

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

Natalia Thomaz Almeida de Oliveira Rangel

**DA LEGALIDADE NO USO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NOS
PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DOS
TRIBUNAIS SUPERIORES**

**RIO DE JANEIRO
2016.2**

Natalia Thomaz Almeida de Oliveira Rangel

DA LEGALIDADE NO USO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NOS
PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DOS
TRIBUNAIS SUPERIORES

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro, como
requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito, sob orientação
da Prof. Dra. Patricia Regina Pinheiro
Sampaio.

RIO DE JANEIRO
2016.2

DA LEGALIDADE NO USO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NOS
PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DOS
TRIBUNAIS SUPERIORES

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro, como requisito
parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito, sob orientação da
Prof. Dra. Patricia Regina Pinheiro
Sampaio.

Data da Aprovação: ____ / ____ / 2016.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2016

RESUMO

O presente trabalho analisa o instituto da interceptação telefônica no direito brasileiro, tema este de grande controvérsia jurídica. Para isso, é feito de plano um exame histórico do presente instituto, analisando-se as principais mudanças ocorridas com o mesmo ao longo do tempo. Destarte, ao estudar o instituto em apreço busca-se elucidar algumas questões, dentre elas a mais importante acerca da legalidade no uso da interceptação telefônica nos processos administrativos, tendo como fulcro o entendimento doutrinário acerca do tema, bem como a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, STJ e STF. Nesse sentido o presente trabalho busca ainda analisar o regime legal das interceptações telefônicas, assim como as principais características desse importante instituto e sua intrínseca ligação com os princípios da legalidade e da intimidade garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil. Estuda-se ainda as diferenças entre os processos administrativo saneador e penal e também a possibilidade e juridicidade da utilização da interceptação telefônica como prova emprestada.

PALAVRAS CHAVE: Segurança pública, Direito penal, Direito a privacidade, interceptação Telefônica. Prova emprestada. Processo penal e administrativo.

ABSTRACT

This paper analyzes the institute of telephone interception in Brazilian law, which is subject of great legal controversy. For this purpose it is firstly necessary to perform a historical study about the present institute, analyzing the major questions over time. This seeks to clarify some issues, among them the most important on the legality in the use of telephone interception in administrative proceedings, with the core understanding of legal doctrine about the subject, as well the jurisprudence of Brazilian higher courts, STJ and STF. In this sense the present work also seeks to analyze the legislation of telephone interception, the main particularities of this important institute and its intrinsic connection with the principles of legality and intimacy guaranteed by the Constitution the Federative Republic of Brazil. It also studies the differences between administrative and criminal proceedings and the possibility and legality of whether proof obtained in criminal lawsuits can be used to produce evidence for conviction in administrative proceedings.

KEYWORDS: Public Safety, Criminal Law, privacy, Telephone interception. Borrowed evidence. Criminal and administrative proceedings.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO DIREITO BRASILEIRO.....	8
1.1 Análise histórica	11
1.2 O regime legal das interceptações telefônicas- Lei n° 9.296 de 1996	16
1.2.1 Requisitos para a interceptação telefônica.....	27
1.3 O regime geral das interceptações telefônicas à luz da constituição federal: relação com o direito à intimidade.....	30
1.4 Das diferenças entre o processo penal e o processo administrativo sancionador.....	38
1.4.1 Da possibilidade de uso de prova emprestada do processo penal em processos administrativos	42
2 DA JURIDICIDADE DO USO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO PROVA EMPRESTADA NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS.....	49
2.1 Análise doutrinária.....	53
2.2 Entendimento do supremo tribunal federal – STF	58
2.3 Entendimento do superior tribunal de justiça- STJ.....	63
CONSIDERAÇÕES FINAIS	74
REFERÊNCIAS	77

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar o entendimento dos tribunais superiores em relação à legalidade do uso da interceptação telefônica como meio de prova em processos administrativos.

Esse instituto encontra amparo no art. 5º, XII da Constituição Federal, tendo sido regulamentado somente após o advento da lei 9.296/96, que será cuidadosamente analisada no decorrer deste trabalho monográfico.

Cabe ressaltar que é dada proteção constitucional ao sigilo das comunicações, fato que nos leva a questionar a legalidade/ constitucionalidade do uso da mesma, como meio de prova, na esfera administrativa, já que esse tipo de prova normalmente é feito em processos penais, muitas vezes sigilosos.

Para isso, pretende-se fazer uma profunda pesquisa, com foco nas decisões dos tribunais superiores (STF e STJ), bem como no entendimento doutrinário acerca deste tema, a fim de que se possa determinar a constitucionalidade do uso desse tipo de prova fora da esfera penal.

Tem-se como objetivo geral refletir acerca da legalidade do uso da interceptação telefônica como prova emprestada, em processos administrativos fazendo, para tanto, uma análise profunda das decisões proferidas tanto no STF quanto no STJ, a fim de verificar qual é a jurisprudência dos tribunais superiores a respeito desta matéria e, ao final, avaliar a mesma à luz do entendimento doutrinário majoritário.

Partindo-se para os objetivos específicos, pretende-se com o presente trabalho iniciar uma reflexão sobre uma potencial ilegalidade no uso de interceptação telefônica pedida nos autos de um processo penal, em um processo administrativo.

Para tanto, primeiramente far-se-á uma análise, à luz da Constituição Federal, a fim de determinar se o uso desse tipo de prova, na esfera administrativa, constituiria algum tipo de violação ao princípio da legalidade, bem como ao direito à intimidade e sigilo das comunicações, cláusulas pétreas previstas no art. 5º, XII CF, ou apenas uma mitigação destes princípios.

Além disso, planeja-se fazer uma análise detalhada da lei 9296/96, inclusive se a mesma está de acordo com a Constituição e com os princípios que a regem. Ato contínuo será feita uma análise histórica da referida legislação determinando as possíveis alterações ocorridas ao longo do tempo.

Outrossim, após essas considerações iniciais pretende-se fazer uma análise doutrinária acerca legalidade ou não no uso de interceptações telefônicas produzidas em sede de processo penal em processos administrativos, com a finalidade de determinar qual seria o posicionamento majoritário em relação ao tema.

Após, faremos também um estudo minucioso com base nos julgados do STF e STJ sobre o tema em análise, a fim de determinar se existe alguma jurisprudência consolidada e, caso a resposta seja afirmativa, se esses tribunais entendem pela legalidade ou não do uso da interceptação telefônica em processos administrativos, a título de prova emprestada.

Por fim, após determinar o entendimento desses tribunais, pretende-se fazer um comparativo em relação à doutrina majoritária a fim de se determinar se ambos divergem ou seguem o mesmo entendimento.

No que tange à metodologia, o presente estudo terá como base o estudo empírico que consistirá na reunião de dados referentes às decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da interceptação telefônica em processos administrativos, seguido da análise desses dados à luz da bibliografia inicialmente investigada sobre o tema para que, ao final, possa se determinar o entendimento desses Tribunais a respeito da legalidade do uso desse instrumento como prova emprestada na esfera administrativa.

1 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO DIREITO BRASILEIRO

De acordo com o artigo 153, § 9º, da Constituição Federal de 1969 não havia exceções à inviolabilidade das comunicações telefônicas. Contudo, havia uma excepcionalidade prevista no artigo 57, inciso X, alínea “e”, do Código Brasileiro de Telecomunicações, que aceitava a interceptação telefônica para utilização em processo penal. Desse modo, existia uma colisão entre a lei ordinária e a norma constitucional.

Com a vigência da Constituição Federal de 1988, essa aparente contradição foi, finalmente, sanada. O art. 5º, inciso XII, determinou, em seu escopo, que o sigilo das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, poderia ser violado por ordem judicial, na forma estabelecida por legislação infraconstitucional específica, para fins de processos e investigações criminais.

Portanto, tratava-se de uma norma com aplicabilidade imediata e eficácia contida, já que, apesar de mencionar a necessidade de regulação infraconstitucional, o direito nela conferido, no caso a inviolabilidade do sigilo das correspondências e comunicações telegráficas, não dependeria desta regulação para ser efetivado, ficando apenas as restrições ao exercício deste direito dependentes de legislação infraconstitucional para serem concretizadas. Nas palavras de José Afonso Silva:

“Por outro lado, o critério da legislação futura é falho, porque há normas constitucionais de eficácia direta e aplicabilidade imediata que também, mencionam uma legislação futura, como ilustram algumas normas que ortogam direitos e garantias constitucionais. (...) Em casos como esse o direito conferido não fica na dependência da lei futura; as restrições ao exercício desse direito é que dependem de legislação. Esta, em consequência, servirá para limitar a expansão da eficácia normativa, pelo que se poderá admitir, como já admitimos, a classe das normas de eficácia contida, isto é, normas cuja a eficácia é contida em certos limites pelo legislador ordinário ou por outro sistema (...)”¹

Com a promulgação da Lei nº 9.296/96 regulamentou-se o artigo constitucional supramencionado com a condição de que a interceptação telefônica fosse devidamente autorizada por juiz competente em duas situações: para o processo penal e para a investigação criminal.

¹ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. **Malheiros Editores** 3 ed. 1999. pg 84/85.

A interceptação telefônica acontece no exato momento em que existe transgressão ao sigilo da comunicação, efetuada por um terceiro e sem que aconteça a ciência de qualquer dos comunicadores. Por outro lado, a escuta telefônica acontece quando a transgressão de comunicação, embora realizada por um terceiro, tem a ciência de um dos comunicadores. Por fim, a gravação telefônica acontece quando a violação é efetuada por um dos comunicadores, mas sem a ciência do outro. Desse modo, verifica-se que nas duas primeiras modalidades de violação à comunicação existem três personagens, ao passo que a última existe somente dois².

Outrossim, no que tange à escuta, à interceptação e à gravação ambiental, estas modalidades possuem, de um modo geral, as mesmas conceituações já delineadas, com a característica, no entanto, de se relacionarem à conversa pessoal.

Por conseguinte, a gravação ambiental acontece no momento em que um dos comunicadores capta a conversa telefônica.

Essas diferenças conceituais constituem os tipos de violações legais, sendo que cada um possui um tratamento jurídico distinto. Assim, essa discrepância é muito relevante, uma vez que o artigo 10 da Lei nº 9.296/96 prevê a interceptação telefônica sem a autorização judicial como sendo um crime.

O conceito de “interceptação telefônica” está vinculado a um tipo penal, necessitando a sua conceituação ser determinada para que se possa proporcionar a exata aplicação ao mencionado crime, de forma que o entendimento mais abrangente ou mais restrito daquela conceituação demandará adequada ampliação ou restrição do tipo penal³.

De qualquer forma, a escuta, a gravação e a interceptação são formas de violação que alcançam o direito à intimidade, embora a violação delas não ocorra de forma equânime, não acontecendo concomitantemente.

Assim, esse direito à intimidade possui tutela em duas ocasiões distintas, ou seja, primeiramente, como uma ação direcionada a impedir que a intimidade seja violada por meio de grampos telefônicos, por exemplo. Após, a reação volta-se contra a exposição inapropriada da intimidade buscada de forma legítima. No primeiro, então, a tutela direciona-se a terceiros. No segundo, direciona-se a proteção ao destinatário do fato íntimo.

² JESUS, Damásio. E. de. Interceptação de Comunicações Telefônicas: Notas à Lei 9.296, de 24/07/1996. **Revista dos Tribunais** nº 735. São Paulo. 1997. p. 460.

³ Nesse mesmo entendimento: GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.180.

Contudo, na hipótese de se efetuar a divulgação de um fato íntimo, importante destacar que a norma elimina a ilicitude da conduta quando existe o elemento “justa causa” para publicização do fato íntimo, consoante disposto no artigo 153 do Código Penal⁴.

Por abranger a captação realizada por um terceiro, sem que haja ciência dos interlocutores, a interceptação colide com o momento inicial do direito à intimidade. Outrossim, a gravação, que consiste na captação por somente um dos interlocutores, e a escuta, que compreende a captação com a autorização de um dos interlocutores.

Por isso, a interceptação apenas pode acontecer com a devida autorização judicial, que não é precisa na hipótese em que existir justa causa para a gravação telefônica e a escuta. Mesmo porque a interceptação, ainda que não ocorra divulgação do que foi captado, é crime caso seja efetuada sem a devida autorização judicial, conforme artigo 10 da Lei nº 9.296/96. Mas, quando não existir exposição do que foi captado ou quando existir justa causa para a publicidade, a gravação e a escuta não se configuram em crimes, independentemente de autorização judicial, a teor do que dispõe o artigo 151, § 1º, inciso II, do Código Penal.⁵

No Brasil, essa questão ainda é muito controversa, havendo distinção doutrinária e jurisprudencial. Acerca da utilização da gravação clandestina, há quem defenda como Vicente Greco Filho, que existe o sigilo diante de terceiros, e não dos próprios interlocutores, os quais têm a possibilidade de expor a conversa com a condição de que exista uma justa causa, podendo, assim, essa gravação ser utilizada como instrumento probatório em um processo. Nesse sentido, afirma o doutrinador supracitado que:

“(…) Em nosso entender, aliás, ambas as situações (gravação clandestina ou ambiental e interceptação consentida por um dos interlocutores) são irregulamentáveis porque fora do âmbito do inciso XII do art. 5º da Constituição e sua licitude, bem como a da prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou a interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal).⁶”

⁴ Artigo 153 do Código Penal: “Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de 1(um) a 6 (seis) meses, ou multa”.

⁵Artigo 151 §1º, II CP: “Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: (...) § 1º - Na mesma pena incorre: (...)II - quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas;

⁶GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. Editora Saraiva: São Paulo, 1996.p.66.

Por outro lado, há doutrinadores que apenas aceitam esse modelo de prova se for usada pela defesa, sendo, no entanto, considerada como ilícita se utilizada pela acusação. Nessa linha, afirma Ada Pellegrini Grinover que:

“(…) No entanto, a doutrina não tem considerado ilícita a gravação subreptícia de conversa própria, quando se trate, por exemplo, de comprovar a prática de extorsão, equiparando-se, nesse caso, a situação à de quem age em estado de legítima defesa, o que exclui a antijuridicidade. Parece, entretanto, que também nesse caso a prova só será admissível para comprovar a inocência do extorquido, não deixando de configurar prova ilícita quanto ao sujeito ativo da tentativa de extorsão⁷.”

Essa discrepância em relação à possibilidade de utilização da gravação clandestina também acontece no Supremo Tribunal Federal, que, em sua maioria, não tem aceitado como meio de prova válido pela acusação dentro de um processo.

1.1 ANÁLISE HISTÓRICA

O inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal foi regulamentado pela Lei nº 9.296/96, prevendo a interceptação de comunicação telefônica como meio probatório em processo e em investigação criminais.

Anteriormente à atual norma constitucional, o sigilo das telecomunicações era garantido pela Constituição Federal de 1967, em seu ato 150, §9º de maneira aparentemente absoluta, excetuando-se as hipóteses de estado de sítio e de estado ou medidas de emergência, situações estas previstas pelos arts. 156, § 2º, 158, §1º, e 155. Contudo, nesse mesmo tempo, vigorava o artigo 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, que excepcionava as hipóteses de utilização desse instrumento como meio de prova.

Havia entendimento de que eram compatíveis a tutela constitucional e a vigência do artigo 57 do CBT, levando-se em consideração que nenhuma previsão constitucional delimita um direito absoluto, necessitando, assim, se ajustar ao sistema.⁸ Por outro lado, parte da doutrina tinha o entendimento de que o artigo supracitado de fato não admitia qualquer tipo de exceção infraconstitucional que acabasse por mitigar esse princípio.

⁷GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal - as interceptações telefônicas**. Editora Saraiva: São Paulo, 1996.p.66.

⁸CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Lei 9.296/96 : interceptação telefônica**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.47, out. 1996. p.3.

De acordo com Greco Filho, essa compreensão da lei era debatida em virtude da Constituição que então era vigente, uma vez que a norma constitucional assegurava o sigilo das telecomunicações sem que houvesse qualquer exceção, não havendo constitucionalidade na requisição judicial⁹.

