações e Setor de Análise, em que apenas os agentes deste último realizam interceptação telefônica, por se tratar de tarefa técnica, ao passo que os policiais daquele participam das prisões e apreensões de droga.

¹³⁵Cf., por todos, Antônio Scarance Fernandes, *Processo Penal Constitucional*, p. 94.

¹³⁶Antônio Scarance Fernandes, *op. cit.*, p. 95.

¹³⁷Eugênio Pacceli de Oliveira, *op. cit.*, p. 363.

Para Paulo Rangel¹³⁸, o conhecimento fortuito de outros fatos ocasionados pela interceptação lícita é possível, pelo argumento de que do lícito não pode nascer o ilícito:

A lei ao exigir a descrição clara da situação objeto da investigação é porque considera (como já afirmamos acima) que o fato criminoso já ocorrera (cf. parágrafo único do art. 3º). Porém, pode surgir uma dúvida: como fica o conhecimento fortuito de outros fatos ocasionados pela interceptação lícita? Exemplo: Durante a investigação de um homicídio doloso qualificado é concedida a interceptação telefônica nos termos precisos da lei objeto de comentários. Ocorre que durante a interceptação descobre-se a prática de um roubo praticado pelo investigado. Seria lícita a obtenção desta prova? Não temos dúvida em afirmar que sim. Pois do contrário, seria entendermos que do lícito adveio o ilícito. Não. Não podemos assim entender. A interceptação foi realizada nos estritos limites da lei o que dela advier deve ser considerado como consequência do respeito a ordem jurídica e a aceitação é em prol da sua manutenção.

Ada Pellegrini Grinover¹³⁹ inclina-se pelo aproveitamento, em termos:

... surgirá na prática a dúvida a respeito de a prova obtida mediante interceptação telefônica, autorizada para investigação ou processo relativo a determinada infração penal poder, ou não, ser utilizada em investigação ou processo instaurado por fatos diversos. Trata-se do conhecimento fortuito de outros fatos, ocasionado pela interceptação lícita. A legislação estrangeira dá resposta expressa a tal indagação: assim, v.g., o art. 270 do Código de Processo Penal italiano veda a utilização dos resultados das interceptações em procedimentos diversos daqueles em que foram autorizadas, ressalvado o caso de sua indispensabilidade para o acerto de infrações penais em que for obrigatória a prisão em flagrante. O Projeto de Lei Miro Teixeira, inspirado nesse ponto no sistema alemão, previa, no art. 8º, a vedação do aproveitamento, salvo quando se tratasse de conhecimento fortuito útil à elucidação de outra infração penal também constante do rol taxativo do art. 1º, o qual enumerava as hipóteses em que a quebra do sigilo seria admissível. Assim, por exemplo, se a referida quebra fosse autorizada em investigação ou processo atinente ao crime de tráfico de substâncias entorpecentes (inc. II do art. 1º), seu resultado poderia ser utilizado em processo ou investigação sobre crime de extorsão mediante seqüestro (inc. VII). Não, porém, para um caso menos grave, que não fosse arrolado dentre aqueles para os quais o Projeto previa a admissibilidade da interceptação. A falta, na lei brasileira vigente, de um rol de infrações em que a interceptação é admissível dificulta a solução do problema por esse último parâmetro. Mas, a adotar-se o entendimento de que o juiz deverá limitar a autorização a casos de crimes graves, poder-se-á seguir o mesmo critério para o aproveitamento do resultado da interceptação em processo ou investigação diverso daquele para o qual a ordem foi dada.

¹³⁸ Paulo Rangel, *Breves considerações sobre a Lei 9296/96 – interceptação telefônica*, p. 3.

¹³⁹ Ada Pellegrini Grinover, *O Regime brasileiro das interceptações telefônicas*, p. 9.

2.7 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO ANTEPROJETO

O novo projeto da lei de interceptação telefônica, cuja comissão foi composta por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Almeida Castro, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luís Guilherme Vieira, prevê, em seu artigo 1º, não só a interceptação e a escuta, mas também, como inovação, a interrupção, o impedimento e a gravação das comunicações telefônicas.

Vê-se, pois, que a gravação das comunicações telefônicas finalmente foi contemplada no direito brasileiro, seguindo o modelo do Código de Processo Penal Português.

Ao contrário da Lei n. 9.296/96, o anteprojeto enumera, taxativamente, os crimes em que tais medidas são admissíveis, entre os quais o tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins.

O artigo 5º do anteprojeto diz que o pedido formulado ao juiz competente, mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial deverá conter:

Art. 5º.

- I. a clara descrição da situação objeto da investigação;
- II. a qualificação do investigado ou esclarecimento pelos quais se possa identificá-lo, salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada;
- III. a indicação da existência de indícios suficientes da prática de qualquer dos crimes previstos no artigo 1º;
- IV. a demonstração de ser a operação técnica estritamente necessária e da impossibilidade de ser a prova obtida por outros meios.

É inegável que o crime de tráfico de drogas é o que se amolda mais facilmente às exigências legais, principalmente quanto ao inciso IV, pela insuficiência dos outros meios de investigação e pelas próprias características do crime.

Quanto à duração da medida, o anteprojeto insiste no mesmo erro da lei atual, limitando ao máximo de sessenta dias, salvo para crimes permanentes, *in verbis*:

Art. 9º. O juiz fixará a duração das operações até o prazo de 15 dias, renovável por igual período, desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da medida.

§ 1º. Após a primeira renovação, as demais, por igual período, dependerão da verificação da excepcionalidade do caso concreto, baseada na apresentação ao juiz competente de relatório circunstanciado a respeito do resultado das operações já desenvolvidas, não podendo, contudo, o prazo máximo das operações técnicas exceder a 60 dias, exceto quando se tratar de investigação relativa a crime permanente, enquanto não cessar a permanência.

Por ser o crime de tráfico de drogas instantâneo não será possível, em princípio, que a interceptação telefônica deferida para investigação deste tipo de infração penal perdure por mais de sessenta dias, não obstante a experiência demonstrar que algumas investigações de organizações criminosas podem demandar tempo maior. O ideal é que a legislação previsse como prazo máximo, sem quantificar, o tempo necessário para conclusão das investigações. Alexandre de Moraes¹⁴⁰ entende que há circunstâncias, como no tráfico ilícito de entorpecentes, em que a indispensabilidade da medida exigirá sucessivas renovações.

A defesa vem disciplinada no artigo 16, que preceitua que após o recebimento do material obtido nas operações técnicas, o acusado e o Ministério Público serão cientificados para examinar os autos circunstanciados e escutar as gravações. Somente haverá transcrição dos trechos indicados pelas partes e pela autoridade policial, em semelhança com o artigo 188 do Código de Processo Penal Português.

O artigo 5º, §1º, do anteprojeto da nova lei de interceptação telefônica, confere ao MP e à autoridade policial o poder de requisitar das prestadoras dos serviços de telefonia, exclusivamente para os fins de formulação do pedido, o cadastro relativo ao nome, número de telefone e endereço do titular da linha.