Buscando acabar com a polêmica doutrinal criada na vigência da Constituição anterior, a atual Constituição Federal, ao prever o princípio da inviolabilidade das telecomunicações, não o fez de maneira absoluta, estabelecendo expressamente, em seu artigo 5º, inciso XII, a possibilidade de quebra do sigilo telefônico caso a mesma seja requisitada por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, prevendo também a necessidade de criação de uma lei infraconstitucional específica para a efetivação da exceção mencionada.

A Constituição Federal de 1988 implementou uma polêmica nova com relação à recepção ou não do artigo 57 do Código Brasileiro de Telecomunicação e, especialmente, quanto ao questionamento da imprescindibilidade ou não de norma específica para regulamentar a matéria.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal acabou declarando que não poderia haver pronunciamento judicial a favor da quebra de sigilo telefônico antes de ser promulgada uma norma específica que regulamentasse a matéria, considerando-se, assim, ilícitas as interceptações conseguidas em contradição a esse entendimento¹⁰. Tal decisão foi, posteriormente, anulada por um novo entendimento em 16.12.93¹¹.

O enfoque do debate do STF foi, no entanto, a aceitação ou não da chamada prova ilícita por derivação, que corresponde ao que a doutrina norte-americana chama de “fruits of the poisonous tree”, chamada no Brasil de “frutos da árvore envenenada”, o que passou a ser utilizado nas hipóteses em que existia a obtenção de prova ilícita.

De acordo com o Ministro Sepúlveda Pertence, a doutrina dos “frutos da árvore envenenada” constitui-se na “única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita”, o que foi acolhido por outros Ministros, tais como Marco Aurélio, o qual afirmou que:

⁹GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p.6.

¹⁰STF, HC n. 69.912-0 RS, Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, maioria (10x1), decisão de 30.6.93.

¹¹GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Regime Brasileiro das Interceptações telefônicas**. Revista do Conselho da Justiça Federal, n.º 03, endereço eletrônico <www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo16.htm> Acesso em: 30 set. 2016.

“(…) de grande importância, diz respeito à valia, à envergadura do que levantado mediante a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, no que se chegou ao provimento judicial condenatório. Evidentemente não basta que se tenha o título condenatório como alicerçado, também em outras provas. É preciso que se chegue à conclusão de que o exposto mediante a escuta clandestina não teve repercussão no convencimento do Estado-Juiz (…).”

Em razão do entendimento jurisprudencial e doutrinário que não aceitava a escuta telefônica sem norma que a disciplinasse, mesmo com diferentes projetos tramitados no Congresso Nacional, foi enviado pelo Presidente da República o Projeto de Lei nº 04/96, através do qual, na Exposição de Motivos, estava referenciado que a interceptação telefônica é necessária à investigação de determinados crimes que vêm ocorrendo dentro das grandes cidades, necessitando-se, assim, de uma lei ordinária que regulamentasse esse instituto, possibilitando assim que o mesmo pudesse ser usado pela polícia e pelo judiciário criminal.

Desse modo, apenas com a promulgação da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que advém do Projeto acima citado, é que o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal passou a ser regulamentado e, conseqüentemente, a norma citada passou a ter eficácia plena, permitindo que as interceptações telefônicas, respeitados os requisitos constitucionais e infralegais, pudessem, finalmente, ser usadas como prova.

Nesse contexto, menciona Raimundo Amorim de Castro que:

“A Corte Suprema brasileira, na sua função institucional de guardiã da Constituição, posicionou-se no sentido garantista e cumpridora da vontade do legislador constituinte, assim mesmo, procurou avançar, buscou dar plausibilidade aos casos concretos. Após sete anos de controvérsias, em julho de 1996, entrou em vigor a Lei 9.296/96, onde regulamentou as restrições à intimidade, imposta pelo legislador constituinte, constante no art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal¹².”

Essa norma regulamentadora, contudo, ainda origina muitos questionamentos, sendo que alguns já foram resolvidos por decisões de Tribunais Superiores e outros ainda nem apreciados.

É fundamental, de acordo com Greco Filho, “fazer uma distinção que nem sempre se apresenta, quer em julgamento, quer em textos doutrinários, qual seja, a diferença entre a gravação feita por um dos interlocutores da conversação telefônica, ou com autorização deste,

¹²CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o Sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2009.p.125/126.

e a interceptação”¹³, pois é isso que irá configurar o tipo penal previsto no artigo 10, caso seja efetuada à margem dos casos legais.

A gravação realizada por um dos interlocutores, sem que o outro tenha ciência, denominada de gravação clandestina ou gravação ambiental, não constitui interceptação e não está regulamentada pela lei, não existindo, portanto, tipo penal que a torne um crime. Isso em razão de serem os seus titulares o destinatário e o remetente, não havendo um terceiro entre eles, estando autorizados se existir justa causa para a publicização.

A sua utilização como prova, no entanto, está sujeita à averiguação, em cada situação, se foi alcançada ou não, com transgressão da intimidade relativa ao outro interlocutor e se existe justa causa para a gravação.

Na hipótese de levar em consideração que o alcance foi ilícito, não poderá a gravação ser usada como prova, tendo em vista que, conforme previsto no art. 5º, LVI da Constituição Federal, não são admitidas provas alcançadas por meios ilícitos dentro do processo.

Assim, o questionamento que envolve a gravação unilateralmente efetuada enquadra-se no mesmo panorama da escuta à distância, da fotografia e de outros meios, não tendo qualquer ligação com a interceptação telefônica. A norma não especifica a interceptação efetuada por terceiro, mas com a ciência de um dos interlocutores, então denominada de escuta telefônica.

Ainda sobre o assunto, nas palavras de Renato Maciel de Sá Jr:

"A problemática da gravação unilateralmente realizada se insere no mesmo contexto da fotografia ou vídeo gravação oculta, da escuta a distância etc. e não tem a ver com interceptação telefônica.

(...) Em nosso entender, aliás, ambas as situações (gravação clandestina ou ambiental e interceptação consentida por um dos interlocutores) são irregulamentáveis porque fora do âmbito do inciso XII do art. 5º da Constituição e sua licitude, bem como a da prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou a interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal).”¹⁴

Conforme Greco Filho, efetua-se a aplicação da norma legal comentada, ou seja, autorização judicial apenas se existir suspeita de realização de crime, à quebra de sigilo das

¹³GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica. Considerações sobre a lei n.º 9296 de 24 de julho de 1996**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005. p.5.

¹⁴ Interceptação Telefônica, pp. 04/06. Em posição mais ampla admitindo o uso do gravação clandestina: Renato Maciel de Sá Jr., "A Prova Fonográfica", in Revista dos Tribunais nº 574/302-313.

telecomunicações, ainda que não se refira à interceptação em sua literalidade, com relação aos registros acerca das comunicações havidas nas empresas de telefonia¹⁵.

Além disso, os titulares, com relação às telecomunicações, do sigilo são os próprios interlocutores, estando estes assegurados pela tutela constitucional, e não o proprietário do direito de utilização da linha telefônica. Assim, o titular do direito de uso não pode gravar, ouvir ou interceptar conversas realizadas entre terceiros, exceto se ministrada a interceptação de acordo com a lei, contendo a devida autorização judicial, e exceto se, em razão de norma de direito empresarial, não exista sigilo das telecomunicações da companhia da ciência daquele que fala.

Por conseguinte, conceitua-se a interceptação telefônica como sendo a obtenção de comunicação, realizada por terceira pessoa, entre dois ou mais interlocutores sem que estes tenham ciência do ocorrido.

Não se mistura a interceptação telefônica, entretanto, com a escuta telefônica, que consiste na mesma obtenção realizada por terceiro da comunicação entre dois ou mais interlocutores, mas com a ciência de um ou de alguns deles. Isso não evita que um indivíduo que não faça parte da conversa, através da telecomunicação, possa interceptá-la para fins ilegais.

Desse modo, na hipótese de existir interceptação da comunicação por indivíduo não participante da conversa, e sem a ciência dos demais, existirá interceptação telefônica. Contudo, existindo ciência de algum participante da conversa, existirá escuta telefônica.

Outrossim, conforme as acepções acima, pode-se compreender que a escuta ambiental (efetuada de forma clandestina em um local por um dos interlocutores) não está prevista na Lei nº 9.296/96, assim como a gravação clandestina, que é efetuada por um dos interlocutores presentes na conversação.

Entretanto, mesmo não estando disciplinadas na referida norma, podem estar abrangidas pelo inciso X do artigo 5º em contraposição ao inciso LVI do mesmo artigo, ambos da Constituição Federal.¹⁴

¹⁵GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica. Considerações sobre a lei n.º 9296 de 24 de julho de 1996**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁴ Artigo 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” Artigo 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

1.2 O REGIME LEGAL DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS- LEI N° 9.296 DE 1996

A interceptação telefônica não é temática da configuração jurídica brasileira, de pesquisa específica. Tal fato se deve em função de as Constituições existentes anteriormente à de 1988 apreciavam a não violação do sigilo de correspondências, e das tecnologias telégrafos e telefonia.

Ocorre que a Constituição de 1988, assim como as anteriores, continuou a manter essa proibição de violação, porém tratou de forma excepcional a comunicação telefônica, desde que tais interceptações se dessem “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Nesse contexto foram desenvolvidos diversos estudos acerca das interceptações telefônicas, dentre os quais podemos destacar os desenvolvidos e coordenados pela Prof. Ada Pellegrini Grinover, uma das responsáveis por elaborar anteprojetos que deram origem à Lei nº 9.296/96.¹⁶ Apesar de ter havido várias alterações, o texto final tem sido alvo de críticas por parte de diversos doutrinadores da área (inclusive da própria Ada Pellegrini), em razão de diferentes fatores, dos quais podemos citar: a falta de critério de proporcionalidade entre a natureza da medida e os crimes que a comportam; a ausência de regulamentação sobre a interceptação de outras formas de comunicação; e o pouco rigor no que diz respeito à exigência de fundamentação do pedido a ser formulado às autoridades judiciárias.¹⁷

Além disso, é importante destacar que, apesar das interceptações serem consideradas como um meio de prova excepcional e que por isso, só poderiam ser utilizadas em último caso, atualmente vem ocorrendo diversos exageros no seu uso sendo, inclusive, bastante comuns relatos de interceptações ilegais, seja por não atenderem às hipóteses e à forma prevista na Lei nº 9.296/96, seja pela falta de autorização judicial. Igualmente, cabe mencionar que conversas sigilosas gravadas por interceptação não raramente são publicadas em veículos de grande circulação.¹⁸

A Lei 9.296/96 trata, basicamente, da interceptação de comunicação telefônica e telemática, englobando ainda, segundo o entendimento de alguns doutrinadores, a transmissão

¹⁶CRISTO, Alessandro. Entrevista com Ada Pellegrini Revista **Consultor Jurídico**, 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/abuso-grampos-mostra-mediocridade-autora-lei-interceptacoes>. último acesso em: 26 de outubro de 2016.

¹⁷QUITO, Karina. Interceptações telefônicas: nova lei, velhos problemas. **Ibccrim**, boletim 176, 2007. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3447-Interceptacoes-telefonicas-nova-lei-velhos-problemas. último acesso em: 28 de outubro de 2016.

¹⁸idem

de dados. Damásio de Jesus aceita ser constitucional este entendimento, pois quando a Constituição faz referência à comunicação telefônica, passa a abranger qualquer maneira de comunicação que utilize a via telefônica como meio, ainda que exista transmissão de dados¹⁹.

Segundo Alexandre Moraes²⁰, em relação à comunicação através de carta e telegráficas, visto que não há liberdade individual plena, faz-se viável a interceptação de tais meios de comunicação, desde que sejam levadas em conta as exigências constitucionais e legais, e sempre que tais meios forem usados para acobertar ilícitos penais. Nesse sentido, existe decisão do STF (HC 70.814-5) reconhecendo a interceptação pela administração penitenciária, com fundamento estabelecido em motivos de ordem pública (v. art. 41, § único LEP).

Críticas frequentes têm sido realizadas em relação aos exageros feitos a partir do decreto de interceptações telefônicas, as quais têm sido usadas sem que haja, no mínimo, instauração de procedimento inquisitorial, ou seja, primeiro se invade a privacidade do indivíduo e posteriormente iniciam-se as investigações.²¹

A interceptação de comunicações telefônicas, telemática e de transmissão de dados é muito usada atualmente pelas polícias judiciárias. Tal prática deveria ser usada de maneira excepcional, porém, com a escassez de recursos de pessoas e de material, tem se tornando corriqueira. O que tinha o dever de ser tratado como medida extrema e excepcional se tornou banal em função da atuação da polícia e do Ministério Público, a partir do instante em que preenchem as determinações legais.²²

A interceptação telefônica ocorre no momento em que a autoridade policial, com a devida autorização legal, intercepta um telefonema, e registra uma cópia do telefonema efetuado ou a direciona para um órgão de segurança pública para que a faça. Ou seja, é a interferência e o registro da comunicação, em função de uma ordem judicial prévia por um terceiro indivíduo, além dos interlocutores. Conforme consta no artigo 1º da Lei 9.296, *in verbis*:

“Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal,

¹⁹ JESUS, Damásio E. de. Interceptação de comunicações telefônicas: notas à Lei n. 9.296/96. RT, 735/458.

²⁰ MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.p.52

²¹ TASSARA JÚNIOR, Waldemar Antonio. Interceptação telefônica a luz do ordenamento jurídico brasileiro após o advento da Lei 9296/96. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 73, fev 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7129>. Último acesso em: 27 out 2016.

²² idem

observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

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

A realidade presente hoje é que houve uma banalização das interceptações telefônicas, quando esta ferramenta deveria ser usada somente em casos extremos, em casos em que não houvesse outra maneira de averiguação sem o uso da mesma.²³

Na maior parte dos casos, a polícia antes de efetivar qualquer diligência solicita a quebra do sigilo telefônico, muitas vezes não tendo um embasamento bem fundamentado e mesmo assim seu pedido é atendido pelo Ministério Público e deferido pela autoridade de direito.²⁴

A partir desse momento, em muito dos casos, vão ocorrendo renovações da interceptação por longos períodos, para que somente depois haja instauração de um processo que poderá originar buscas, apreensões e prisões dos que inicialmente eram meros investigados.

Em relação à captação ambiental feita por aparelhagem policial, é importante destacar que a mesma só será considerada lícita quando envolver organizações criminosas, e sempre havendo necessidade de ordem judicial prévia. Além disso, cabe dizer que esta é muito usada para operações da inteligência policial, de acordo com o art. 2º da Lei 9.034/95, *in verbis*:

“Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em Lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

IV - a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;”

Podemos observar também o informativo 529 do STF que diz:

“Info 529 STF Escuta Ambiental e Exploração de Local: Escritório de Advogado e Período Noturno – 4 - Prosseguindo, rejeitou-se a preliminar de ilicitude da prova de escuta ambiental, por ausência de procedimento previsto em lei. Sustentava a defesa que a Lei 9.034/95 não teria traçado normas procedimentais para a execução da escuta ambiental, razão pela qual a medida não poderia ser adotada no curso das investigações. **Entendeu-se não proceder a alegação, tendo vista que a Lei 10.217/2001 deu nova redação aos artigos 1º e 2º da Lei 9.034/95, definindo e regulando meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos**

²³ORTEGA, Flávia Teixeira. Apostila- Interceptação Telefônica. In: **Jusbrasil**. 2016. Disponível em: <<http://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/334967723/apostila-interceptacao-telefonica>> Último acesso em: 27 out 2016.

²⁴idem

decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. Salientou-se o disposto nesse art. 2º, na redação dada pela Lei 10.217/2001 (“Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: ... IV - a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;”), e concluiu-se pela licitude da escuta realizada, já que para obtenção de dados por meio dessas formas excepcionais seria apenas necessária circunstanciada autorização judicial, o que se dera no caso.(grifo nosso) Asseverou-se, ademais, que a escuta ambiental não se sujeita, por motivos óbvios, aos mesmos limites de busca domiciliar, sob pena de frustração da medida, e que, não havendo disposição legal que imponha disciplina diversa, basta a sua legalidade a circunstanciada autorização judicial. Inq. 2424/RJ, rel. Min. CezarPeluso, 19 e 20.11.2008.(Inq-2424)”

Portanto, não tira a configuração da captação o fato de um dos interlocutores ter ciência de que o diálogo está sendo captado. Não há de ser confundido com “gravação clandestina”, que é quando a captação é feita por um dos interlocutores sem que o outro saiba. A interceptação clandestina é lícita, porém, pode se tornar ilícita caso seja confidencial e tenha sido divulgada sem justa causa, nos termos do artigo 153 do Código Penal, *in verbis*:

"Art. 153 — Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena — detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º Somente se procede mediante representação. (Parágrafo único renumerado pela Lei nº. 9.983, de 2000)

§ 1ºA. **Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em Lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública:** (Incluído pela Lei nº. 9.983, de 2000)

Pena — detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº. 9.983, de 2000)

§ 2º Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada. (Incluído pela Lei nº. 9.983, de 2000)

Ademais, o requerimento de interceptação precisará incluir a manifestação de sua essencialidade e dos seus pressupostos de licitude, com a sinalização dos instrumentos a serem utilizados, sendo fundamental observar determinadas importâncias²⁵.

Ao deferir a provisão, precisará o juiz delimitar o modo de execução e as cautelas que necessitam ser levadas em consideração. Poderá definir, dentre outras medidas, que seja realizada a interceptação apenas por meio da concessionária de serviço público ou, em assim

²⁵GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica. Considerações sobre a lei n.º 9296 de 24 de julho de 1996.** 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005. p.27.

não sendo, que se efetue a verificação exata de todos os indivíduos abrangidos na diligência e, além disso, outras precauções que entender essenciais para a guarda do sigilo e responsabilidade no caso de sua violação.

A solicitação de interceptação precisa, como regra geral, ser realizada por escrito, embora possa ser, de forma excepcional, acolhida pelo juiz a solicitação que seja estabelecida de forma verbal, sendo condicionada a permissão da autorização à sua efetuação a termo. Também precisará o juiz determinar a lavratura do termo caso a interceptação seja delimitada de ofício, com a finalidade de que possa observar o descrito no artigo 8º, ou seja, a constituição de procedimento a ser colocado em apenso.

A decisão do juiz, que precisa ser proferida em no máximo um dia, precisará, necessariamente, ser fundamentada, a fim de que não seja objeto de nulidade, e necessitará sugerir o modo de execução da diligência, que não deverá ultrapassar 15 dias, prorrogável pelo mesmo período, eis que corroborada a essencialidade do meio de prova.

A legislação não restringe a quantidade de prorrogações possíveis, precisando compreender-se que deverão ser tantas quantas essenciais à investigação, ainda porque o prazo de trinta dias pode ser muito pequeno²⁶. Em relação à fundamentação, esta não pode ser genérica ou somente reproduzir as palavras literais da lei, mas deve fundamentar-se nos argumentos determinados de cada caso concreto.

O deferimento ou indeferimento do pedido independe de audiência preliminar do Ministério Público, a qual, se inescusável, em se tratando de medida de urgência, poderia inutilizar a diligência. Contudo, não existindo esse perigo, levando-se em consideração ser titular da ação o Ministério Público, será essencial a sua audiência prévia, até mesmo para a garantia do uso da prova posteriormente.

Aquele que administra a diligência, dentro dos critérios determinados pelo magistrado, é a autoridade policial proporcionando conhecimento ao Ministério Público, que deverá seguir a sua efetivação.

Poderá ser gravada ou não a escuta das conversas interceptadas. De qualquer modo, realizada a diligência, precisa a autoridade enviar o conteúdo ao magistrado, em conjunto com o auto circunstanciado, o qual precisará ter a síntese das operações efetuadas. Na hipótese de a comunicação interceptada ser gravada, precisará ser transcrita, podendo ser conservada a conversa original.

²⁶GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica. Considerações sobre a lei n.º 9296 de 24 de julho de 1996.** 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005. p.29.

Tais elementos, além do requerimento e da decisão que motivou a interceptação, deverão ser autuados de forma apartada, conservando-se o sigilo das gravações, das diligências e das transcrições atinentes. O apartado, no momento em que a interceptação se efetuou antes da ação penal, deverá ser apensado aos autos da investigação criminal antes da documentação da autoridade e da decisão de pronúncia ou de sentença definitiva, caso a medida seja efetuada de forma incidental à ação penal.

O artigo 9º da Lei nº 9.296/96 que ao longo do inquérito, por meio de decisão judicial, a gravação que não se prestar à prova será inutilizada, devendo ser observado o incidente de inutilização pelo Ministério Público, em razão de ser fiscal da lei e do interesse público, podendo ser opcional a presença do seu representante legal ou do próprio acusado, se já determinada a figura como tal.

Na hipótese de a inutilização ser realizada antes da formação da ação penal não se pode falar em acusado. Poderá a inutilização ser parcial caso parcela da gravação não evidenciar a prova do processo, principalmente no que diz respeito à intimidade de terceiros e precisará ser realizada quando verificado o seu desinteresse para a prova. Outrossim, mesmo que o artigo supracitado diga respeito apenas à gravação, a inutilização poderá alcançar as sínteses de conteúdo da interceptação no momento em que efetuada pessoalmente, sem a existência de gravação.

Cabe recurso de apelação da decisão que delimita ou não a natureza categórica da inutilização para ambas as partes, em consonância com o disposto no inciso II do artigo 593 do Código Processo Penal.

Na hipótese de o magistrado não o definir de ofício, o terceiro pode requerer ao magistrado a inutilização da gravação sobre si e, sendo a decisão por indeferimento, deverá impetrar mandado de segurança diante de ato judicial para a proteção do seu direito à intimidade.

Outro ponto importante a respeito da lei 9.296/96 é o fato da expressão “interceptação telefônica” ser parte que integra um tipo penal, necessitando a sua definição ser fixada para se fornecer a correta utilização ao crime em referência, de maneira que a compreensão mais abrangente ou menos abrangente daquela expressão essencialmente acarretará proporcional abrangência ou redução do tipo penal²⁷.

²⁷No mesmo sentido: GRECO FILHO, Vicente. Interceptação Telefônica. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 4/6; GOMES, Luiz Flávio & CERVINI, Raúl. Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 95/96
JESUS, Damásio E. de. Interceptação de Comunicações Telefônicas: Notas à Lei 9.296, de

Fica caracterizado como crime, com base no art. 10º da lei, se a interceptação for realizada fora de aspectos legais; a captação unilateral feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, denominada por alguns como gravação clandestina ou ambiental, não é interceptação e tão pouco está regularizada pela lei e, também, não existe tipo penal que a incrimine. Isso porque, o sigilo que trata a lei é em relação a terceiros e não entre os interlocutores, os quais estão livres, caso haja justa causa para a divulgação. A sua utilização como prova, no entanto, irá depender da averiguação, em cada caso, se foi conseguida, ou não, com invasão da intimidade do outro e se existe motivo para a gravação.

Existem alguns casos em que o Ministério Público já possui pronta a denúncia, antes mesmo da efetivação das gravações, unindo somente o teor das mesma posteriormente após fornecidas pelas autoridades policiais.

Tais ferramentas têm sido tão utilizadas, que uma simples denúncia anônima pode ser o único elemento para a autorização de quebra de sigilo telefônico e este fato tem acarretado repulsa pela jurisprudência. Abaixo podemos observar algumas ementas do STF que corroboram esse entendimento.

“EMENTA Habeas corpus. Constitucional e processual penal. Possibilidade de denúncia anônima, desde que acompanhada de demais elementos colhidos a partir dela. Instauração de inquérito. Quebra de sigilo telefônico. Trancamento do inquérito. Denúncia recebida. Inexistência de constrangimento ilegal. 1. **O precedente referido pelo impetrante na inicial (HC nº 84.827/TO, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 23/11/07), de fato, assentou o entendimento de que é vedada a persecução penal iniciada com base, exclusivamente, em denúncia anônima.**(grifo nosso) Firmou-se a orientação de que a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa "denúncia" são materialmente verdadeiros, para, só então, iniciar as investigações. 2. No caso concreto, ainda sem instaurar inquérito policial, policiais federais diligenciaram no sentido de apurar as identidades dos investigados e a veracidade das respectivas ocupações funcionais, tendo eles confirmado tratar-se de oficiais de justiça lotados naquela comarca, cujos nomes eram os mesmos fornecidos pelos "denunciantes". Portanto, os procedimentos tomados pelos policiais federais estão em perfeita consonância com o entendimento firmado no precedente supracitado, no que tange à realização de diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito. 3. Habeas corpus denegado.

(HC 95244, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 23/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT

VOL-02399-05 PP-00926 RTJ VOL-00214-01 PP-00441 RSJADV jun., 2010, p. 36-47 RT v. 99, n. 900, 2010, p. 480-501)”

“EMENTA Constitucional e Processual Penal. Habeas Corpus. Possibilidade de denúncia anônima, desde que acompanhada de demais elementos colhidos a partir dela. Inexistência de constrangimento ilegal.

1. O precedente referido pelo impetrante na inicial (HC nº 84.827/TO, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 23/11/07), de fato, assentou o entendimento de que é vedada a persecução penal iniciada com base, exclusivamente, em denúncia anônima. Firmou-se a orientação de que a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa "denúncia" são materialmente verdadeiros, para, só então, iniciar as investigações.(grifo nosso)

2. No caso concreto, ainda sem instaurar inquérito policial, policiais civis diligenciaram no sentido de apurar a eventual existência de irregularidades cartorárias que pudessem conferir indícios de verossimilhança aos fatos. Portanto, o procedimento tomado pelos policiais está em perfeita consonância com o entendimento firmado no precedente supracitado, no que tange à realização de diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito.

3. Ordem denegada.

(HC 98345, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 16/06/2010, DJe-173 DIVULG 16-09-2010 PUBLIC 17-09-2010 EMENT VOL-02415-02 PP-00308 LEXSTF v. 32, n. 382, 2010, p. 337-363)”

“EMENTA: HABEAS CORPUS. “DENÚNCIA ANÔNIMA” SEGUIDA DE INVESTIGAÇÕES EM INQUÉRITO POLICIAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E AÇÕES PENAIS NÃO DECORRENTES DE “DENÚNCIA ANÔNIMA”. LICITUDE DA PROVA COLHIDA E DAS AÇÕES PENAIS INICIADAS. ORDEM DENEGADA. **Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada “denúncia anônima”, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados (86.082, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 22.08.2008; 90.178, rel. min. Cezar Peluso, DJe de 26.03.2010; e HC 95.244, rel. min. Dias Toffoli, DJe de 30.04.2010).** (grifo nosso) No caso, tanto as interceptações telefônicas, quanto as ações penais que se pretende trancar decorreram não da alegada “notícia anônima”, mas de investigações levadas a efeito pela autoridade policial. (...)

(HC 99490, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 23/11/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-02 PP-00459)”

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DOS DELITOS PREVISTOS NO ART. 3º, INC. II, DA LEI N. 8.137/1990 E NOS ARTS. 325 E 319 DO CÓDIGO PENAL. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NÃO REALIZADA. PERSECUÇÃO CRIMINAL DEFLAGRADA APENAS COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA. 1. Elementos dos autos que evidenciam não ter havido investigação preliminar para corroborar o que exposto em denúncia anônima. O Supremo Tribunal Federal assentou ser possível a deflagração da

persecução penal pela chamada denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial. Precedente. 2. A interceptação telefônica é subsidiária e excepcional, só podendo ser determinada quando não houver outro meio para se apurar os fatos tidos por criminosos, nos termos do art. 2º, inc. II, da Lei n. 9.296/1996. Precedente. 3. **Ordem concedida para se declarar a ilicitude das provas produzidas pelas interceptações telefônicas, em razão da ilegalidade das autorizações, e a nulidade das decisões judiciais que as decretaram amparadas apenas na denúncia anônima, sem investigação preliminar.**(grifo nosso) Cabe ao juízo da Primeira Vara Federal e Juizado Especial Federal Cível e Criminal de Ponta Grossa/PR examinar as implicações da nulidade dessas interceptações nas demais provas dos autos. Prejudicados os embargos de declaração opostos contra a decisão que indeferiu a medida liminar requerida.

(STF - HC: 108147 PR, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 11/12/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-022 DIVULG 31-01-2013 PUBLIC 01-02-2013)”

É esse também o entendimento do STJ, como podemos verificar nas ementas abaixo:

“(…)1. **Não se descarta que a investigação não pode ser baseada, unicamente, em denúncia anônima.**(grifo nosso) Entretanto, se a interceptação telefônica foi precedida de constatação de fato concreto, em que se verificou a possibilidade da veracidade das condutas narradas na informação, tal providência torna a persecução e as medidas cautelares requeridas válidas.

2. Se não há na documentação trazida aos autos pela Defesa - a quem incumbe a correta instrução e narração do remédio constitucional do habeas corpus -, a comprovação inequívoca de que o procedimento penal instaurado deu-se única e exclusivamente com base na denúncia anônima, e não com base em outro elemento desvinculado do que se inquina de ilegal, posteriormente produzido pelas autoridades, não ocorre o alegado constrangimento ilegal.(…)

(HC 193.562/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 11/12/2012)”

“(…)4. **A jurisprudência desta Corte tem prestigiado a utilização de notícia anônima como elemento desencadeador de procedimentos preliminares de averiguação, repelindo-a, contudo, como fundamento propulsor à imediata instauração de inquérito policial ou à autorização de medida de interceptação telefônica.**(grifo nosso)

5. Com efeito, uma forma de ponderar e tornar harmônicos valores constitucionais de tamanha envergadura, a saber, a proteção contra o anonimato e a supremacia do interesse e segurança pública, é admitir a denúncia anônima em tema de persecução penal, desde que com reservas, ou seja, tomadas medidas efetivas e prévias pelos órgãos de investigação no sentido de se colherem elementos e informações que confirmem a plausibilidade das acusações.

6. Na versão dos autos, algumas pessoas - não se sabe quantas ou quais - compareceram perante investigadores de uma Delegacia de Polícia e, pedindo para que seus nomes não fossem identificados, passaram a narrar o

suposto envolvimento de alguém em crime de lavagem de dinheiro. Sem indicarem, sequer, o nome do delatado, os noticiantes limitaram-se a apontar o número de um celular.

7. A partir daí, sem qualquer outra diligência, autorizou-se a interceptação da linha telefônica.

8. Desse modo, a medida restritiva do direito fundamental à inviolabilidade das comunicações telefônicas encontra-se maculada de nulidade absoluta desde a sua origem, visto que partiu unicamente de notícia anônima.(...)

(HC 204.778/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 29/11/2012)”

“(…)3. Admite-se a denúncia anônima como instrumento de deflagração de diligências, pela autoridade policial, para apurar a veracidade das informações nela veiculadas, conforme jurisprudências do STF e do STJ.(grifo nosso)

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RMS 28.054/PE, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 19/04/2012)”

“HABEAS CORPUS. FRAUDE EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REQUERIDAS E AUTORIZADAS COM BASE APENAS EM DENÚNCIA ANÔNIMA. AUTORIDADE POLICIAL QUE NÃO REALIZA DILIGÊNCIAS PRÉVIAS PARA A APURAÇÃO DA VERACIDADE DAS INFORMAÇÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Esta Corte Superior de Justiça, com supedâneo em entendimento adotado por maioria pelo Plenário do Pretório Excelso nos autos do Inquérito n. 1957/PR, **tem entendido que a notícia anônima sobre eventual prática criminosa, por si só, não é idônea para a instauração de inquérito policial ou deflagração da ação penal, prestando-se, contudo, a embasar procedimentos investigatórios preliminares em busca de indícios que corroborem as informações da fonte anônima, os quais tornam legítima a persecução criminal estatal.**(grifo nosso)

2. Na hipótese em apreço, conforme se pode inferir dos documentos acostados ao mandamus, o Delegado Federal que recebeu a delação anônima não teve a necessária cautela de efetuar diligências preliminares, consistentes na averiguação da veracidade das informações noticiadas, requerendo, desde logo, a interceptação telefônica das pessoas apontadas na notitia criminis apresentada.