O referido dispositivo legal visou por fim às recusas das companhias telefônicas de fornecerem os dados cadastrais dos assinantes, sob a alegação de sigilo de dados. Tais recusas são ilícitas porque não se pode confundir dados cadastrais com dados telefônicos, estes sim protegidos por sigilo constitucional.

¹⁴⁰Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, p. 89.

Assim, o nome, o endereço e a linha utilizada pelo assinante são dados meramente cadastrais (dados da telefônica). Referidos dados poderiam, de um lado, figurar, sem pena de violação de sigilo, caso fosse criada uma lista telefônica para números de telefone celular, assim como ocorre com os telefones fixos. Por outro lado, a duração e os registros das chamadas recebidas e efetuadas representam dados telefônicos, protegidos por sigilo.

O artigo 11 do anteprojeto visa pôr fim ao problema de demora do procedimento, hoje enfrentado, principalmente, quanto aos números a serem interceptados em outros lugares fora dos limites territoriais de competência do juiz. A precatória fica substituída por qualquer meio rápido de comunicação, a ser confirmado em 48 horas por documento oficial, quando as operações técnicas devam ser realizadas fora da área de competência do juiz.

2.8 A DEFESA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

O artigo 1º da Lei n. 9296/96 preceitua que a interceptação telefônica deve ser realizada “sob sigredo de justiça”. Em princípio, infere-se que a medida cautelar deve concretizar-se sigilosamente quanto ao investigado, por razões óbvias, sendo *inaudita altera pars*. É o denominado sigredo interno. Assim, após a conclusão das diligências, gravações e transcrições, com a plena constituição da prova, há de ser oportunizada ao investigado a discussão do que foi captado, com vistas a não ofender o princípio da ampla defesa.

Assim, em decorrência da natureza da interceptação telefônica, resta patente ser o contraditório diferido. No entanto, não há consenso quanto ao momento em que este é realizado. Damásio de Jesus¹⁴¹ entende que, se for caso de investigação criminal, o conhecimento deve ocorrer após a produção do documento, ao passo que a interceptação colhida na instrução criminal deve ser conhecida pelo réu após sua citação. Mais distante a posição de Scarance¹⁴², para quem as partes devem saber dessa prova antes das alegações finais.

¹⁴¹Damásio E. de Jesus, *Interceptação de comunicações telefônicas*, RT 735, p. 458.

¹⁴²Antônio Scarance Fernandes, *A lei de interceptação*, p. 59.

No tocante ao acesso à prova pela defesa, Luiz Flávio Gomes¹⁴³ ensina:

Impõe-se o levantamento do segredo frente ao investigado porque só assim se permite a preparação do contraditório (no caso diferido) e, sobretudo, o direito de ampla defesa (...). Preservar o sigilo da prova obtida é fundamental, mas não chega ao extremo de derogar a Constituição brasileira. E, ademais, são conciliáveis o interesse na preservação do sigilo (art. 8.º) com o direito constitucional de ampla defesa. Ao investigado não se pode retirar o direito de ser informado, mesmo porque as diligências, nessa altura, já terminaram. Por isso, tampouco há prejuízo para a descoberta da verdade. Direito, como afirmamos antes, é equilíbrio e proporcionalidade. Na medida em que já não há risco para a colheita da prova, nada justifica que o interessado não tenha ciência do alcance da ingerência no seu direito ao sigilo das comunicações (...) E não se vislumbra nenhuma inconstitucionalidade nesse retardamento do contraditório, desde que efetivamente presentes os pressupostos cautelares: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Desprendendo-se da discussão do tema apenas sob a ótica do direito de defesa, Ada Pellegrini Grinover¹⁴⁴ sustenta a impossibilidade de instauração do contraditório, quando haja prejuízo para o prosseguimento das investigações, *verbis*:

... o art.8º da lei, que regula a autuação e apensamento dos autos da diligência aos do inquérito ou processo, com observância do sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas, nada diz sobre a garantia do contraditório. Apesar disso, é evidente que o incidente relativo à introdução do resultado da interceptação, em autos apartados, apensados aos do inquérito ou do processo, deverá ser necessariamente conduzido em contraditório, nos termos do disposto no art.5º, inc. LV da Constituição. Contraditório diferido, em face da natureza cautelar (assecuratória da prova) da ordem de interceptação, **o qual deve instaurar-se tão logo se considere que o conhecimento do resultado da diligência não importará em prejuízo ao prosseguimento das investigações.** Era o que previa expressamente o Projeto Miro Teixeira, no art. 7º, § 1º. E é o que o juiz deve imediatamente fazer, apesar do silêncio da lei (grifado).

É exigível o contraditório se a interceptação telefônica não for utilizada como prova¹⁴⁵ no processo penal? Para a sua elucidação, imagine-se a hipótese em que foi deferida interceptação telefônica no bojo de investigação tendente a identificar o chefe de organização criminosa responsável pelo fornecimento de cocaína a determinada cidade. É plausível que no curso da investigação, que pode

¹⁴³Luiz Flávio Gomes, *op. cit.*, p. 231.

¹⁴⁴Ada Pellegrini Grinover, *O Regime brasileiro das interceptações telefônicas*, p.9.

¹⁴⁵“Prova é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”. Luiz Guilherme Marinoni, *Manual de Processo de Conhecimento*, p. 313.

perdurar meses, a polícia consiga apreender algumas remessas de drogas a partir das informações coletadas nos áudios captados. Nesse caso, alguns traficantes de menor importância¹⁴⁶ seriam presos em flagrante delito, havendo desnecessidade da utilização dos áudios captados na interceptação para sua condenação, face a materialidade do delito fundada na prisão.

É inegável que na hipótese descrita no parágrafo anterior, por duas razões, não caberia defesa quanto à prova coletada na interceptação telefônica. Em primeiro lugar, o criminoso, por ter sido preso em flagrante, da prova colhida neste ato deve se defender, haja vista que somente por esta será acusado. Assim, não haveria qualquer violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Em segundo, não se deve olvidar que, no exemplo dado, a interceptação telefônica visa colher provas contra um grande fornecedor ou comprador de droga, o que pode demandar tempo. Assim, apresentar a prova ao pequeno traficante preso em flagrante somente serviria para alertar o restante do grupo criminoso da investigação, o que acabaria por afetar sua eficiência.

Assim, na hipótese apresentada, a interceptação será utilizada apenas como meio de informação policial para uma ação futura, e não como prova acusatória, o que arreda qualquer violação de princípio constitucional.

Por último, saliente-se que tal atitude é até mais benéfica ao réu, porque não será utilizada, contra si, uma prova reveladora de sua autoria, contentando-se o Estado, tão somente, com a prova colhida por ocasião do flagrante.

Evidente que no momento que esta prova for utilizada, em outro processo, para embasar outra condenação, sua sentença, pelo menos de 1º grau, pode já ter sido lançada. Em decorrência do princípio que veda a *reformatio in pejus*, ficará imune da prova colhida na interceptação. Se, porventura, houver algum elemento presente naquele áudio que lhe seja favorável, hipótese esta pouco provável, nada impede o uso de revisão criminal para apreciação dessa prova como fato novo, desde que observado o contraditório.