3. Se a denúncia anônima não é considerada idônea, por si só, para embasar a deflagração de procedimentos formais de investigação, com muito mais razão não se pode admitir a sua utilização, desacompanhada de outros elementos de convicção, para fundamentar a quebra do sigilo telefônico. Precedentes.(...)

(HC 117.437/AP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 20/10/2011)”

Segundo disposto no art. 5º do CPP, o inquérito policial pode ser iniciado de duas maneiras: A primeira é *ex officio*, quando a autoridade policial toma conhecimento de infração sujeita à ação penal pública e deve, obrigatoriamente, instaurar o inquérito policial por intermédio de portaria. A segunda se dá mediante requisição da autoridade judiciária ou do

Ministério Público, ou, ainda, a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. A interceptação só pode ser requisitada e, conseqüentemente, autorizada no andamento de determinada investigação. No caso de não haver nenhuma apuração criminal, é impossível o cumprimento de demais exigências legais, notoriamente, não sendo possível produzir as provas de outra maneira, como a demonstração de indícios de efetivação do crime.

Ao se fazer uma interpretação de forma sistêmica, comprova-se que a lei nº 9.296/96, em muitos trechos, cita a polícia em suas medidas, como no exemplo da elaboração do requerimento (art. 3º, II), o gerenciamento do processo de interceptação (art.6º), o encaminhamento de seu resultado (art. 6º, § 2º) e a solicitação de mão de obra especializada para as concessionárias de serviços públicos (art. 7º).

Com base no que fora relatado, é possível inferir que a interceptação não pode ser autorizada no sentido de começar uma investigação penal, por ser a mesma considerada como meio de prova excepcional, que só deve ser utilizado caso não haja outra forma de se obter determinada informação. .

Ademais, em relação ao artigo 2º da supramencionada lei cabe destacar que o mesmo determinou, de maneira taxativa, em via contrária ao que é determinado pela Constituição, as hipóteses em que a interceptação telefônica não poderia ser admitida, como podemos observar no artigo, *in verbs*:

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

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

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

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

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

Como já abordado, a Constituição Federal em seu art. 5º, XII estabelece como regra o sigilo/ inviolabilidade das comunicações, sendo a interceptação usada apenas em caráter de exceção. Por conseguinte, em razão de uma questão de interpretação jurídica e lógica, a norma deveria determinar em quais hipóteses seria possível a interceptação telefônica, e não o contrário.

A exigibilidade de indícios precedentes de autoria ou participação em infração penal (art. 2º, I da lei) torna evidente a existência do *fumus boni iuris* como primeira conjectura da medida, somada com a falta de outras vias de prova disponíveis (art. 2º, II da lei) para se

conseguir as informações essenciais, simulando, desta maneira, o *periculum in mora*. Neste segundo caso, fica evidente a carência e a relevância da medida. Visto isto, fica evidente que a natureza da justiça da medida de interceptação de telefone é cautelar. Portanto, de cunho normativo de processo.

A medida cautelar poderá ser concedida para obtenção de informações essenciais à viabilização do propósito da ação penal e chama-se de medida cautelar preparatória (art. 3º, I), quando é feita a requerimento de autoridade policial em sede de instrução criminal ou de medida cautelar incidental (art. 3º, II), quando a requerimento de representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal. Porém, cabe ressaltar, nos dois casos, *inaudita altera pars*.

1.2.1 Requisitos para a interceptação telefônica

São requisitos determinados pela legislação para a interceptação telefônica os seguintes:

- a) Determinação judicial proferida por juiz competente, ou seja, juiz da ação penal principal;
- b) Escuta telefônica efetuada por serviços técnicos particularizados das concessionárias de serviços públicos;
- c) Motivação.

A fim de que a ordem judicial tenha validade, torna-se fundamental que estejam presentes as determinações oriundas dos artigos 1º ao 5º, sob pena de anulação do ato emanado pelo Judiciário.

É claro que as ordens expedidas às operadoras de telefonia não mencionam todos as formalidades legais, mas algumas são essenciais, eis que não danificam o sigilo das investigações, sendo eles os seguintes: a) decisão expedida pelo juiz competente; b) prazo para interceptação não superior a 15 dias, sendo facultada a prorrogação; c) precisa ser informada a quantidade a ser interceptada.

Não estando presentes algum desses requisitos, deve-se considerar a ordem como ilegal, em virtude da afronta à norma constitucional de inviolabilidade do sigilo, determinado no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Piores são as ordens que conferem senhas

de acesso a agentes públicos, a fim de que eles próprios possam efetuar o juízo de valor e relacionados à interceptação, utilizando prerrogativa particular do Poder Judiciário.

Em razão da celeridade de tramitação do remédio de *habeas corpus*, tal instrumento de impugnação é facilmente usado para essa finalidade, eis que a não observância da ordem judicial ocasionaria, em tese, a responsabilização penal do indivíduo competente pelo cumprimento da determinação judicial pelo crime disposto no artigo 300 do Código Penal.

O assunto relacionado à quebra do sigilo telefônico tem provocado dúvida no ordenamento jurídico brasileiro, em razão de ser uma norma que infringe a intimidade da pessoa, a qual está protegida pela Constituição Federal. Nesse sentido, conforme Alexandre de Moraes, a interceptação telefônica “é a captação e gravação de conversa telefônica, no mesmo momento em que ela se realiza, por terceira pessoa sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores”²⁸.

Entretanto, o assunto é mais complexo do que se imagina, uma vez que a Constituição Federal colocou a inviolabilidade do sigilo telefônico à classe de direito fundamental, impondo uma excepcionalidade apenas em hipóteses extremas e nos processos relativos à matéria de ordem penal. Observa-se, contudo, que o inciso XII do artigo 5º da CF consiste em uma norma relativa, eis que proíbe a violação e a torna possível em determinadas situações.

Conforme disposto no artigo 2º da Lei nº 9.296/96, a violação do sigilo da interceptação telefônica não será consentida no momento em que acontecer qualquer dos seguintes casos: a) não existir indicativos de autoria ou de participação nas infrações penais; b) ter capacidade a prova de ser realizada por outros instrumentos disponíveis; c) o fato observado configurar em infração penal punida com detenção.

Entende-se, assim, que a medida em análise apenas será proporcionada se os três requisitos estiverem conjugados. Em relação aos dois primeiros, foram estes delimitados em consonância com a Constituição Federal. Em se tratando do terceiro requisito, este merece algumas considerações especiais.

De acordo com o que se verifica do primeiro requisito, disposto no inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.296/96, a fim de que seja deferida a quebra do sigilo telefônico, é importante que haja indicativos razoáveis de autoria do tipo penal, correlacionado ao *fumus boni iuris* do processo cautelar.

O inciso II do supracitado artigo evidencia que a prova não pode ser efetuada por outros instrumentos, correspondendo ao *periculum in mora* do processo cautelar. Desse modo,

²⁸MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.p.81.

existindo outros modos de compreensão do fato apurado ou processado, não será possibilitada a interceptação telefônica, eis que a violação é “uma insidiosa ingerência na intimidade não só do suspeito ou do acusado, mas até de terceiros, pelo que só devem ser utilizadas como *ultima ratio*”²⁹.

Assim, o juiz, ao julgar uma admissibilidade de interceptação, precisa observar outros meios processuais existentes para o alcance da prova desejada, a fim de que apenas em última hipótese possa concedê-la, sob pena de provocar uma violação aos direitos fundamentais. Por conseguinte, se existir a possibilidade de utilizar-se alguma prova, por exemplo, pericial ou testemunhal, não haverá motivo para a ocorrência de interceptação, eis que “Impõe-se ao Juiz a valoração da existência ou não de “outros meios disponíveis”, examinado detidamente o caso concreto. Sempre tendo em vista o bem jurídico tutelado, a intimidade e o sigilo das comunicações, que é de natureza fundamental”³⁰.

O último requisito, previsto no inciso III, este condiciona a interceptação telefônica aos crimes com pena de reclusão, precisando-se dar maior destaque ao preceito em consideração a algumas peculiaridades que vêm provocando a doutrina.

Por impor a reclusão como um pressuposto essencial, o legislador acabou se excedendo, levando-se em conta as finalidades protegidas por norma constitucional. Em concomitância a isso, o legislador acabou se tornando omissivo, em virtude de não colocar determinados crimes com pena de detenção, cujo entendimento necessita de prova conseguida por meio de interceptação telefônica, como, por exemplo, nos casos de injúria.

Dessa análise entende-se que as interceptações telefônicas apenas deveriam ser outorgadas em se tratando de crimes que imponham um risco à integridade física, à vida ou que infrinjam o Estado Democrático de Direito, uma vez que é muito complicado adentrar na esfera íntima de uma pessoa por causa de uma infração penal de pouco valor social.

Em virtude de ser a interceptação telefônica uma medida extraordinária, eis que viola a intimidade da pessoa, torna-se fundamental interpretar a Lei nº 9.296/96 em consonância com os princípios e as regras constitucionais.

O juiz, assim, quando verificar qualquer hipótese que observe à quebra do sigilo telefônico, precisará ser diligente, observando-se sempre a norma constitucional. Desse modo, compreendendo que o crime investigado não tenha enorme potencialidade ofensiva, não se deve conceder essa violação, sob pena de transgredir um princípio constitucional, eis que “é a

²⁹GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **As nulidades do processo penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p.186.

³⁰GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.p.182.

mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, por que representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”³¹.

É extremamente necessário, por consequência, que exista uma moderação entre os direitos fundamentais e a transgressão à intimidade do indivíduo, eis que, mesmo sendo o Estado o tutor da sociedade, não pode infringir direitos individuais. Nesse panorama, é necessário avaliar a interceptação com a maior cautela, a fim de que possa se proteger de uma devassa à vida íntima dos indivíduos.

1.3 O REGIME GERAL DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: RELAÇÃO COM O DIREITO À INTIMIDADE

Entrando no âmbito do processo penal, no que diz respeito à apresentação processual penal no segredo de correlação, o artigo 233 do Código de Processo Penal, que dispõe sobre os documentos da prova, discorre sobre a não admissão em juízo de provas conseguidas através de crimes ou interceptações. Analisando o tema "*sub studio*", esbarra-se com o fato de que as evidências conseguidas com a violação de correspondência e das comunicações são tidas como ilícitas; a não ser, como trata o inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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;

Como pode-se observar, o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal garante a não violação do sigilo das informações em andamento, sejam essas informações correspondências ou comunicações telefônicas, telegráficas ou de dados.

³¹BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. p.451.

A intenção era impedir que as autoridades de regimes ditatoriais fossem autorizadas, sob qualquer pretexto, de interceptar correspondências buscando indivíduos contrários à ordenação discricionária em vigor.

Com base nesse pensamento, o Direito nacional vem mantendo tal regra desde a sua primeira constituição, em alguns casos de maneira mais abrangente, em outros de maneira mais restrita, dependendo da realidade institucional em vigor na época. No que pertence à disposição processual penal a respeito das provas, precisa-se demonstrar, em primeiro lugar, o que são os meios de provas; de acordo com Vicente Greco Filho “meios de provas são as ferramentas pessoais ou materiais em condições de trazer ao processo a convicção da existência ou não de um fato”, de maneira mais clara, são as maneiras pelas quais se pode conseguir a autenticidade de certas ações.³²

As evidências conseguidas através da desobediência do que está disposto no direito material chamam-se, conforme os doutrinadores, "provas ilícitas". Nossa Carta Magna aponta, no inciso LVI do artigo 5º, ser inadmissível provas conseguidas de maneira ilícita.

Pode-se achar ainda, na Legislação, especificamente no Novo Código de Processo Civil nos artigos. 369 e 422 dispositivos matéria que tratam diretamente do tema:

“Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. Art. 422. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida.”

O Código de Processo Penal, em seu art. 157, *caput* e I trata especificamente deste tema:

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Desta forma, pode-se medir que, seja através da Constituição em vigor, ou ainda da legislação infraconstitucional, é notória a existência da matéria legal proibindo as provas que não são obtidas de forma lícita.

³² GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8ª Ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2010. pg.

A Constituição atual, como não poderia deixar de ser, em observância a uma das bases da liberdade do ser humano e da ética, conservou tal direito a todos os indivíduos, como hipótese essencial à democracia em que se vive atualmente. Entretanto, na intenção de ultrapassar a ignorância, a constituição de 1988 exagerou na dosagem de proteção, além de ter uma redação que não é precisa e, por conseguinte, se torna passível de muitos entendimentos. Essa situação tem acarretado muitos problemas, uma vez que a ideia é proteger o estado de direito democrático, contudo, da maneira que foi colocado, passa a atrapalhar um dos seus objetivos, a justiça.

Com base no argumento de que a autorização para quebrar o sigilo, mesmo com autorização judicial, para apuração de crimes, traz margem para o abuso de autoridades, alguns doutrinadores defendem que o texto *sub studio* impede a obtenção de qualquer tipo de informação, presente no texto como "dados". Em alguns momentos, trata-se de matéria corriqueira no sistema jurídico do país, que sempre garantiu livre demonstração de ideias quando estiver em transmissão sobre as mais versáteis formas.

É possível inferir que o citado inciso autoriza a possibilidade de violação de dados, além dos relativos a comunicações de telégrafos e de telefone. Partindo dessa perspectiva, não há de se falar em violação de sigilo, considerando que os dados não seriam informações propriamente ditas, mas sim uma troca destas.

Sob tal ponto de vista, toda apuração que fizesse uso como prova alguma informação material obtida do réu, mesmo sob ordem da justiça, seria apontada como não lícita. Celso Ribeiro Bastos concorda com tal pensamento e comenta:

“De logo se faz mister tecer críticas a impropriedade desta linguagem. A se tomar muito ao pé da letra, todas as comunicações telefônicas seriam invioláveis, uma vez que versam sempre sob dados. Mas, pela inserção da palavra no inciso vê-se que não se trata propriamente do objeto da comunicação, mas sim de uma modalidade tecnológica recente que consiste na possibilidade de empresas, sobretudo financeiras, fazerem uso de satélites artificiais para a comunicação de dados contábeis.”³³

Precisa-se então, para conhecer o significado da normatização, fazer a separação entre as muitas maneiras de comunicação. Todas essas maneiras de comunicação funcionam através de trocas de dados e tal troca pode acontecer por meio escrito, telegrafado e telefônico. A Constituição Federal dá autorização à violação do sigilo exclusivamente da última maneira

³³BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003. pg.73.

(telefônico), quando no caso de comunicação verbal entre indivíduos, ou seja, somente o diálogo falado pode ser interceptado de maneira legal.

Desta maneira, fica evidente que o legislador da Constituição definiu como regra o sigilo e como exceção a interceptação, no entanto exclusivamente em âmbito penal.

Um problema complexo com relação aos indícios não lícitos é a que aborda a extensão dos resultados de atos ilícitos daquelas em função de outras provas. Ficam evidentes as provas para o andamento do caso em si, pois pode ocorrer de um juiz que mesmo tendo acesso a determinada situação criminosa, tenha de decidir sem levar em consideração as provas não lícitas que confirmam a ocorrência de certas situações relevantes ao processo.

A questão é, quando verificada a infração à norma jurídica na obtenção de determinada prova, é necessário que se descarte exclusivamente a prova desta forma adquirida, ou, por derivação, devem também ser descartadas outras evidências, cuja descoberta só foi possível em função daquela inicialmente adquirida de forma ilícita?

Tal fato dá origem, então, ao debate sobre as evidências ilícitas por derivação. Quando a produção de determinada prova somente ocorre em virtude da existência de uma outra prova conseguida de maneira ilegal, a primeira também será considerada ilícita, mesmo que seja conseguida obedecendo-se todos os ditames presentes em lei. Isto ocorre devido ao fato de que, a priori, esta nunca teria sido produzida sem a existência da primeira. É, por exemplo, o caso da confissão adquirida em função de tortura, em que o acusado aponta onde se encontra o produto do crime, que vai ser apreendido de forma regular; outro exemplo é a interceptação telefônica clandestina, através da qual se venha ter conhecimento de circunstâncias que, conseguidas de maneira lícita, levem ao esclarecimento total dos fatos.

É essencial explicitar uma observação sobre uma das bases que norteiam o Processo Penal, o da procura pela veracidade, citada de maneira implícita na segunda parte do art. 156, do Código de Processo Penal, em que prevalece a verdade real ou material, desta forma, se o propósito do Processo Penal é a descoberta da verdade real, então, se a prova adquirida de forma ilegal ostentar tal verdade, podemos inferir que a mesma deveria ser aceita?

Em seu texto, Vicente Greco Filho (1999) comprova bem a flexibilização da normativa constitucional, de onde se pode ressaltar que o texto da constituição não pode ser entendido de forma completa, pois existirão situações em que a relevância do bem jurídico abordado no processo a ser proporcionado com o ganho ilegal da evidência levará os Tribunais a aceitá-la; diz ainda, que a norma jurídica inerente a não admissão de evidências conseguidas através de meios não lícitos vale, portanto, como regra, mas, provavelmente

aceitará exceções regidas pela ocorrência de outros princípios constitucionais, mais importantes, como por exemplo, o princípio da verdade real.

A fim de exemplificar o narrado, vamos imaginar o seguinte exemplo: Um réu, que possui contra ele inúmeras evidências conseguidas, de maneira ilícita, uma prova capaz de comprovar sua inocência. De acordo com o princípio da não admissibilidade da prova ilegal esta teria que ser descartada, sendo o acusado condenado em função das demais evidências. Contudo, como bem demonstra a Jurisprudência e a Doutrina, no caso narrado precisa-se levar em consideração a prova conseguida de maneira ilícita, podendo sopesar os princípios da não admissão da prova ilegal com o da verdade real.

A doutrina faz diferenciação entre evidências chamadas de ilícitas das não legítimas, sendo que a primeira vai de encontro à normativa material enquanto a segunda confronta a norma formal, sendo certo, no entanto, que ambas pertencem à categoria das evidências impedidas.

“A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. Assim, veremos que alguns dispositivos da lei processual penal contêm regras de exclusão de determinadas provas, como, por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (art. 207 do CPP brasileiro); ou a recusa de depor por parte de parentes e afins (art. 206). A sanção para o descumprimento dessas normas encontra-se na própria lei processual. Então, tudo se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinam as formas e as modalidades de produção da prova, com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser uma sanção de nulidade.”³⁴

Diferentemente, por prova não lícita entende-se ser a evidência obtida infringindo a normativas ou bases de direito material, acima de tudo de direito constitucional, ou de acordo com Avolio:

“[...] mas também de direito penal civil, administrativo, onde se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e acerto da verdade, [...]. Para a violação dessas normas é o direito material que estabelece sanções próprias. Assim, em se tratando da violação do sigilo da correspondência ou de infração à inviolabilidade do domicílio, ou ainda de uma prova obtida sob tortura, haverá sanções penais para o infrator”.³⁵

³⁴AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas:** interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p.42.

³⁵AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas:** interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p.43.

A partir daí, caminham sem desentendimento a interpretação segundo a qual as evidências não lícitas são aquelas conseguidas através de violação de uma normativa ou fundamento do direito material, ou seja, fundamentos que preservam os direitos essenciais do cidadão, tais como, a intimidade e a plenitude física e moral dos mesmos.

Já as evidências que não são legítimas são as introduzidas no processo sem respeitar as normativas ou fundamentos do direito processual, como por exemplo, a que proíbe depor sobre questões que abranjam o sigilo profissional, que consta no art. 207 do Código de Processo Penal Brasileiro, com a seguinte redação:

“Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

Nesse ponto, interessante ressaltar que a lei processual torna evidente a disponibilidade do direito à intimidade das pessoas alvo da informação.

Buscando minimizar esses problemas, bem como compreender o sentido da norma, precisa-se entender as várias maneiras de comunicação. Em todas estas, existe obrigatoriamente troca de dados e tal troca pode acontecer pela escrita, telegráfica e telefônica.

Pensa-se, de acordo com a doutrina de Maximiliano, Gomes e Greco Filho, que o instrumento constitucional está repartido em dois grupos, a saber: sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas; de dados e das comunicações telefônicas.

Permite-se a violação do sigilo de dados sejam das comunicações via telefone, sejam outros dados de comunicação.

No caso de se defender teoria diferente, acreditar-se-ia que o Constituinte só se baseou na comunicação telefônica, excluindo a comunicação de dados sem a utilização do telefone. Ou seja, o infrator da era digital ou o infrator via satélite ou da fibra óptica ou ainda o que usasse de infravermelho estaria resguardado perante a normativa constitucional, o que sugere ser equivocado.

Assim, Maximiliano (1999, p. 121-122) chama atenção:

“O processo gramatical, sobre ser o menos compatível com o progresso, é o mais antigo. O apego às palavras é um desses fenômenos que, no Direito como em tudo o mais, caracterizavam a falta de maturidade do desenvolvimento intelectual. (...) O primitivo hermeneuta fica adstrito aos domínios dos lexicógrafos e dos gramáticos.”³⁶

³⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 10ª edição, Ed. Forense 1999. p.121/122.

No entanto, não se usa exclusivamente tal meio de interpretação para ratificar o descrito acima. Baseia-se ao final primário e especial da normativa que é direcionado pelo objetivo geral do Direito, que muda conforme a vida, que ele precisa regular: O direito à vida, à segurança social, paz e tranquilidade dos indivíduos respeitando a dignidade do ser humano, a cidadania e, ainda, à liberdade *latu sensu*.

Desta maneira, fica claro que o direito essencial garantido no inciso XII do art. 5º não possui cunho absoluto, no sentido de restringir a abrangência da expressão "último caso" somente às comunicações telefônicas. Não se vive mais sob o conceito primário de telefonia abordado pelo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62).

O entendimento evolutivo bem como o preceito da modernidade precisam ser observados pelo leitor da norma. Ou seja, precisa-se adaptar a normativa constitucional a atual realidade tecnológica.

No Código Brasileiro de Telecomunicações sobre os conceitos de telegrafia e telefonia diz:

“LEI 4.117, DE 27/08/1962

CAPÍTULO II – Das Definições (artigos 4º ao 9º) Art. 4º. Para os efeitos desta lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético.

Telegrafia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão de escritos, pelo uso de um código de sinais.

Telefonia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons.”

O pensamento era bem adequado para a época em que a lei foi promulgada; porém, atualmente, não tem sentido em função do avanço da tecnologia. Em função disso, existe a necessidade de se perceber que o objetivo do legislador constituinte foi o de restringir ao círculo criminal os casos de interceptação telefônica. Desta forma, não há que se tratar no nível de interceptação telefônica.

No entanto, é importante ter ciência que pode existir evidência emprestada. A questão é controversa.

A doutrina chama de prova emprestada aquela que é aceita, produzida e que possui valor em determinado processo e levada de maneira documental para outro processo, buscando neste angariar os efeitos que lhe forem essenciais perante o princípio do contraditório.

Desta maneira, deve-se chamar atenção para o fato de que a regra é o sigilo e, em casos excepcionais, a violação deste sigilo utilizando interceptação e, por uma questão de interpretação de textos legais, o entendimento da normativa constitucional precisa ser literal. Na mesma linha de raciocínio encontram-se Luiz Flávio Gomes e Vicente Greco Filho. Declara o primeiro:

“Em conclusão, a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser “emprestada” (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito. (...) essa prova criminal deve permanecer em “segredo de justiça”. É inconciliável o empréstimo de prova com o segredo de justiça assegurado no art. 1º.”³⁷

Há também a evidência emprestada conseguida com base em interceptação telefônica desde que o processo penal tenha corrido entre as mesmas partes:

“O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável.”³⁸

Em função do descrito acima, entende-se que a verdade está com os primeiros autores. Não se devem elaborar situações legítimas de uma evidência vedada pelo legislador da constituição. Precisa-se respeitar a vontade do legislador: aceitar, de maneira excepcional, a violação do sigilo da comunicação buscando à obtenção de evidências com a meta de se chegar à verdade real no processo, caso não exista outra maneira fazê-lo (cf. art. 5º, XII da CRFB c/c art. 1º c/c art. 2º, II c/c art. 4º, caput, ambos da lei 9.296/96).

Em resumo, tem-se que: a toda evidência em andamento, seja por via de correspondência ou comunicação por telegrafo ou via telefone, é garantida a não violação do sigilo, exceto no caso de comunicação telefônica verbal, quando através de ordem de um juiz, pode ser violado o sigilo, nas hipóteses e circunstâncias que a lei definir para finalidade de averiguação criminal ou instrução de processo penal.

³⁷ GOMES, Luiz Flávio. Lei de Interceptação Telefônica: Aplicação imediata e impossibilidade de convalidação das autorizações precedentes. In Doutrina, v. 3. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1996 p.118 e 119.

³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades Públicas e Processo Penal – as Interceptações Telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976. p.194

1.4 DAS DIFERENÇAS ENTRE O PROCESSO PENAL E O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

No presente item serão abordadas as principais considerações acerca do aproveitamento das provas obtidas mediante interceptação telefônica no processo administrativo. Este tema apresenta controvérsias provenientes do fato de existir tanto diferenças quanto semelhanças entre o processo administrativo e penal sancionador.

O Direito Punitivo Estatal, seja no contexto do Direito Penal ou do Direito Administrativo, baseia-se em uma gama de princípios e normas que garantem os direitos dos administrados e das pessoas que, mesmo com as maneiras divergentes de aplicar, dependendo de ser infração administrativa ou penal, avisa o *ius puniendi* estatal.

Ressalta-se que o fundamento do direito administrativo sancionador está intrinsecamente relacionado à definição de Estado Democrático de Direito e à legitimidade que o mesmo tem de limitar determinados direitos individuais frente ao interesse coletivo, podendo fazer uso de seu poder de punir para efetivar esse interesse.

Outrossim, o poder administrativo sancionador é considerado como aquele que concede efetividade às normas administrativas, cabendo mencionar que a origem do mesmo se encontra no poder hierárquico do Estado, na supremacia do interesse público e no poder de polícia.³⁹

Todavia, apesar da necessidade e da importância deste poder, é inegável que o mesmo precisa sofrer algumas limitações visto que, a utilização deste poder pelos agentes do estado de maneira errada ou exacerbada, pode ocasionar graves danos à coletividade que se buscava inicialmente proteger. O principal limitador do poder administrativo sancionador é a lei, já que um dos princípios mais importantes que regem o direito administrativo e a legalidade que estabelece que a atuação do estado e de seus agentes está estritamente restrita ao que é disposto nas leis que o regem e, sobretudo na Constituição Federal, não podendo, por tanto agir quando a lei for omissa sobre determinado assunto.

Ademais, como já citado acima, uma das bases do poder mesmo é o poder de polícia, que poder ser definido como o benefício de direito público que, com base na lei, permite que a Administração Pública restrinja a utilização da liberdade e da propriedade para favorecer a conveniência de um grupo.

³⁹TEIXEIRA, Danielle Felix. **Apontamentos sobre os princípios aplicáveis ao processo administrativo sancionador**. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 31 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51921&seo=1>>. Acesso em: 28 out. 2016.

O poder sancionador é assegurado através do § 3º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 que diz respeito ao meio ambiente, preconiza a imposição de sanções administrativas para as condutas que ferirem o meio ambiente, tenham sido cometidas por pessoas jurídicas ou físicas. O objetivo deste poder não é somente o de punição, mas também a prevenção de possíveis ocorrências de infrações administrativas.

A infração administrativa pode ser entendida como a desobediência voluntária de uma regra administrativa para a qual é prevista sanção cuja aplicação é decretada por uma autoridade que esteja exercendo função administrativa mesmo que não seja nesta área⁴⁰.

No caso da sanção administrativa, caracteriza-se como ato punitivo, dito como infração administrativa pelo ordenamento jurídico⁴¹. A sanção pode ser conceituada como conexão jurídica entre o possuidor de um direito subjetivo que tenha sido violado e quem ofendeu esse direito, por alguma conduta irregular.

Em relação ao processo penal, é de se destacar que o principal órgão responsável por investigar os ilícitos penais é a polícia, seja a civil quando se trata da esfera estadual, seja a federal em relação aos crimes em esfera nacional, sendo esta responsável por fornecer para o Ministério Público evidência de autoria e materialidade suficientes para a instauração de ação penal pública. Essa investigação também pode ser desenvolvida por outras autoridades administrativas, como ocorre, por exemplo, nas CPIs ou no âmbito da Receita Federal, que é o órgão responsável por investigar crimes de ordem tributária.

Já a apuração dos ilícitos administrativos ocorre nas formas mencionadas nos estatutos ou regulamentos próprios. Cabe ressaltar que, no contexto federal, foi criada em 1990 a Lei 8112, responsável por regulamentar o Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União, estabelecendo, inclusive, sanções administrativas a serem impostas a esses servidores.

Outrossim, outra diferença notável entre os processos penais e os administrativos sancionadores é em relação aos tipos de penas que podem ser impostas em cada um deles. No processo penal podem ser impostas penas privativas de liberdade (art.33 ao art.42 CP), restritivas de direito (art.43 ao art.48 CP ou de multa (art.49 ao art.52 do CP).

Já as sanções disciplinares em virtude de ilícitos administrativos só podem ser de natureza pecuniária, moral ou mista. Além disso, a sanção administrativa deve necessariamente ser aplicada por autoridade no exercício da função administrativa,

⁴⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 29ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 863.

⁴¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, São Paulo, Editora Atlas, 2013, p. 77.

destacando-se que a mesma não pode conter previsões que restrinjam a liberdade das pessoas, sendo dever do administrador limitar-se tão somente às sanções elencadas no diploma que irá utilizar para balizar suas decisões⁴²

Além disso, cabe mencionar que, com base no princípio da independência das esferas, podemos inferir que o processo administrativo e penal são completamente independentes e autônomos, ou seja, as decisões proferidas em um deles não influenciam no outro. Isso significa dizer que decisões conflitantes sobre um mesmo fato nas diferentes esferas é um fato relativamente comum de ocorrer e, por conseguinte, ilícitos administrativos podem ser concomitantemente avaliados como crime pelo direito penal. O art. 22 da Lei da Improbidade Administrativa exemplifica bem essa questão, como podemos observar abaixo:

“Art. 22: Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.”

Isso significa dizer que qualquer ilícito previsto pela lei supracitada pode ser investigado e, posteriormente, julgado tanto por autoridade criminal quanto por administrativa, podendo, inclusive se investigado por ambas as autoridades, sem nenhum tipo de vinculação entre uma e outra.

Sobre esse tema:

“É comum que o sujeito responda a uma ação por improbidade e outra por crime contra a Administração Pública, em razão do mesmo suporte tático, em perspectiva naturalista ou normativa, com algumas variações irrelevantes na tipologia abstrata do comportamento proibido. A legislação que reprime atos ímprobos costuma trilhar caminhos tipificatórios alicerçados em cláusulas gerais, temos jurídicos indeterminados repletos de vagueza semântica ao passo que as leis penais estão, ao menos desde um ponto de vista histórico, atreladas a uma dogmática mais rígida na proteção dos direitos fundamentais, coibindo aberturas excessivas aos operadores jurídicos. As contradições, nessa seara, não têm sido poucas, como não são irrelevantes as perplexidades que o tema suscita.”⁴³

⁴²SILVEIRA, Sandra Caldas F. da. *Sanções Administrativas: Diretrizes para a formulação de procedimento administrativo específico*, 2015. pg.10. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/caderno/caderno-de-logistica-de-sancao-2.pdf>>. Último acesso em: 28 out. 2016.

⁴³OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. Ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: RT, 2011. p.93.

Outra diferença importante entre processos penais e processos administrativos sancionadores é em relação ao procedimento adotado por cada um deles para a instauração e posterior julgamento de processos em cada esfera.

No que tange aos procedimentos administrativos sancionadores de servidores, uma das medidas passíveis de serem adotadas consiste na instauração de PAD, o qual pode ser instruído por meio de portaria.

Posteriormente a este ato, caberá a uma comissão julgadora a apuração da veracidade dos fatos. Na sequência, o acusado será previamente notificado para que apresente a sua defesa acerca das acusações contra ele proferidas.

A próxima fase do processo é a instrutória, na qual os depoimentos são colhidos, as acareações são realizadas, além das diligências e perícias necessárias para o regular desenvolvimento processual. Ademais, procede-se ao interrogatório do acusado.