¹⁴⁶ Transportadores, batedores e seguranças.

2.9 NECESSIDADE DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA SEM DEFESA

Conforme afirmado no item anterior, vem ganhando força entre Delegados da Polícia Federal a idéia de não ser a interceptação telefônica utilizada, em regra, como prova no processo penal (pelo menos até a conclusão das investigações), mas somente como fonte de informação nas investigações criminais. A doutrina¹⁴⁷ denomina segredo interno como a proibição de alguns sujeitos processuais tomarem conhecimento de determinados atos da investigação preliminar.

Para Aury Lopes Junior¹⁴⁸ a investigação preliminar totalmente secreta tem como fundamento básico a maior eficácia da apuração e repressão dos delitos. Embora o retro-mencionado autor não concorde com o segredo interno na investigação, por ferir a instrumentalidade garantista do processo penal, cita doutrina estrangeira defensora da posição, *verbis*:

Também argumenta-se que o segredo é uma forma de compensar a dianteira ou vantagem que – presumidamente – o autor do delito possa ter tomado, de forma que o segredo interno serve para equilibrar as forças entre o Estado e o delinqüente. Na opinião de Manzini, o segredo interno está racionalmente justificadíssimo pela necessidade de indagar sem subministrar ao imputado notícias que possam oferecer-lhe um meio de desviar as averiguações, de procurar provas falsas, de preparar defesas artificiosas, de prevenir de qualquer forma a atuação do juiz etc. Mais radical ainda é o argumento de Moral Garcia e Santos Vijande, que chegam ao extremo de considerar o segredo interno uma 'garantia institucional'. Apontam que o segredo é um coadjuvante da segura repressão do delito e constitui uma garantia institucional do direito fundamental à segurança e, correlativamente, do direito à liberdade.

A tese sustentada, qual seja, a ausência de defesa na interceptação telefônica, desde que não utilizada como prova, evita que a investigação se torne inócua caso não seja protegida pelo sigilo. Nesse sentido, Marcelo BatlouniMendroni¹⁴⁹ defende a posição de que o sigilo da investigação tem fundamento no princípio da igualdade de armas, *verbis*:

Obviamente que as investigações pré-processuais devem necessariamente ser secretas, sob pena de serem frustradas desde o início. Pela mesma

¹⁴⁷Aury Lopes Jr., *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 124.

¹⁴⁸*Idem*, *op. cit.*, p. 125.

¹⁴⁹Marcelo BatlouniMendroni, *Curso de Investigação Criminal*, p. 206.

razão que um criminoso qualquer pratica atos ilícitos e não os revela às autoridades (...) A *contrario sensu*, fosse a autoridade investigadora obrigada a revelar o teor da sua investigação, franqueando ao suspeito ou mesmo ao seu advogado vistas e/ou cópias dos autos, deveria o investigado também ser obrigado a indicar as provas da sua conduta criminosa, e isso, é elementar, não o fará; se o fizer, mentirá. Esta a razão pela qual as informações relativas ao Procedimento Investigatório e/ou Inquérito Policial podem ser mantidas em sigilo, a critério da autoridade incumbida da investigação, e podem não ser fornecidas ao investigado ou mesmo ao seu advogado. Trata-se de aplicação do princípio que os alemães chamam de *waffengleichheit* – ou “igualdade de armas” (...) Evidentemente que não se trata de defender o retorno ao período das formas do sistema inquisitivo (...) Há que se diferenciar que a investigação pré-processual (preparatória do processo), - não é processo, e portanto nele não se inserem os preceitos que lhe são inerentes.

No mesmo sentido se posiciona parte da doutrina estrangeira¹⁵⁰:

... la investigación preparatoria se legitima, como actividad cautelar, por el ‘temor de un dano jurídico’, vale decir, ante el temor de que si el Estado no obra inmediatamente después de planteada a hipótesis del delito, se oculte la verdad y se torne inaplicable la ley penal, y a sea por desaparición o adulteración de las pruebas, y a sea porque el delincuente logre eludir la acción de la justicia; y que debe ser perfectamente regada por el derecho objetivo, a fin de asegurar la limitación impuesta por el derecho subjetivo del imputado.

Em sentido oposto, também aparecem defensores, como Fauzi Hassan Chouke¹⁵¹:

Sobretudo porque dentro de um Estado democrático não há sentido em se falar de “investigações secretas”, até porque, na construção do quadro garantidor e na nova ordem processual acusatória, deve o investigado ser alertado sobre o procedimento instaurado.

O Delegado de Polícia Federal Getúlio Bezerra¹⁵² explica o porquê da não utilização dos diálogos interceptados como meio de prova, *verbis*:

Esta ordem de prioridades se explica no fato de que os resultados obtidos da escuta, ou seja, as fitas e os relatórios de transcrição fonográfica (degravação) dos diálogos interceptados, não costumam ser utilizados como principal elemento de prova porque, normalmente, não revelam explicitamente e com objetividade a prova pretendida. Ao revés, os diálogos interceptados muitas vezes se prestam a confundir, pois os criminosos

¹⁵⁰ Alfredo Vélez Mariconde, *apud* Marcelo Batlouni Mendroni, *idem*, p. 207.

¹⁵¹ Fauzi Hassan Chouke, *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*, p. 92.

¹⁵² Academia Nacional de Polícia, *op. cit.*, p. 53.

usam de linguagem cifrada, de artimanhas que objetivam descaracterizar os diálogos interceptados como meio de prova. A experiência demonstra que a utilização da escuta (notadamente as gravações, as fitas magnéticas) como exclusivo ou principal meio de prova é muitas vezes desfavorável, e até subtrai a qualidade da prova, na medida que abre ensejo a questionamentos da defesa sobre a sua autenticidade, o que termina por beneficiar mais o réu e menos a sociedade. Embora seja esta a doutrina operacional predominante na Polícia Federal, é evidente que não se pode, em termos absolutos, descartar a utilização do resultado da escuta como meio de prova. Isto porque, situações existem em que a interceptação das comunicações é o único meio de se provar e estabelecer o liame entre os suspeitos da prática criminosa...

Do trecho transcrito, extrai-se a razão principal da tese defendida. A interceptação telefônica pode não se prestar útil no processo, por não demonstrar, por vezes, os fatos criminosos que devem ser provados na instrução com a clareza necessária. Pelo contrário, a difusão desse meio de investigação faz com que os criminosos, principalmente os traficantes de drogas, utilizem cada vez mais códigos e metáforas quando ao telefone, o que exige bastante experiência e cautela dos analistas.

A defesa terá ampla possibilidade de questionar o real significado de determinada palavra, o que pode influenciar de maneira decisiva o contexto probatório. Por seu turno, a acusação, em caso de dúvida, por menor que seja, sucumbirá face ao princípio do *in dubio pro reo*.

Outro argumento contrário à utilização da interceptação telefônica como prova reside no receio de que a propagação da sua utilização nos tribunais conduza os traficantes de drogas a empregar outras formas de comunicação¹⁵³.