Ao final faz-se o enquadramento e indiciamento. O acusado deve receber a citação passando à condição de indiciado. O indiciado tem o direito de realizar defesa escrita. A comissão elabora o relatório conclusivo e o submete à autoridade julgadora, que é responsável pela aplicação da penalidade dentro de sua competência.

Cabe ainda destacar alguns outros tipos de processos administrativos sancionadores como os que visam punir descumprimentos de normas ambientais, sanitárias e de trânsito.

Em relação aos processos administrativos por descumprimento das normas de cunho ambiental, salienta-se que o mesmo é regulamentado pelo Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008, que tratadas infrações ao meio ambiente e respectivas sanções administrativas, e estabelece o regramento para que sejam apuradas tais infrações.⁴⁴

Já o processo administrativo sanitário visa à apuração de infrações sanitárias, com a aplicação das penalidades pertinentes para cada caso. Esse processo tem início após ser lavrado auto de infração sanitária, sendo regulamentado pela lei 6.437 de 1975.⁴⁵

O processo administrativo que visa a apuração de infrações à normas de trânsito e imposição de penalidades aos responsáveis é regulamentado pelo Código Brasileiro de Trânsito, que estabelece no art. 280 que o mesmo é iniciado com a lavratura do auto de

⁴⁴FRANCO, Gabriel Pereira. Processo Administrativo Ambiental: Fase apuratória e executiva. **Âmbito Jurídico**. Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9102. Último acesso em: 28 de out. 2016.

⁴⁵SOUZA, Lorena Cristiane da Silva; ENDO, Thaís Cremonesi; MORAES, Suzany Portal da S. Processo administrativo sanitário aplicado a área de alimentos. ANVISA, 2015. Disponível em:

<http://adcon.rn.gov.br/ACERVO/Suvisa/doc/DOC00000000091987.PDF>. Último acesso em: 28 de out. 2016

infração e se encerra com o julgamento das formas de impugnações à disposição do suposto infrator, conforme arts. 281 e ss.⁴⁶

De maneira simplificada, nas ações de natureza penal, os autos produzidos em sede de inquérito policial são enviados, após a devida investigação, ao Ministério Público para que o mesmo decida, com base nos indícios de autoria e materialidade, pelo oferecimento ou não da denúncia. Caso o mesmo entenda que existem indícios suficientes e ofereça a denúncia, cabe ao juiz recebimento ou não da mesma, sendo o Processo Penal instaurado em caso positivo. Após isso, dar-se-á início a fase de instrução processual, na qual são produzidas as provas, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa e, o fim do processo, o magistrado determina a procedência ou não da ação penal, com imparcialidade e baseando-se nas provas apresentadas. A sentença penal de condenação pode influenciar no Processo Administrativo, já que a mesma poderá ocasionar, em determinados casos, a perda da função pública, do cargo ou mandato eletivo, sendo que o juiz precisa declarar na sentença essas resultantes, conforme previsto no art. 92 do Código Penal.

É possível afirmar que umas das únicas diferenças entre as duas espécies de ilicitude é a respeito da quantidade e do grau, isto é, o administrativo é um minus do penal.

Além disso, embora o direito administrativo sancionador tenha conexão com vários ramos do direito, é possível afirmar uma maior ligação com o Direito Penal do que com os ramos do direito público que possuem caráter punitivo. Essa interligação acontece com ênfase na natureza dos ilícitos e nos princípios de intervenção mínima, de legalidade, de lesividade.

1.4.1 Da possibilidade de uso de prova emprestada do processo penal em processos administrativos

Não está delimitada a noção da prova emprestada na legislação vigente. O debate acerca de sua aplicabilidade e de sua abrangência valorativa abarca a doutrina e a jurisprudência.

⁴⁶MASCARENHAS, Robson Silva. Processo administrativo para imposição de multa de trânsito: breves notas a luz da jurisprudência do STJ. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9186&revista_caderno=4. Último acesso em: 28 de out de 2016

De qualquer modo, entende-se como prova emprestada aquela que é elaborada em um processo e, posteriormente, é transferida para outro processo, de modo documental, ou seja, por certidão, traslado ou outro instrumento autenticado. De acordo com Fernando Capez “embora originariamente possa ser testemunhal ou pericial, no momento em que é transportada para o novo processo, passa a constituir mera prova documental”⁴⁷.

Dentro de um panorama de isonomia, de segurança jurídica e de economia processual, verificam-se duas hipóteses. A primeira relaciona-se com a possibilidade de se utilizar a prova em dois ou mais processos em andamento concomitante, efetuando-se de uma vez apenas. A segunda refere-se à utilização de uma prova erigida em um processo para outro, por meio de cópia.

Mesmo que considerada, de modo formal, como prova documental, o objetivo que se deseja proporcionar à prova emprestada é a de conservar a sua natureza jurídica inicial sobre um fato.

A prova emprestada “formalmente obedece às prescrições legais para a prova documental, por ser trazida aos autos mediante um meio gráfico de reprodução, um documento”⁴⁸. Contudo, entende-se que a prova emprestada tutela a natureza jurídica original e será analisada conforme as regras que regulamentam essa natureza.

A eficiência da prova emprestada dentro do processo penal possui oposições para alguns doutrinadores. Destaca-se, primeiramente, que esse tipo de prova apenas pode ser avaliado como admissível quando verificados os parâmetros constitucionais que proporcionam substrato ao devido processo legal. Isso em virtude de o processo penal ser norteado por diversos princípios fundamentais que não aceitam a descoberta e a prova da verdade de qualquer maneira⁴⁹. Assim, com fundamento nas garantias constitucionais, são determinados alguns contornos de aplicação da prova emprestada.

Por conseguinte, a eficiência e a validade da prova emprestada ficam condicionadas à observância de alguns requisitos, como, por exemplo, os seguintes: a) que a prova emprestada tenha sido obtida em processo no qual tenham as partes também participado; b) verificação do princípio do contraditório em se tratando do processo no qual a prova foi elaborada primeiramente; c) que a prova do processo original tenha sido elaborada diante de um juiz natural do outro processo; d) que o elemento da prova seja igual nos dois processos.

⁴⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.246/247.

⁴⁸ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p.232.

⁴⁹ ARAÚJO, J.O.C. **Verdade processual penal: limitações à prova**. Curitiba: Juruá, 2006. p.51.

A prova produzida em sede de processo criminal, especialmente as originadas de interceptações telefônicas, só poderão ser emprestadas para outro processo caso seja respeitado o princípio da ampla defesa e do contraditório, cabendo destacar que grande parte da doutrina e da jurisprudência defende a necessidade de que as partes sejam as mesmas em ambos os processos.

No processo originário as partes tiveram acesso às garantias constitucionais. Nesse caso, a prova é totalmente válida no processo ao qual será emprestada, transmitindo o seu valor oriundo do primeiro processo. Contudo, a garantia do contraditório precisa ser garantida às partes no momento da juntada da prova emprestada no segundo processo.

Em razão do princípio constitucional de que ninguém será processado a não ser pela autoridade competente, há dúvidas a respeito de dever a prova emprestada ser elaborada diante do magistrado que será competente para julgar também o segundo processo, tendo em vista os princípios do juiz natural e da inafastabilidade da jurisdição⁵⁰.

Outrossim, parte da doutrina entende que a regularidade da prova emprestada está condicionada à verificação do princípio do juiz natural, de forma que ela precisa ser elaborada perante o mesmo magistrado que julgará o processo secundário⁵¹. Ada Pellegrini, partidária desse entendimento, estabelece a necessidade de “que contraditório no processo originário tenha sido instituído perante o mesmo juiz, que também seja o juiz da segunda causa.”⁵²

Em um entendimento contrário, afirma Badaró que a verificação da necessidade da prova ser elaborada perante o juiz natural não significa a determinação de que “em ambos os processos, o juiz deva ser o mesmo. Não se trata de identidade do juiz”⁵³.

Eduardo Talamini defende que, em se tratando de atos não decisórios (art. 567 do CPP), seria possível a utilização dos mesmos, a título de prova emprestada, ainda que produzidas perante juiz incompetente para o julgamento da ação penal de destino.⁵⁴ Grinover, Magalhães e Scarance também compartilham esse entendimento, fazendo, contudo, a seguinte ponderação: “o juiz do segundo processo, percebendo não ser o órgão judiciário, perante o

⁵⁰ TALAMINI, Eduardo. **Prova emprestada no processo civil e penal**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n.140, 1998. p.147.

⁵¹ MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. Campinas: Bookseller, 1999.p.195

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Prova emprestada**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.1, n. 4, 1993. p.66.

⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique RighiIvahy. **Direito processual penal: tomo I**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.p.13/14.

⁵⁴ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 35, n. 140, out./dez. 1998. p.150/151

qual a prova foi produzida em contraditório, o juiz constitucionalmente competente para a segunda causa, deverá tomar as maiores cautelas no aproveitamento da prova emprestada.”⁵⁵

A prova construída perante o juiz natural consiste na prova que foi cultivada diante de um magistrado competente, uma vez que é obrigatório o processo ter seu andamento proporcionado por autoridade competente. Além disso, o princípio do juiz natural se integra com a norma categórica de que não existirá juízo ou tribunal de exceção, consoante disposto no inciso XXXVII c/c LIII ambos do artigo 5º da Constituição Federal.⁵⁶

Por conseguinte, considera-se como juiz natural o magistrado que tem a capacidade de julgar oriunda de fontes constitucionais⁵⁷. Assim sendo, sobre essa questão controversa relacionada ao empréstimo de provas para o processo penal, Cláudio Demczuk chega à seguinte conclusão:

“Diante de tal quadro, temos como preferível assentar apenas a impossibilidade do empréstimo para o processo penal da prova produzida sem a presença do juiz, atraindo à discussão do tema igualmente os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal (art. 5º, XXXV e LIV, da CF)”⁵⁸

Em relação à utilização da prova usada em processo penal anterior, aceita-se a sua cessão para outro processo penal, com a condição de que as partes abrangidas pelo processo penal, com a condição de que as partes abrangidas pelo processo sejam iguais para que possa ser respeitado os princípios do contraditório e da ampla defesa.⁵⁹

Ao acusado em processo criminal não pode ser atribuída à carga de ter contra si a manifestação judicial preliminar de completa validade e eficiência de uma prova emprestada oriunda de outro processo de que não tenha feito parte.

Exceto a hipótese de ação penal privada, na qual uma das partes no processo criminal é permanente, qual seja, o Ministério Público, de um modo geral a interceptação telefônica autorizada por meio judicial acontece em uma ação penal que abrange a participação de um ou mais réus, dos seus procuradores e do representante do Ministério Público. Ao se transferir essa prova ao processo cível, raramente uma das partes será o Ministério Público.

⁵⁵GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p.118

⁵⁶ Art.5: XXXVII. Não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII. Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righilvahy. **Direito processual penal: tomo I**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.p.16.

⁵⁸DEM CZUK, Cláudio. **O uso da prova emprestada no processo penal**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 2012. p.289

⁵⁹ DEM CZUK, Cláudio. **O uso da prova emprestada no processo penal**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 2012. p.287/288.

No âmbito do processo administrativo, as maneiras de instrução da prova no processo não são restritivamente previstas, não se proibindo a utilização da denominada prova emprestada.

O inciso IX do artigo 129 da Constituição Federal impede que o Ministério Público efetue a representação judicial das instituições públicas, sendo dirigido o processo administrativo pela autoridade competente para processá-lo e julgá-lo. Desta forma, se o Ministério Público não for uma das partes do processo é admissível que o mesmo autorize a instauração de interceptação telefônica. Caso contrário, afrontaria o princípio do contraditório,⁶⁰.

Verifica-se que a observância ao princípio do contraditório precisa ocorrer na aquisição da prova no processo anterior e isso se reproduz com relação à análise da prova emprestada no próximo processo. Para Tourinho Filho a prova emprestada é válida, mas “vigorando entre nós os princípios do contraditório e da ampla defesa, parece claro que o valor probatório dessa ‘prova emprestada’ fica condicionado à sua passagem pelo crivo do contraditório, do contrário ela se torna ilícita, visto que obtida com violação de princípios constitucionais”⁶¹.

A contrariedade da prova precisa ser admissível não apenas em se tratando de seu aspecto documental, mas também em se tratando de seu aspecto testemunhal. Assim, a prova que compõe a interceptação telefônica “é testemunhal, visto que consistente no diálogo de pessoas humanas”, sendo essencial aceitar que dentro da provável intimidade de uma conversação, de acordo com o contexto, um interlocutor não possui a obrigação com a verdade⁶².

Dentro do processo administrativo, direcionado especificamente pela verdade material, “não há razão para dificultar o uso da prova emprestada, desde que, de qualquer maneira, se abra a possibilidade ao interessado de questioná-la”⁶³.

O acolhimento da prova emprestada de uma ação penal para outra de mesma classe, com a condição de que sejam considerados os requisitos de validade delineados anteriormente, não possui enorme oposição jurisprudencial e doutrinária. Contudo, a disputa possui limites característicos quando se versa de transferência de prova consistente em

⁶⁰ MARTINS, J.H.S. **Prova criminal**. Curitiba: Juruá, 1996. p.90.

⁶¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º vol., 31ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p.515.

⁶² PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito processual penal**. Teoria, crítica e práxis. Niterói, Rio de Janeiro: Ímpetus, 4ed, 2006.p.621.

⁶³ FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo. Ed. Malheiros, 2001. p.195.

interceptação telefônica alcançada de maneira adequada para processos civis e administrativos.

O processo administrativo disciplinar, denominado inadequadamente de inquérito administrativo, consiste no instrumento de verificação e de sanção de faltas graves relativas a servidores públicos e aos outros indivíduos submetidos ao regime funcional de algumas instituições da Administração. Além disso, “tal processo baseia-se na supremacia especial que o Estado mantém sobre todos aqueles que se vinculam a seus serviços ou atividades, definitiva ou transitoriamente, submetendo-se à sua disciplina”⁶⁴.

Esse processo fundamenta-se na superioridade peculiar que o Estado conserva sobre as pessoas que se relacionam aos seus serviços, de forma transitória ou determinante, sendo submetida à sua matéria.

No procedimento administrativo são admissíveis os princípios do processo penal comum, quando não incompatíveis, com as leis administrativas conexas. No panorama geral de observância do devido processo legal, se adiciona a tutela constitucional de que as partes, em processo administrativo ou judicial, e aos acusados de maneira geral são asseverados o contraditório e a ampla defesa, com os instrumentos e os recursos a ela essenciais, consoante o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.⁶⁵

Assim, tanto a Constituição Federal quanto a Lei nº 9.296/96, foram responsáveis pela regulamentação das interceptações telefônicas no país, de forma lícita, sendo omissas no que se refere à possibilidade de, quando interceptado um diálogo telefônico para a instrumentalização do processo penal, emprestar-se a prova para os processos administrativos e civis.

Destaca-se que a problemática diz respeito exatamente ao direito à intimidade. Quando transgredido de maneira lícita, por instrumento de interceptação telefônica, a intimidade de uma pessoa, com a finalidade de efetuar uma investigação criminal ou uma instrução de processo penal, questiona-se se estaria exaurida a tutela da intimidade.

A prova emprestada para outro processo, de outra espécie, tornará possível a entrada de novos indivíduos aos processos e isso expandirá o nível de ofensa à intimidade. Neste sentido, há doutrinadores que buscam efetuar uma interpretação literal da norma constitucional. Deste modo, assegura-se a tese de que a interceptação telefônica apenas foi possibilitada para a realização de investigação penal ou da instrução do processo penal.

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.p.693.

⁶⁵ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Em virtude disso, o seu uso nos processos administrativos e civis poderia ser considerado como prova ilícita. Revelam-se contra a probabilidade de transferência de prova conseguida através da interceptação telefônica lícita a processos de natureza diversa.

Há doutrinadores, contudo, que, ao analisarem a imprecisão que pode ocorrer no que se refere à existência de uma gravação clandestina ou de uma interceptação telefônica, colocam-se em posicionamento favorável à aplicação da prova emprestada. Somente condicionam o aproveitamento de tal diligência à imperatividade de que a parte contra a qual ela vai ser utilizada tenha feito parte da ação penal na qual foi efetuada a sua produção, de modo que não exista transgressão ao princípio do contraditório.

É nesse panorama que se impõe a probabilidade de se transmitir ou não para a ação administrativa uma prova elaborada através da interceptação telefônica permitida pelo magistrado criminal.

Nos processos administrativos vigora o princípio da atipicidade, uma vez que muitas das faltas administrativas não são delimitadas com exatidão pela legislação. Constituem-se em infrações abertas, as quais ficam submetidas ao exame da Administração Pública, a qual levará em conta o nível de gravidade do ato ilícito e de seus efeitos para constituí-la ou não como um procedimento irregular⁶⁶. Nessa conjuntura, o administrador possui um nível mais largo de discricionariedade para encaixar algum tipo de conduta em um ato ilícito, sendo muito abrangente o âmbito de motivações que podem ser utilizadas para motivar a decisão.

Em virtude dessa particularidade, cabe ressaltar o entendimento, apesar de minoritário, de alguns doutrinadores que defendem a impossibilidade de empréstimo de prova produzida em processo criminal (como a interceptação telefônica), para processo administrativo.⁶⁷

Corroborar esse entendimento o fato de que o processo administrativo disciplinar é orientado, no Brasil, por uma autoridade administrativa estranha ao Poder Judiciário. A instrução do processo cabe à uma comissão conjugada por servidores. Nesse sentido, esses autores defendem que seria complicado apoiar uma transferência de uma prova obtida em processo criminal por meio de interceptação para um processo de classe administrativa, no qual os indivíduos responsáveis pela decisão não têm necessariamente uma formação jurídica

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.p.59.

⁶⁷ DA SILVA, Josué Graciliano; MELLO, Rogério. **Perguntas e Respostas Sobre o Processo Administrativo Disciplinar**. Disponível em: <https://eticaegestao.ifsc.edu.br/formacao-de-gestores/perguntas-e-respostas-sobre-processo-administrativo-disciplinar/> Acesso em out.2016.

DEMÇZUK, Cláudio. **O uso da prova emprestada no processo penal**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 2012. p.289

e onde existirá uma quebra de sigilo com afronta ao princípio do juiz natural e uma provável transgressão do contraditório.

2 DA JURIDICIDADE DO USO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO PROVA EMPRESTADA NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

Para os juristas que defendem a admissibilidade da interceptação telefônica através de prova emprestada, isso pode ocorrer quando a interceptação tiver sido efetuada em consonância com a Lei nº 9.296/96. Desse modo, ao quebrar-se o sigilo das comunicações telefônicas através da interceptação, não se teria motivos para obstaculizar a transferência do conteúdo alcançado por esse meio, uma vez que a intimidade fora transgredida de maneira lícita⁶⁸.

O valor tutelado por meio da Constituição Federal pelo impedimento das interceptações telefônicas corresponde à intimidade. Uma vez que esta é quebrada, de forma lícita, em virtude de um permissivo legal, não há mais o que se tutelar.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já emitiu decisão para admitir prova emprestada em processo administrativo disciplinar contra funcionários públicos abrangidos por uma investigação criminal:

*“EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação Telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. **Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos.**”*

Já os doutrinadores que defendem a inadmissibilidade da interceptação telefônica como prova emprestada além dos casos permitidos pela Constituição Federal, quais sejam, na investigação criminal e no processo penal, entendem que haveria uma transgressão indireta à

⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal – as Interceptações Telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976. p.194.

Carta Magna, no sentido de que se possibilitaria por via oblíqua o que é impedido pela via direta.⁶⁹

De qualquer modo, é necessário que a realização da interceptação telefônica ocorra por meio de decisão judicial. Assim, ao solicitar-se a interceptação, a decisão que a permite assim o faz para a finalidade demonstrada nos autos.

De acordo com o ex-ministro do STF Sepúlveda Pertence, as permissões para a realização dos grampos telefônicos estão sendo outorgadas sem a utilização de nenhum critério. Conforme referido pelo jurista: “De um lado, o combate à criminalidade organizada exige a interceptação telefônica. De outro, a banalização da prática é um abuso intolerável em um Estado de direito”.⁷⁰

O envio e o uso em processo disciplinar de interceptação telefônica obtida em processo penal precisam ser abonados pelo juízo responsável pela tutela do sigilo desse meio probatório. Além disso, é preciso que sejam observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que, na hipótese de não serem verificados esses requisitos, serão considerados nulos tanto a sindicância quanto o processo administrativo desenvolvido apenas com provas advindas de interceptações telefônicas.

Está regulada a interceptação telefônica na Lei nº 9.296/96, a qual menciona em seu artigo primeiro que sua efetivação apenas será possibilitada para a finalidade da investigação criminal. Em concomitância, a Constituição Federal acabou prevendo a inviolabilidade do segredo das conversas por telefone, presumindo singular caso para a sua violação, que é a interceptação para a investigação criminal ou para a instrumentalização do processo penal.

Em virtude disso, entende-se que a interceptação telefônica é a excepcionalidade da norma de inviolabilidade da intimidade do indivíduo. Por isso, fica delimitada a procurar provas de investigação e de processo penal, assim como subjugado em razão da verificação de indicativos de autoria ou de participação, sendo o instrumento singular disponível de prova.

A transgressão, em observância a essas categorias, possui embasamento na violação de sigilo telefônico, em relação à intimidade pessoal, uma vez que uma transgressão da paz social é possível de abrandar o direito à inviolabilidade das comunicações.

⁶⁹GOMES, Camila Paula de Barros; BARROS, Marco Antonio de. **Interceptação telefônica emprestada ao processo administrativo disciplinar**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 99, n. 900, 2010. p.385-406; COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **Interceptação telefônica como prova emprestada em Processo Administrativo Disciplinar**. Clubjus, Brasília-DF: 29 jun. 2007.p. 611; FILHO, Vicente Greco. *Interceptação Telefônica*, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 39-40.

⁷⁰ PERTENCE, Sepúlveda. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/03/06/materia.2008-03-06.7200500211/view> Acesso em: 10 de julho de 2008.>.

A problemática de emprestar a prova do direito penal ao direito administrativo em razão da interceptação telefônica precisa ser melhor compreendida. Isso porque a interceptação das telecomunicações corresponde a um sistema de investigação criminal, o qual adentrou no ordenamento jurídico brasileiro para regular o disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a qual, por meio desse artigo, garantiu a inviolabilidade do sigilo como sendo um direito fundamental a todos, com a excepcionalidade, somente, da ordem judicial para a realização de investigação criminal e de instrução de processo penal.

A Lei nº 9.296/96 acabou regulamentando a interceptação telefônica, exigindo, outrossim, determinados elementos para a sua garantia, dentre eles que o tipo penal investigado seja castigado com a pena de reclusão, que existem sinais de autoria e de participação e que a prova obtida não possa ser conseguida por outros instrumentos possíveis.

Acerca da interceptação telefônica, afirma Fernando Capez que:

“Assim, não poderá ser autorizada judicialmente a diligência, quando a finalidade for extra penal ou quando tratar-se de contravenção penal ou crime apenado com detenção. Fica claro seu caráter subsidiário, somente tendo lugar quando não for possível nenhum outro meio de formação do conhecimento”⁷¹.

Assim, observa-se que a vontade do legislador constituinte e do legislador infraconstitucional constitui-se na de limitar ao campo penal as hipóteses de interceptação telefônica, não existindo motivos para a interceptação das comunicações no âmbito do Direito Civil ou do Direito Administrativo. Isso quer dizer que não se pode estabelecer a interceptação telefônica para verificar os fatos que não possuem natureza penal.

Sobre a prova emprestada:

“É aquela produzida em outro processo e, através da reprodução documental, juntada no processo criminal pendente de decisão. O juiz pode levá-la em consideração, embora deva ter a especial cautela de verificar como foi formada no outro feito, de onde foi importada, para saber se houve o indispensável devido processo legal. Essa verificação inclui, naturalmente, o direito indeclinável ao contraditório, razão pela qual abrange o fato de ser constatado se as mesmas partes estavam envolvidas no processo onde a prova foi efetivamente produzida”⁷².

Por conseguinte, no campo penal, a probabilidade de uso de prova emprestada é bem evidente, com a condição de que as partes sejam iguais em ambos os processos nos quais a

⁷¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.37.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004.p.332.

prova será utilizada, ou seja, a prova emprestada apenas possui validade na hipótese de ser obtida perante o mesmo requerido, eis que assim não desrespeitaria os princípios da ampla defesa e do contraditório⁷³.

Em relação à possibilidade de se emprestar uma prova elaborada no campo penal para o Direito Administrativo, obtida de maneira legal, precisa-se ter o mesmo entendimento, qual seja, se o funcionário público investigado for igual ao do processo penal não há motivos para não levar em consideração a prova penal que foi subjugada ao crivo da ampla defesa e do contraditório, levando-se em consideração a licitude da prova, bem como a sua judicialização, não se configurando o caso previsto na Constituição Federal, no qual não se aceitam provas colhidas através de instrumentos ilícitos.

De acordo com Luiz Vicente Cernicchiaro, “De outro lado, a prova colhida conforme o procedimento mencionado só pode ser utilizada na hipótese mencionada no requerimento de autorização judicial. Ou seja, imprestável para outro inquérito, ou outro processo”⁷⁴.

A importância constitucional do impedimento das interceptações telefônicas abrange a intimidade do indivíduo. Uma vez que esteja desfeita esta, tendo em vista o permissivo constitucional, não há mais o que ser tutelado. Seria exagero recusar-se a aceitação de uma prova colhida desse modo, sob o argumento de que estaria vulnerável ao dispositivo constitucional⁷⁵.

É possível que o magistrado cível possa utilizar a prova emprestada do processo penal com a condição de que a parte contra a qual se vai elaborar a prova colhida por meio do grampo telefônico seja igual em todos os âmbitos possíveis, tendo em vista a observância da unidade de jurisdição⁷⁶.

Esse entendimento corresponde a decisões do Superior Tribunal de Justiça, que, ao julgar o Mandado de Segurança 9212/DF, 2003/0142195-4 (Rel. Min. GILSON DIPP), abarcando processo disciplinar e também a questão da interceptação telefônica, alegou que:

“(…)VI - Sendo a interceptação telefônica requerida nos exatos termos da Lei nº 9.296/96, uma vez que o impetrante também responde a processo criminal, não há que se falar em nulidade do processo administrativo disciplinar.

⁷³ Gomes, Luiz Flávio. **Direito processual Penal**. v. 6. Ed. RT. São Paulo. 2005. P.118/119.

⁷⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Lei 9.296/96: interceptação telefônica**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.47, 1996. p.3.

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal - as interceptações telefônicas**. Editora Saraiva: São Paulo, 1996. p.194.

⁷⁶ JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. SP, RT, 8ª ed., 2004, p. 203.

VII - Evidenciado o respeito aos princípios do devido processual, do contraditório e da ampla defesa, não há que se falar em nulidades do processo administrativo disciplinar, principalmente quando o "writ" é impetrado como forma derradeira de insatisfação com o conclusivo desfecho do processo administrativo disciplinar (...).”

Os presumidos ilícitos, tanto na esfera penal quanto na esfera administrativa, apenas vieram à tona por intermédio da interceptação autorizada dentro de uma ação penal, de maneira aleatória, qual seja, não era elemento de verificação anterior, tendo originado de modo inesperado, não possuindo vínculo com o investigado.

2.1 ANÁLISE DOUTRINÁRIA

A doutrina jurídica ou direito científico pode ser entendida como um compilado de estudos das mais diversas áreas ou mesmo dos mais diversos instrumentos do direito, elaborados por estudiosos com grande conhecimento jurídico, tendo por objetivo entender, de maneira mais profunda, os mais diferentes temas ligados ao direito e, a partir disso, atuar no desempenho de três funções principais: Atuar criação e modernização do direito, garantindo que este esteja sempre adequado as novas realidades que vão surgindo com o passar do tempo; Contribuir para a sistematização do direito objetivando melhorar, cada vez mais, interpretação de normas e temas do mesmo; Agir de maneira crítica, analisando os diversos ângulos de um tema, chegando assim o mais próximo possível à concepção real da sociedade.

Nas palavras do importante doutrinador Miguel Reale “A doutrina, ou Direito Científico, compõe-se de estudos e teorias, desenvolvidas pelos juristas, com o objetivo de sistematizar e interpretar as normas vigentes e de conceber novos institutos jurídicos, [...]”⁷⁷

Esse importante instrumento do direito é responsável por auxiliar na correta interpretação dos vários institutos e normas, cabendo mencionar que, mesmo sendo considerado como fonte indireta do direito, seu estudo é completamente indispensável para qualquer jurista, seja ele juiz, advogado, promotor ou defensor, já que é somente a partir dele que poderão adquirir a sabedoria necessária para atuar nos diversos ramos do direito.

⁷⁷REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.176

No caso da legalidade no uso da interceptação telefônica como prova emprestada em processos administrativos não poderia ser diferente. Na grande maioria dos casos concretos, ligados a essa questão, as correntes doutrinárias e estudos jurídicos são sempre levados em consideração para a formação da convicção dos magistrados, seja para nortear, seja para embasar suas decisões, ajudando assim na formação da jurisprudência dos diversos tribunais, em especial do STF e STJ objetos desse estudo.⁷⁸

Em relação ao tema em análise, uma das mais importantes correntes doutrinárias sobre o mesmo defende que a prova produzida por interceptação telefônica pode ser emprestada em processos diversos do penal, contudo, para que isso ocorra, é necessária a correspondência das partes nos dois processos. Isso significa dizer que, mesmo em sede de processo administrativo existe a possibilidade de empréstimo da prova oriundo de processo criminal desde que as partes sejam as mesmas.⁷⁹

Ada Pellegrini Grinover é uma das que defende essa corrente. A mesma conclui pela possibilidade de empréstimo de prova sempre que as partes forem as mesmas, pois assim não há o que se falar em violação ao princípio do contraditório, sendo também importante que seja garantido o princípio da ampla defesa. Além disso, a doutrinadora afirma que esse empréstimo não acarreta violação ao princípio fundamental da intimidade, em suas palavras:

“O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável.”⁸⁰

Essa mesma corrente é defendida por Nelson Nery Júnior:

“(…) entendemos ser admissível a produção da prova obtida licitamente (porque autorizada pela CF) para a investigação criminal ou instrução processual penal, como prova emprestada no processo civil. A natureza da causa civil é irrelevante para a admissão da prova. Desde que a escuta tenha sido determinada para servir de prova direta na esfera criminal, pode essa prova ser emprestada ao processo civil”.⁸¹

Carla Heidrich Antunes também defende que:

⁷⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 746.

⁷⁹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.61

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal – as Interceptações Telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976. p.194.

⁸¹ JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. SP, RT, 8ª ed., 2004, p. 203

“A prova obtida através de interceptação telefônica em juízo criminal, sendo autorizada judicialmente, pode ser emprestada para o processo civil, já que se trata de prova produzida lícitamente, não sendo eivada por qualquer vício. A Constituição proíbe somente as provas obtidas por meios ilícitos, e não o empréstimo de uma prova que foi colhida por meio lícito. (...)”

Assim, se nos dois processos (criminal e cível), as partes forem as mesmas, embora ocupem posições diversas (pólos ativos e passivos), sendo a prova da escuta telefônica autorizada judicialmente, se a prova foi sabatinada pelas mesmas partes e assim observados o contraditório e ampla defesa e, ainda, se a Constituição só não acolhe a prova obtida por meio ilícito, é razoável e, portanto, possível que no processo cível se possa utilizar, validamente, uma escuta telefônica ou outra prova que lícitamente foi obtida primeiramente no procedimento criminal”.⁸²

Em sentido contrário, outra importante corrente doutrinária entende pela interpretação literal da Constituição Federal, a qual preceitua que a investigação criminal autoriza a interceptação telefônica, mas somente em processos penais ou instrução processual penal. Por conseguinte segundo a doutrina, a prova oriunda de processo criminal não deve sair desse meio processual e, por tanto, não pode ser emprestada para outros processos, sejam civis, administrativos ou trabalhistas⁸³.