Como alerta a autoridade policial antes mencionada, é indispensável preservar do conhecimento público e, principalmente, dos investigados, a utilização dessa técnica de investigação, bem como evitar a banalização de seu emprego, sob pena de desgaste e comprometimento dos resultados, inclusive em outras investigações, até porque os traficantes operam verdadeiras redes de informações.

¹⁵³Vários traficantes estão recorrendo ao uso de telefones públicos para evitar que tenham suas conversas interceptadas.

Inclusive nos casos em que não se obteve nada proveitoso às investigações, deve-se evitar tornar pública a medida tomada, como ensina o Delegado de Polícia Federal Getúlio Bezerra¹⁵⁴:

Vale frisar que mesmo quando nada se obteve de incriminador contra um determinado suspeito, não significa que este não tenha ligações com o fato investigado. E no momento em que se lhe dá ciência abre-se a possibilidade de que a operação passe ao domínio de toda a rede criminosa investigada, porque o risco de vazamento é muito grande. De resto, essa exigência legal milita em desfavor da celeridade e do sigilo, que são pressupostos fundamentais ao êxito das operações de interceptação.

No âmbito da Delegacia de Repressão a Entorpecentes da Polícia Federal de São Paulo, caso houvesse acordo com a magistratura e o Ministério Público, a interceptação das comunicações telefônicas tenderia a ser utilizada mais como ferramenta de inteligência policial e menos como instrumento para a formação da prova, mormente considerando o exemplo das sete organizações criminosas citadas na figura 1.12, que continuam ativas.

Diversas polícias da Europa¹⁵⁵ vêm alertando para a generalização do uso de vigilância eletrônica¹⁵⁶, que acaba por gerar a total ineficácia desse meio, porque as organizações criminosas passam a adotar aparelhos de contra-vigilância, com tecnologia bastante superior àqueles utilizados nas investigações, *verbis*:

A escuta telefônica autorizada por juízes é absolutamente indispensável na batalha contra os senhores do crime organizado (...). O procurador-geral de Berlim, Hans Jurgen Fatkinhauer, considera a vigilância eletrônica generalizada a principal arma na luta contra a criminalidade transfronteiriça organizada; muitos magistrados e a maioria dos policiais dos outros países da Europa ocidental concordam (...). Também aqui as câmaras e microfones ocultos podem ser facilmente localizados por detectores relativamente baratos disponíveis no mercado. O crime organizado utiliza regularmente esses scanners e detectores. O comissário-chefe Schwerdtfeger, atualmente assessor do chefe de polícia (Polizeipräsident) de Dusseldorf, constata: 'os equipamentos eletrônicos dos criminosos são infinitamente superiores aos que estão ao alcance dos policiais. O crime organizado dribla as formas mais sofisticadas de vigilância. Faltam-nos recursos, dinheiro. Falta-nos tudo. Os criminosos dispõem do material eletrônico mais moderno, acompanham todas as novidades da tecnologia. A polícia não consegue acompanhar. Nosso orçamento é modesto demais' (...) Repito: a vigilância eletrônica generalizada (grosser Lauschgriff), já agora adotada

¹⁵⁴Academia Nacional de Polícia, *op. cit.*, p. 52.

¹⁵⁵Jean Ziegler, *Senhores do Crime*, p. 275-282.

¹⁵⁶Interceptação telefônica e ambiental.

pela maioria dos Lander alemães, revela-se extremamente ineficaz. Para caçar efetivamente os senhores do crime, a polícia precisaria estar em condições de utilizar chips, microfones e eventualmente câmeras de última geração – em suma, equipamentos eletrônicos que os cartéis não pudessem detectar e neutralizar (...) O mesmo se aplica à França: nenhuma das polícias francesas (Serviço de Investigações da Alfândega, RG etc) dispõe de meios financeiros para comprar equipamentos pelo menos equivalentes aos utilizados pelos senhores do crime; nenhuma delas pode combater eficazmente as contramedidas (detecção de vigilância, despistamento etc) adotadas pelos chefões; nenhuma dispõe do dinheiro necessário para pagar por uma exploração racional e eficiente do fruto da vigilância.

2.10 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA INTERCEPTAÇÃO SEM DEFESA

A ausência de defesa na interceptação telefônica, desde que não seja utilizada como prova no processo penal, possui bases constitucional e legal.

Com efeito, o artigo 20 do Código de Processo Penal realça que deverá ser assegurado no inquérito policial o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade¹⁵⁷. Considerando ter o referido dispositivo legal rompido seu quinquagésimo aniversário, e o advento de outros procedimentos investigatórios, a estes também deve servir o sigilo.

É inegável que as investigações sobre crime organizado, realizadas em sede de inquérito policial ou em procedimentos criminais diversos, interessam à sociedade, nas quais o sigilo é necessário à elucidação do fato.

Nesse diapasão, até mesmo o acesso irrestrito dos advogados aos autos dos inquéritos, previsto na Lei n. 8.906/94, vem sucumbindo na jurisprudência ao confrontar com valores superiores, a exemplo do que ocorre com as cautelares em curso:

Em confronto estão o direito individual de vista dos autos de procedimento inquisitorial, de um lado e, de outro, o interesse público de manter o sigilo da investigação, ante a necessidade de preservar-se a segurança do Estado e da sociedade (art. 5º, XXXIII, da CF). Incidente o princípio da razoabilidade, o interesse de menor relevância (privado) cede em homenagem àquele que garante o interesse coletivo (público), consubstanciado este no direito estatal de perquirir sobre possíveis ilícitos de extremada repercussão social

¹⁵⁷Guilherme de Souza Nucci, *Código de Processo Penal Comentado*, p. 109.

(TRF-4ª Região, MS 2001.04.01.005057-0-PR, 7ª T., rel. Vladimir Passos de Freitas, 02.10.2001. v. u.).

Há fundamento para se restringir o acesso das partes ao inquérito nas hipóteses de medidas cautelares ainda em curso, que será utilizado na formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público para formulação da denúncia (que diretamente ou indiretamente poderá ser utilizado contra o réu). Nessa linha de pensamento, há setores da polícia que defendem haver idêntica razão para a ausência de ciência e, por conseguinte, de defesa, nas interceptações telefônicas cujos resultados não serão juntados no processo criminal.

O crime previsto no artigo da Lei n. 9.296/96 não visa apenas tutelar a intimidade dos investigados e de terceira pessoa cuja conversa, eventualmente, tenha sido captada, mas também visa proteger a efetividade da investigação, possuindo, pois, dupla objetividade jurídica.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIII, também põe a salvo o sigilo da investigação, que possibilita a ausência de defesa e ciência nos procedimentos de interceptação telefônica não utilizados como prova, desde que essencial à segurança da sociedade e do Estado, *verbis*:

Art. 5º. (...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos **informações** de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, **ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado** (grifado).

Sobre o referido inciso, UadiLammêgoBulos¹⁵⁸ ensina ter a norma, de conteúdo material, encartado o direito à informação:

Acreditamos que a lei ordinária não deve estabelecer limitações à amplitude desse direito, porque durante muito tempo no Brasil foi comum autoridades negarem informações e certidões, baseando-se em argumentos esdrúxulos e numa legislação afrontadora das liberdades públicas (...) De outra parte, deve-se notar a ressalva contida no próprio preceptivo, que considera a

¹⁵⁸UadiLammêgoBulos, *op. cit.*, p. 171.

hipótese excepcional de se manter o sigilo em nome da segurança da sociedade e do Estado.

A norma constitucional prevê dois direitos igualmente tuteláveis: o de informação, conferido ao cidadão em geral, e o direito de sigilo, atribuído ao Estado. Somente casuisticamente será possível determinar qual o interesse predominante. Contudo, eventuais erros históricos, a exemplo do período em que perdurou a ditadura militar no Brasil (1964-1984), não podem esvaziar disposições constitucionais postas a salvaguardar direitos às vezes até mais preponderantes que aqueles outrora reprimidos.

Cabe então precisar se o sigilo nas interceptações telefônicas é ou não imprescindível. Tendo em vista a patente desproporção entre o poderio ofensivo das organizações criminosas com atuação no tráfico de entorpecentes e os meios de investigação postos à disposição do Estado, limitados por questões financeiras, geográficas e legais, a resposta há de ser obrigatoriamente afirmativa.

Já o artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal, dispõe que a lei só poderá restringir a publicidade quando a defesa da intimidade ou o interesse social o permitirem. Como ensina Fernando Capez¹⁵⁹ os dispositivos constitucionais que tratam do princípio da publicidade constituem normas constitucionais de eficácia contida, que permitem que o legislador ordinário restrinja seu alcance, desde que o faça para defender a intimidade do acusado ou por exigência do interesse público.

O sigilo da espécie de investigação em tela resulta, também, do princípio da eficiência, previsto para toda a administração pública no artigo 37, *caput*, da Constituição, e renovado no artigo 144, § 7º, inserto no capítulo destinado à segurança pública. Sobre o assunto, ocupou-se UadiLammêgoBulos¹⁶⁰, *verbis*:

Eficiência, “voz” que adjetiva o princípio em análise, traduz a idéia de presteza, rendimento funcional, responsabilidade no cumprimento de deveres impostos a todo e qualquer agente público. Seu objetivo é claro: a obtenção de resultados positivos no exercício dos serviços públicos, satisfazendo as necessidades básicas dos administrados (...) Quando se diz

¹⁵⁹Fernando Capez, *op. cit.*, p. 112.

¹⁶⁰UadiLammêgoBulos, *op. cit.*, p. 583-585.

que a eficiência nutre relação com a proporcionalidade, é no sentido da busca de resultados, servindo de controle para certas medidas legislativas, de cunho burocrático e formalista, as quais acabam recaindo num legalismo estéril que percorre os diversos níveis da Administração Pública, sem trazer qualquer benefício a ela e aos administrados (...) Como norma constitucional, o princípio da eficiência desempenha força vinculante sobre toda a legislação ordinária. Por isso, serve de substrato para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo contrário à plenitude de seus efeitos.

Em síntese, o mandamento da eficiência se presta a atenuar o formalismo irracional, entrelaçando-se com o princípio da razoabilidade, no sentido de que funcionará para balizar as condutas dos agentes públicos, sem malferir a lei.

Mas, afinal, por que a defesa na interceptação telefônica poderia ferir o princípio da eficiência? Ora, como se sabe, a polícia não goza de elevada condição de trabalho e de vastos meios de investigação¹⁶¹, os quais devem ser utilizados em conjunto de modo a suprir as deficiências pertinentes a cada um. A interceptação telefônica, atualmente, é o carro chefe das grandes investigações, notadamente no tocante ao tráfico de drogas, em razão da sua penetrabilidade nas práticas criminosas. Com exceção da interceptação ambiental e, quiçá, em alguns casos, da infiltração, nenhum meio de investigação é capaz de revelar com a precisão da interceptação telefônica quando, como e por quem o crime será praticado.

A obrigatoriedade de dar ciência ao investigado do procedimento de interceptação telefônica em todos os casos, acabaria por difundir a técnica ao conhecimento público, principalmente no meio criminoso. Desse modo, abriria-se espaço para uma mudança radical do *modus operandi* dos traficantes, que passariam a se comunicar, por exemplo, apenas por telefones públicos de forma aleatória.

Neste último caso, tecnicamente, seria quase impossível qualquer investigação através de interceptação telefônica, não pelo número de pessoas que falaria ao telefone por dia, o que sem dúvida atrapalharia, mas pelo fato de que o traficante, provavelmente, utilizaria um telefone público diferente para cada contato.

¹⁶¹Cf. item 1.5.

Desse modo, com a difusão generalizada dos procedimentos de interceptação telefônica nos foros decorrente da utilização exagerada e desnecessária, abre-se mão de uma ferramenta poderosa de investigação dos crimes de tráfico, nos quais são necessários contatos para negociar compras e entregas de entorpecente, comumente entre pessoas residentes em Estados diferentes, pondo-se em cheque, conseqüentemente, a eficiência da investigação.

Importante ressaltar que a interceptação telefônica será utilizada exclusivamente na investigação policial até o momento em que se consiga colher todas as informações sobre os líderes e *modus operandi* de determinada associação criminosa, ocasião em que será conveniente utilizá-la como prova contra aqueles ainda não condenados. Não se defende, pois, a ausência absoluta de defesa na interceptação, mas, tão somente, que esta se dê em momento oportuno.

Afinal, a interferência do Ministério Público como defensor da ordem jurídica, segundo os ditames do artigo 127 da Constituição Federal, nos procedimentos de interceptação telefônica, arredaria qualquer possibilidade de abuso de direito em sede policial, somado ao controle realizado pelo próprio juiz autorizador da medida.

2.11 APARENTE CONFLITO DE NORMAS

É certo que, num primeiro momento, poder-se-ia confrontar a tese ora esposada com os princípios constitucionais da igualdade e do contraditório, dando-a por inconstitucional. A título de contra-argumentação, a posição oposta se valeria dos princípios da eficiência e do sigilo, necessários para manter a dignidade da pessoa humana através da segurança pública.

No entanto, a partir das definições doutrinárias trazidas abaixo, é possível afirmar que o aventado conflito de normas jurídicas é apenas aparente, por não haver ofensa a quaisquer princípios constitucionais. Senão vejamos.

O professor Nelson Nery Júnior¹⁶² conceitua o contraditório como “de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os **atos do processo** às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes regirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis”. (grifado)

Em seguida, o mestre ensina que não incide contraditório no inquérito policial, eis que este não é processo administrativo, mas simples procedimento inquisitório, onde não tem lugar a expressão “acusados em geral”, constante do texto constitucional (CF 5º, LV).

A definição clássica de Joaquim Canuto Mendes de Almeida¹⁶³ traz o contraditório como “ciência bilateral dos **atos e termos processuais** e possibilidade de contrariá-los”. Não discrepando dos doutrinadores anteriores, Scarance^{164 165} explica que “em face da garantia do contraditório no processo penal, onde deve ser efetivo, integral, não se admite que uma parte fique sem ciência dos atos da parte contrária e sem oportunidade de contraditá-los...”.(grifado)

O contraditório, sob a ótica da defesa, garante, pois, que seja possível contraditar os atos levados a efeito pela acusação, após ciência dos mesmos. A *ratio* do contraditório no processo penal consiste em evitar que o réu seja condenado por uma prova que não teve oportunidade de se defender.

Assim, embora a prova colhida na interceptação telefônica pudesse ser utilizada contra o réu, preso em flagrante, por uma questão de foco e estratégia, se o Estado acusador deixar de fazê-lo, onde estaria a ofensa ao contraditório? **Só há reação onde há ação**. Ressalte-se, também, ser a situação até mais favorável ao réu, eis que o Estado abre mão de uma prova contundente contra ele.

A garantia da igualdade no processo, emanada do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, encontra fundamento no devido processo legal, no

¹⁶²Nelson Nery Júnior, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p.137.

¹⁶³Apud Scarance, *op. cit.*, p. 52.

¹⁶⁴*Idem*, p. 57.

¹⁶⁵Cf. no mesmo sentido Aury Lopes Jr., *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 220.

contraditório e na ampla defesa e, nas palavras de Antônio Scarance Fernandes¹⁶⁶, exige, em primeiro lugar, o mesmo tratamento aos que se encontrem na mesma posição jurídica no processo; e, em segundo, a igualdade de armas no processo para as partes (*par conditio*), que assegura o equilíbrio de forças.

O mencionado doutrinador¹⁶⁷ discorre sobre a igualdade entre a acusação e defesa dizendo ser difícil estabelecer igualdade absoluta de condições jurídicas entre o indivíduo e o Estado na fase indiciária, pela desigualdade real que em momento tão crítico existe entre um e outra, provocada pelo próprio criminoso, *verbis*:

Desde que surge em sua mente a idéia do crime, estuda cauteloso um conjunto de precauções para subtrair-se à ação da Justiça e coloca o Poder Público em posição análoga à da vítima, a qual sofre o golpe de surpresa...

Ora, se no próprio inquérito policial, que será utilizado pelo Ministério Público para formulação da denúncia, o contraditório e a igualdade são mitigados, haja vista que o investigado pode agir de modo a perturbar o descobrimento da verdade, com mais razão nos procedimentos de interceptação que não serão utilizados como elemento de prova.

Luiz Flávio Gomes¹⁶⁸ ressalta a exigência do tratamento paritário na Convenção Americana dos Direitos Humanos como consectário de uma decisão justa, *verbis*:

No fundo, é a concessão de oportunidades iguais que permite o contraditório dialético, isto é, o desenvolvimento eqüitativo do processo, de tal modo a ensejar o nascimento de uma decisão "justa" (*fair trial*), que possa exprimir o escopo maior de se construir um Estado fundado no valor-meta da 'justiça' (CF, art. 3º, I).

De fato, ao não utilizar o que foi colhido na interceptação telefônica como prova, mas, tão somente, como meio de informação, o Estado abre mão, em parte,

¹⁶⁶Antônio Scarance Fernandes, *Op. cit.*, p. 47.

¹⁶⁷*Idem*, p. 51.

¹⁶⁸Luiz Flávio Gomes, *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*, p. 208.

do direito à prova, definido por Antônio Magalhães Gomes Filho¹⁶⁹ como o direito à investigação; o direito de proposição (indicação, requerimento) de provas; o direito à admissão das provas propostas; o direito à exclusão das provas inadmissíveis; o direito sobre o meio de prova; o direito sobre a avaliação da prova.

O princípio da eficiência, previsto para toda a administração pública (art. 37, *caput*), e renovado no capítulo destinado à segurança pública (art. 144, § 7º), é corolário do direito ao sigilo da investigação, fundado no artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição. Os referidos preceitos possibilitam a ausência de defesa e ciência nos procedimentos de interceptação telefônica não utilizados como prova, desde que seja essencial à segurança da sociedade e do Estado. A estas normas constitucionais deve ser dada a máxima efetividade, como ensina André Ramos Tavares¹⁷⁰:

A interpretação constitucional colhe a característica da necessidade de concretização da norma jurídica, maximizando-a, porém, justamente por se tratar de norma constitucional. J. J. Gomes Canotilho fala de um 'princípio da eficiência' ou da 'interpretação efectiva', cujo significado assim descreve: 'a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, ou, mais diretamente, 'não se pode empobrecer a Constituição.

Somente será possível que se conclua pelo conflito de normas a partir da tomada de diferentes perspectivas sobre a hipótese aventada. Assim, há que ser considerado que uma interceptação telefônica requerida para monitoramento de grupo de traficantes não visa somente apreender drogas, mas também identificar seus líderes, *modus operandi* e eventuais ramificações.

Evidentemente, no curso da investigação, algumas cargas de entorpecente serão apreendidas e pessoas serão presas. Aqui não se trata de encontro fortuito, até porque o fato era mais que previsível, era esperado. Assim, não se justifica que estas pessoas presas tenham ciência e acesso à interceptação por duas razões. A primeira, é que foram presas em flagrante, e das provas produzidas neste momento se defenderão, abrindo mão, o Estado, por uma questão de estratégia, de uma prova de acusação. A segunda razão consiste no fato de que

¹⁶⁹ *Apud* Scarance, *op. cit.*, p. 67.

¹⁷⁰ André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, p. 76.

tais pessoas nunca foram o objeto principal da interceptação, que como medida excepcional, se justifica para desmantelar organizações criminosas.

Em relação aos grandes traficantes se justifica a interceptação, porque dificilmente serão presos em flagrante, por evitarem qualquer contato físico com as drogas que comercializam. Quando se conseguir identificar estes e reunir um conjunto probatório de autoria e materialidade, a investigação chegará ao seu fim, devendo, então, a interceptação telefônica ser trazida ao processo e utilizada como elemento de prova.

Para resolução do “conflito de normas” deve-se recorrer ao princípio da proporcionalidade, definido por Jarbas Luiz dos Santos¹⁷¹ como “um sobreprincípio fornecedor de parâmetros para aferição da Justiça em todos e quaisquer atos do Poder Público, concebida a Justiça como fator axiológico fundante do Direito”. Eugênio Pacceli de Oliveira¹⁷², a título de exemplo, ensina que nem mesmo o direito à vida é absoluto:

Observaríamos, de início, que a Constituição da República garante também a inviolabilidade do direito à vida, conforme se vê no caput do art. 5º. Embora assim seja, não há quem duvide que aquele que subtrai a vida alheia em situação de legítima defesa não deve responder por qualquer tipo de sanção (...) A tutela de uma pluralidade de interesses somente pode ocorrer no plano abstrato, ou seja, no plano da lei. Quando a realidade demonstrar a possibilidade de eventuais conflitos entre valores igualmente protegidos na Constituição, somente um juízo de proporcionalidade na interpretação do direito é que poderá oferecer soluções plausíveis.

Em monografia sobre colisão de direitos, Edilsom Pereira de Farias¹⁷³ aponta os passos metodológicos para solucionar a colisão de direitos fundamentais:

Segundo Canotilho e Vital Moreira caberia, inicialmente, ao intérprete-aplicador determinar o Tatbestand (âmbito de proteção) dos direitos envolvidos, isto é, aquelas situações de fato protegidas pela norma constitucional, com o escopo de verificar a existência ou não de uma verdadeira colisão, porquanto essa primeira etapa poderia excluir desde logo a hipótese de colisão, sendo esta apenas aparente... Verificada, no

¹⁷¹ Jarbas Luiz dos Santos, *Princípio da Proporcionalidade – concepção grega de justiça como fundamento filosófico*, p. 74.

¹⁷² Eugênio Pacceli de Oliveira, *op. cit.*, p. 349.

¹⁷³ Edilsom Pereira de Farias, *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, p. 121.

entanto, a existência de uma autêntica colisão de direitos fundamentais cabe ao intérprete-aplicador realizar a ponderação dos bens envolvidos, visando resolver a colisão através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo...

Transmudando-se os critérios lançados para a hipótese em comento, de fato, a colisão é apenas aparente, não sendo necessário recorrer à segunda etapa. Como não houve ofensa aos princípios da igualdade e do contraditório e a Constituição Federal não resguardou o direito de traficar drogas, nem de ser informado **imediatamente** da investigação tomada contra si pelo Estado, não é necessário recorrer ao processo de ponderação.

Suzana de Toledo Barros¹⁷⁴, com apoio na doutrina alemã, salienta ser o princípio da proporcionalidade formado por três elementos ou sub-princípios, a saber: a) Princípio da adequação da medida adotada para alcançar o fim proposto. A medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida; b) Princípio da necessidade ou exigibilidade. A medida restritiva deve ser indispensável para a conservação de direito fundamental e não ser passível de substituição por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa. Todo meio necessário é também adequado, sem ser o inverso verdadeiro; c) Princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Busca indicar se o meio utilizado encontra-se em proporção com o fim perseguido, levando-se em consideração a idéia de equilíbrio entre valores e bens.

Resta, então, inquirir se a interceptação telefônica utilizada como meio de investigação encontra guarida nos retro-citados sub-princípios. Quanto à adequação, não há dúvida de que a interceptação telefônica é idônea a identificar grande parte dos membros de organização criminosa destinada ao tráfico. Os defeitos dos outros meios de investigação postos à disposição da polícia¹⁷⁵, somados às características do tráfico de entorpecentes levam à sua necessidade, sendo indispensável a manutenção da investigação em sigilo. Por fim, o terceiro sub-princípio, da

¹⁷⁴Suzana de Toledo Barros, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, p. 74.

¹⁷⁵Cf. item 1.5

proporcionalidade em sentido estrito, resta igualmente atendido, principalmente considerando toda a problemática causada pela espécie criminosa em tela.

Importante frisar que a tese ora esposada não deve ser entendida como adesão ao Direito Penal simbólico, marcado pelo autoritarismo repressivo e influenciado pelo sentimento de pânico coletivo, responsável por distorções no senso ético comum da população¹⁷⁶. Ao contrário, é fruto de estratégia de investigação, sendo indispensável para a conservação dos direitos da sociedade, sem que sejam atingidos os direitos dos investigados.

Caso houvesse alguma violação de direito, o que não é o caso, estaria plenamente justificada, por representar o tráfico de drogas ameaça aos valores constitucionais erigidos como metas pelo Estado Democrático de Direito¹⁷⁷.

Ressalte-se que a interceptação telefônica não utilizada como elemento de prova, pelo menos até determinado momento da investigação, deve ser vista com ressalvas. Assim, encontra guarida apenas nos casos de atuação de organizações criminosas, para se evitar os riscos da adoção do panoptismo, como regra, na cruzada contra o crime, como alerta Paulo José da Costa Júnior¹⁷⁸:

Por tudo isso e pela relevância do tema – proporcionalidade entre o direito à intimidade / privacidade e o interesse público – o assunto requer uma série de cautelas. Sem os devidos cuidados, o Estado investigador colonizará a nossa já tênue e devassada privacidade. Será um **panóptico institucionalizado!** Por isso, a necessária cautela. Afinal, estamos no Brasil, onde, na guerra contra o crime, quem (sempre) perde (mais) é a cidadania. Daí o acerto do jurista Maria Chiavario, para quem 'o processo ideal é o que combate o crime e resguarda o cidadão. (grifado)

Sob o ponto de vista da criminologia, ao se buscar identificar e prender as pessoas que ocupam o alto escalão no tráfico de drogas, evita-se a seletividade dos

¹⁷⁶Lênio Luiz Streck observa que há dados que mostram que 51,1% da população concordam com linchamentos; 77,6% concordam com blitz em favelas; 53,7% concordam com a eliminação sumária de marginais pela polícia; 43,8% concordam com os espancamentos e outros castigos aos presos; 75% são favoráveis ao aumento das penas, *op. cit.*, p. 29.

¹⁷⁷Lênio Luiz Streck, *op. cit.*, p. 71.

¹⁷⁸Paulo José da Costa Junior, *Direito de Estar Só*, p. 142.

excluídos socialmente, minimizando a função social do Direito Penal, explicada por Zaffaroni¹⁷⁹:

Para uns, por exemplo, o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social. Para outros, cumpre a função de sustentar a hegemonia de um setor social sobre o outro (...) Em síntese, o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica frente aos marginalizados ou aos próprios setores hegemônicos (contestadores e conformistas). A sustentação da estrutura do poder social através da via punitiva é fundamentalmente simbólica.

Outro argumento a favor da tese ora defendida reside na utilização da prova ilícita *pro societate*. Se esta vem sendo admitida, com mais razão a interceptação telefônica sem defesa (desde que não utilizada pela acusação e até certo momento da investigação), que é prova lícita e visa aos mesmos fins daquela, vale dizer, resguardar os valores essenciais da sociedade. Nesse sentido, lição de Fernando Capez¹⁸⁰:

Mais delicada é a questão da adoção do princípio da proporcionalidade *pro societate*. Aqui, não se cuida de um conflito entre o direito ao sigilo e o direito da acusação à prova. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos. Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, que seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente, não. Não seria possível invocar a justificativa do estado de necessidade? (...) A prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícita, por adoção do princípio da proporcionalidade, que deve ser empregada *pro reo* ou *pro societate*. Ressalvamos apenas a prática de tortura, que, por afrontar normas de direito natural, anteriores e superiores às próprias Constituições, jamais pode ser admitida, seja para que fim for. A tendência, entretanto, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, é a de aceitar somente *pro reo* a proporcionalidade.

¹⁷⁹Eugênio Raul Zaffaroni, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 77.

¹⁸⁰Fernando Capez, *Legislação Penal Especial v. 2*, p. 81.

O único ponto real de conflito que pode ser aventado pela questão da ausência de defesa na interceptação telefônica, desde que utilizada apenas como meio de informação para a polícia, reside no campo da moral. A atuação do Estado de esconder algumas cartas na manga para serem utilizadas no momento oportuno iria de encontro ao *fair play*?

Para Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸¹, a moralidade administrativa exige atuação ética de seus agentes, compreendendo no seu âmbito os princípios da lealdade e da boa-fé. Nesse diapasão, a administração deve proceder em relação aos administrados com sinceridade, sendo-lhe vedado qualquer comportamento astucioso, evitado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o **exercício de direitos por parte dos cidadãos**.

O direito desvestido de moralidade, embora possa ser eficaz, perde sua *ratio*, conforme aduz Tercio Sampaio Ferraz Jr.¹⁸²:

O direito, em suma, privado de moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia. Como, no entanto, é possível às vezes, ao homem e à sociedade, cujo sentido de justiça se perdeu, ainda assim sobreviver com o seu direito, este é um enigma, o enigma da vida humana, que nos desafia permanentemente e que leva muitos a um angustiante ceticismo e até a um despudorado cinismo.

Para que a medida não se torne imoral, é que deve ser restringida ao tráfico de entorpecentes praticado por organizações criminosas, devendo ser trazida ao processo no final das investigações, de modo a evitar o panoptismo descontrolado.

Ademais, devido à alta carga de subjetivismo, qualquer consideração acerca da moral deve ser deixada para o caso concreto, quando poderá ser revelado ser a medida proporcional e moral ou não, tomando-se por base o que e quem se pretende investigar.

¹⁸¹Celso Antônio Bandeira de Mello, *op. cit.*, p. 101.

¹⁸²Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 358.

A interpretação que se faz dos dispositivos constitucionais e legais aqui proposta, sem dúvida, é a que melhor atende aos anseios sociais, sem adoção do Direito Penal simbólico, como salienta João Batista Herhenhoff¹⁸³, apoiado em Marinoni:

A idéia de uma teoria apartada do ser levou ao mais lamentável erro que um saber pode conter (...) 'O pensar o direito, no entanto, tornou-se um pensar pelo próprio pensar. Um pensar distante da causa que levou ao cogito do direito (...) 'o pensar qualquer ramo do direito **deve ser o pensar o direito que serve para o homem.**(grifado)

Nesse diapasão, com vistas a supedanear a adoção da nova perspectiva ora lançada ou, pelo menos, ensejar sua discussão, cumpre trazer a lição de Dinamarco¹⁸⁴ sobre a necessidade de eliminar dogmas:

É preciso, no entanto, não **se ofuscar tanto com o brilho dos princípios nem ver na obcecada imposição de todos e cada um a chave mágica da justiça, ou o modo infalível de evitar injustiças.** Nem a segurança jurídica, supostamente propiciada de modo absoluto por eles, é um valor tão elevado que legitime um fechar de olhos aos reclamos por um processo rápido, ágil e relativamente capaz de eliminar conflitos, propiciando soluções válidas e invariavelmente úteis. A adoção dessa premissa metodológica manda, em primeiro lugar, que todos os princípios e garantias constitucionais sejam havidos como penhores da obtenção de resultados justos, sem receber um culto fetichista que desfigura o sistema (...) **Muitas vezes é preciso sacrificar a pureza de um princípio, como meio de oferecer tutela jurisdicional efetiva** (...) Obviamente, desfazer dogmas ou ler princípios por um prisma evolutivo não significa renunciar a estes...(grifado)

¹⁸³ João Batista Herhenhoff, *op. cit.*, p. 144.

¹⁸⁴ Cândido Rangel Dinamarco, *Nova era do processo civil*, p. 13.

CONCLUSÃO

A interceptação telefônica é o meio mais eficaz posto à disposição da polícia para as investigações sobre o narcotráfico, não só em razão das limitações dos outros meios existentes, mas também em decorrência da própria natureza desta espécie criminosa, que exige, em regra, comunicação telefônica entre os criminosos, muitas vezes residentes em estados e até países diferentes.

Deve ser evitada a popularização da interceptação telefônica, de modo a impedir uma mudança radical no *modus operandi* dos traficantes de drogas, o que prejudicaria sobremaneira as investigações policiais.

As primeiras prisões realizadas em decorrência das interceptações telefônicas, em regra, são de pessoas que ocupam posições inferiores na hierarquia das organizações criminosas, sendo seus postos rapidamente ocupados por outros. Nestes casos, por uma questão de estratégia, o Estado deve utilizar apenas a prova colhida por ocasião do flagrante. Desse modo, até que se consiga identificar os verdadeiros responsáveis pelo comércio da droga, não se deve dar notícia do procedimento tomado, sob pena de prejuízo para os fins da investigação.

A ausência de notícia da interceptação telefônica realizada, caso o traficante somente venha a ser acusado da prova colhida por ocasião do flagrante, não fere os princípios do contraditório e da igualdade, tendo em vista que aquela prova não será utilizada para embasar a acusação, o que acaba até por beneficiá-lo.

A postergação do conhecimento da interceptação telefônica visa colher o máximo de informações e provas sobre os principais componentes das organizações criminosas.

A utilização da interceptação telefônica como principal elemento de prova, em regra, não revela explicitamente e com objetividade os fatos investigados, haja vista que os diálogos interceptados são compostos de expressões que, em uso comum, têm significado totalmente diverso, e dão ensejo a questionamentos.

Os fundamentos jurídicos da ausência de defesa na interceptação telefônica têm como base os princípios do sigilo e da eficiência, previstos nos artigos 5º, inciso XXXIII, 37, caput e 144, § 7º, todos da Constituição Federal, e artigo 20 do Código de Processo Penal.

A interceptação telefônica deve ser trazida ao processo tão logo se consiga reunir o máximo possível de provas sobre determinada organização criminosa, principalmente no tocante a identificação de seus líderes, *modus operandi* e eventuais ramificações com outros grupos criminosos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ALMEIDA, Carlota Pizarro; VILALONGA, José Manuel. *Código de processo penal português*. 5. ed., Lisboa: Almedina, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

BULOS, UadiLammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Legislação penal especial: juizados especiais criminais, interceptação telefônica, crime organizado, tóxicos*. 4. ed., São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: a tutela penal do direito à intimidade*. 3. ed., São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL. *Manual de crime organizado*. Brasília: ANP, 2002.

DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL. *Manual de inteligência policial*. Brasília: ANP, 2002.

DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL. *Manual de polícia de prevenção e repressão a Entorpecentes*. v. 2, Brasília: ANP, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FARIAS, Edmilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1996.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coords.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Tóxicos: comentários, jurisprudência e prática à luz da Lei 10.409/02*. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2002.

HERKENHOFF, João Batista. *O direito processual e o resgate do humanismo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Thex, 2001.

LOPES JUNIOR, AURY. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. 1. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Nelson Vieira (coord.). *Insegurança pública: reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana*. Rio de Janeiro: Novalexandria, 2002.

RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico – uma guerra na guerra*. São Paulo: Desatino, 2003.

ROSA, Fellipe Augusto de Miranda. *Criminalidade e violência global*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Princípio da proporcionalidade – concepção grega de justiça como fundamento filosófico*. 1. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SANTOS, Nivaldo dos. *Monografia Jurídica*. Goiânia: AB Editora, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Percival de. *Narcoditadura*. São Paulo: Labortexto, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *A Interceptação telefônica e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZEIDAN, Rogério. *Ius puniendi, Estado e direitos fundamentais: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

ZIEGLER, Jean. *Senhores do crime: as novas máfias contra a democracia*. São Paulo: Record, 2003.