Dessa maneira, conforme defendido nesta corrente de pensamento, a prova emprestada pelo processo penal oriunda da interceptação telefônica, poderia, até mesmo ser considerada uma prova ilícita⁸⁴.

Nessa mesma linha, a doutrina de Greco Filho ensina que as regras contidas na Constituição Federal e absorvidas ou reguladas pela lei da interceptação não devem ser entendidas de forma diferente do que consta na letra da lei, ou seja, não deveria ser emprestada, pois não é a finalidade da lei, sendo que a prova serve apenas ao processo criminal. Em suas palavras:

“Em conclusão, a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser “emprestada” (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito. (...) essa prova criminal deve permanecer em “segredo de justiça”. É inconciliável o empréstimo de prova com o segredo de justiça assegurado no art. 1º.”⁸⁵

Posição análoga é defendida também por Luiz Flávio Gomes, o qual afirma que:

⁸² ANTUNES, Carla Heidrich. Prova Emprestanda: Algumas Considerações. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v. 5, 2000. p. 36

⁸³ GOMES, Camila Paula de Barros; BARROS, Marco Antonio de. **Interceptação telefônica emprestada ao processo administrativo disciplinar**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 99, n. 900, 2010. p.385-406

⁸⁴ COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **Interceptação telefônica como prova emprestada em Processo Administrativo Disciplinar**. Clubjus, Brasília-DF: 29 jun. 2007.p. 611.

⁸⁵ FILHO, Vicente Greco. Interceptação Telefônica, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 39-40.

“O legislador constitucional ao delimitar a finalidade da interceptação telefônica (criminal) já estava ponderando valores, sopesando interesses. Nisso reside também o princípio da proporcionalidade. Segundo a imagem do legislador, justifica-se sacrificar o direito à intimidade para uma investigação ou processo criminal, não civil. Isso tem por base os valores envolvidos num e noutro processo. (...) “Estando em jogo liberdades constitucionais (direito à intimidade frente a outros direitos ou interesses), procurou o constituinte, desde logo, demarcar o âmbito de prevalência de outro interesse (criminal), em detrimento da intimidade. Mesmo assim, não é qualquer crime que admite a interceptação. Essa escolha, fundada na proporcionalidade, não pode ser desviada na praxe forense. Em conclusão, a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser ‘emprestada’ (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito. (...) Urge o respeito à vontade do constituinte (‘fins criminais’). Ao permitir a interceptação, como quebra que é do sigilo das comunicações, somente para ‘fins criminais’, já fazia uso da ponderação e da proporcionalidade, que agora não pode ser ampliada na prática. Impõe-se, por último, acrescentar: essa prova criminal deve permanecer em ‘segredo de justiça’. É inconciliável o empréstimo de prova com o segredo de justiça assegurado no art. 1º”.⁸⁶

Outro doutrinador partidário desse entendimento é José Carlos Barbosa Moreira:

“Pois bem: suponhamos que se cuide de fita magnética, gravada mediante interceptação telefônica para a qual se tinha autorização judicial. A fita era admissível como prova no âmbito penal; não no civil, já que para este não se teria podido autorizar a interceptação. Quid iuris se o interessado quer utilizá-la como ‘prova emprestada’ perante o juiz civil? No campo doutrinário tem-se admitido a possibilidade de semelhante utilização. A favor dela pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto. Mas por outro lado talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela (...)”⁸⁷.

Lenio Luiz Streck, importante nome da doutrina brasileira, assim se manifesta no tocante à possibilidade no uso da interceptação como prova emprestada em processo não penal:

“Na medida em que o art. 1º, *caput*, da Lei 9.296/96 permite, desde que autorizada por Juiz de Direito competente e em segredo de justiça, a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para uso em prova em investigação criminal e em instrução processual penal, (...). E, sendo a lei dirigida especificamente ao processo penal, é evidente que não será possível o uso de prova colhida mediante interceptação em outros

⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio. Finalidade da Interceptação Telefônica e a Questão da ‘Prova Emprestada’. In: Repertório IOB de Jurisprudência, v. 4/97, 1997. p. 75.

⁸⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e As Provas Ilicitamente Adquiridas. Revista de Direito Administrativo, v. 205, 1996. p. 20.

processo, é dizer, a dicção da Lei 9.296 não dá azo ao uso da assim denominada prova emprestada.”⁸⁸

A interceptação telefônica, enquanto meio oculto de investigação criminal, representa um elevado potencial de danosidade social, na medida em que restringe inevitavelmente direitos fundamentais. Por isso, é admitida apenas em “*última ratio*”, devendo funcionar como um meio de obtenção de prova excepcional, e está submetida a apertados requisitos de admissibilidade.

No plano objetivo, as interceptações telefônicas desencadeiam um processo de devassa que não pode circunscrever-se ao sacrifício mais óbvio e linear da inviolabilidade das telecomunicações. A interceptação e a gravação não consentida de conversações telefônicas acabam sempre por consumir a lesão irreparável do direito à palavra falada. E implicam igualmente, e no que ao arguido ou suspeito especificamente concerne, um atentado direto ao respectivo *status activus processualis*. A interceptação telefônica não consentida pode converter-se numa forma larvada de obtenção de confissões não livres⁸⁹.

Para além disso, a interceptação telefônica consumará normalmente o sacrifício da autodeterminação sobre a informação. Tanto da pessoa perseguida como de terceiros.

De acordo com o entendimento de Fernando Capez:

“não poderá ser autorizada judicialmente a diligência, quando a finalidade for extra penal ou quando tratar-se de contravenção penal ou crime apenado com detenção. Fica claro seu caráter subsidiário, somente tendo lugar quando não for possível nenhum outro meio de formação do conhecimento”.⁹⁰

Por tudo que foi exposto, podemos concluir que a doutrina em relação a possibilidade ou não do uso da interceptação telefônica com prova emprestada em processo administrativo, não é unânime em seu posicionamento, contudo a mesma se divide basicamente em duas correntes: Um defende ser possível o empréstimo e a outra crê na sua impossibilidade.

A primeira corrente prega ser possível o empréstimo da prova, desde que as partes sejam as mesmas em ambos os processos e que a elas sejam garantidos o contraditório e a ampla defesa. Esta corrente ainda defende que não há nova violação ao princípio da intimidade, quando da transmissão da prova de um processo para o outro e que por isso, caso

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais. 2ed., Porto Alegre- RS. 2001. p.41.

⁸⁹ COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **Interceptação telefônica como prova emprestada em Processo Administrativo Disciplinar**. Clubjus, Brasília-DF: 29 jun. 2007.p. 612.

⁹⁰COSTA, S. H. da. **Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas**. Revista do Processo, ano 31, v. 133, p. 85-120, mar. 2006.p. 551.

essa prova tenha sido produzida de maneira lícita não há para que a mesma não seja utilizada em outro processo. É importante frisar que o sigilo da prova se mantém mesmo quando autorizado seu empréstimo.

Já a segunda corrente entende que, tanto a lei 9.296 quanto a Constituição Federal estabelecem que a interceptação telefônica só pode ser produzida em sede de inquérito policial ou de processo penal, e que por esse motivo não seria possível o empréstimo desse tipo de prova para processos diferentes do penal, sob pena de afronta aos preceitos da lei e da constituição federal.

2.2 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF

Inicialmente, é importante destacar que, apesar das diversas polêmicas e divergências a respeito do empréstimo de provas, especificamente da interceptação telefônica, oriundas de processos criminais, para processos administrativos, o Supremo Tribunal Federal, ao longo dos anos, vem adotando posicionamento no sentido da possibilidade desse tipo de empréstimo, desde que respeitados alguns critérios.

Para que a transmissão da prova seja possível, a interceptação precisa ter sido produzida de maneira lícita, respeitando todos os requisitos presentes na lei e na Constituição; além disso, as partes precisam ser as mesmas em ambos os processos, para que não seja violado o contraditório e a ampla defesa; e, por último, a autoridade que receber a prova deve garantir o sigilo da prova, para que o bem jurídico tutelado, no caso a intimidade, não seja novamente violado.

Esse posicionamento foi adotado pela primeira vez em sede de procedimento criminal, levado ao conhecimento do Supremo, em questão envolvendo o inquérito policial nº 2424, onde foi suscitada pelo Relator do processo, Min. Cezar Peloso, em 25/04/2007, questão de ordem a respeito da possibilidade ou não de empréstimo de dados oriundos de interceptações telefônicas e escutas ambientais autorizadas, para efeito de juízo sobre a instauração, ou não, de processo administrativo destinado a apurar infrações disciplinares. Nas palavras do relator:

“A questão, que ora suscito, está em saber se podem, ou não, ser deferidos tais requerimentos, à vista da Constituição da República, que só permite quebra do sigilo das comunicações telefônicas “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, inc. XII), e, ainda, do art. 1º da Lei nº 9.296, de 24.07.96, o qual prescreve que “a interceptação de comunicações

telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.””

Em decisão tomada por maioria dos votos, o Tribunal determinou, no que concerne à questão de ordem, pela autorização da mesma, nos termos do voto do relator, estabelecendo que seria possível o empréstimo de provas oriundas de processos penais para processos administrativos tendo, contudo, a Autoridade Administrativa que tiver acesso a essas provas, o dever de resguardar o sigilo das mesmas, como podemos ver abaixo:

“PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos. (Inq 2424 QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00055 EMENT VOL-02286-01 PP-00109 RTJ VOL-00205-02 PP-00638)

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), resolveu a questão de ordem pela autorização, sob dever de resguardo do sigilo, de envio ao Superior Tribunal de Justiça e ao Conselho Nacional de Justiça de cópias do acervo probatório coligido no Inquérito 2.424-4/RJ, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que negava a autorização apenas com relação aos elementos submetidos a sigilo. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Declarou suspeição o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 25.04.2007.”

Em seu voto o Ministro Cesar Peluso, ora relator do processo:

“(…) Penso que, na interpretação daqueles dois textos (art. 5º, XII, da Constituição, e art. 1º da Lei nº 9.296/96), se devam discernir, à luz dos valores em ambos ponderados e tutelados, dois âmbitos semânticos correspondentes a duas normas ou regras distintas (...) da **produção da prova** inerente aos resultados documentais da interceptação e o do seu **uso processual** em sentido lato. (grifo do autor)

Não há dúvida de que, no primeiro aspecto, o da produção, a restrição constitucional tem por objetivo claro preservar a intimidade, como bem jurídico privado, mas essencial à dignidade da pessoa, até o limite em que tal valor (...)tem de ceder à manifesta superioridade do interesse público na apuração e punição de crime grave, enquanto o mais conspícuo dos atentados às condições fundamentais de subsistência da vida social.(...) Outra coisa é o âmbito do **uso lícito da prova** consistente nos dados

retóricos obtidos com a violação da intimidade e, nessa moldura, é que tem agora o intérprete de, (...), perquirir se existe, ou não, algum interesse público transcendente, que, (...), mereça sobrepor-se mais uma vez, agora na esfera ou instância não penal competente, à garantia de uma intimidade já devassada, para efeito de aplicar ao autor daquele ato, por conta da sua simultânea ilicitude doutra ordem, a sanção legal não penal que lhe convenha ou corresponda, a título de resposta estratégica do ordenamento à transgressão de norma jurídica de taxinomia diversa.”

Ainda em seu voto, o Ministro conclui que:

“(…) o que de todo me não parece ajustar-se às normas discerníveis nos textos constitucional e legal, enquanto ingredientes do sistema, é que os resultados prático-retóricos da interceptação autorizada não possam produzir efeitos ou ser objeto de consideração nos processos e procedimentos não penais, perante o órgão ou órgãos decisórios competentes, contra a mesma pessoa a que se atribua, agora do ponto de vista de outra qualificação jurídica de ilicitude em dano do Estado, a prática ou autoria do mesmo ato que, para ser apurado na sua dimensão jurídico-criminal, foi alvo da interceptação lícita, como exigência do superior interesse público do mesmíssimo Estado. Ou, dito de maneira mais direta, não posso conceber como insultuoso à Constituição nem à lei o entendimento de que a prova oriunda de interceptação lícita, autorizada e realizada em procedimento criminal, trate-se de inquérito ou processo-crime, contra certa pessoa, na condição de suspeito, indiciado ou réu, pode ser-lhe oposta, na esfera competente, pelo mesmo Estado, encarnado por órgão administrativo ou judiciário a que esteja o agente submisso, como prova do mesmíssimo ato, visto agora sob a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar.(…)Do exposto, proponho, como resposta à questão de ordem, que se autorize, para os fins já enunciados, sob dever de resguardo do sigilo, remessa de cópia integral das provas constantes deste inquérito ao Superior Tribunal de Justiça e ao Conselho Nacional de Justiça, bem como, eventualmente, ao Tribunal Regional Federal do Rio de Janeiro e ao Tribunal Regional de Trabalho de Campinas, se o requererem.”

Em posição contrária ao voto do relator e, conseqüentemente do posicionamento adotado pelo Tribunal a respeito do tema, o ministro Marco Aurélio afirma em seu voto que:

"(…) O procedimento criminal que corre no Supremo é embrionário; não existe sequer ação penal em curso. O que nos vem da Carta Federal? Uma regra a direcionar ao sigilo de dados, ao sigilo das comunicações telefônicas. Ora, a exceção, como requer o texto constitucional - e todo preceito a encerrar exceção somente deve merecer interpretação estrita -, pode servir de senha para a abertura, para a utilização dos dados obtidos em processos que não tenham contornos criminais? Em outras palavras, a circunstâncias de haver base constitucional para se afastar a regra - o sigilo - conduz, em passo subsequente, à possibilidade de extensão praticamente absoluta? Ouvi palavras favoráveis ao acesso pelo Conselho Nacional de Justiça, em processo administrativo; ao acesso pelo Superior Tribunal de Justiça, também em processo administrativo, para finalidade estritamente administrativa; ao acesso pelo Tribunal Regional Federal da 2ª região, também não visando à persecução criminal, que está a cargo do Supremo,

está a cargo do Procurador-Geral da República, mas ao crivo administrativo; ao acesso pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, também para que atue de forma, a meu ver, levando em conta esses dados, temporã, açodada, no campo administrativo. Isso é transformar a exceção em regra. É banalizar o que se quer excepcional, o que se quer raro, ou seja, a quebra. A quebra - exceção - contrapôs à preservação do sigilo – regra.(...)”

Outra decisão que podemos citar a respeito do tema em análise é a proferida pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 87859-8-DF. Em sede de processo investigativo da conduta de servidores, o supremo indeferiu o HC e, conseqüentemente, decidiu pelo acolhimento das provas emprestadas do processo criminal para elucidação do processo administrativo disciplinar, vez que estes servidores também eram partes no processo criminal.

Nesse caso específico, o réu suscitou pela impugnação e não aceitação das provas oriundas do processo criminal, do qual era acusado de tráfico de entorpecentes, porque as provas colhidas pela interceptação telefônica supostamente não serviriam ao processo administrativo visto não constar as datas das interceptações nos laudos apresentados, contudo, no acórdão, o pleno do STF indeferiu de forma unânime o pedido de *Habeas Corpus*.

Ademais, podemos citar outros julgados do STF, que corroboram o posicionamento adotado na questão de ordem citada e que ajudaram a consolidar a jurisprudência do tribunal. Segue abaixo:

“EMENTA: **PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica.**(Documentos. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedentes. Voto vencido. **Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas.** (Pet 3683 QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2008, DJe-035 DIVULG 19-02-2009 PUBLIC 20-02-2009 EMENT VOL-02349-05 PP-01012 RMDPPP v. 5, n. 28, 2009, p. 102-104) O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, resolveu a questão de ordem no sentido de permitir o compartilhamento requerido pela Controladoria-Geral da União, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 13.08.2008.” (grifo nosso)

“EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROVA PRODUZIDA EM AÇÃO PENAL EMPRESTADA PARA UTILIZAÇÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. VALIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CRIMES PUNÍVEIS COM PENA DE DETENÇÃO. CRIMES CONEXOS. POSSIBILIDADE. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. MANDADO DE SEGURANÇA. FASE PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. **O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é válida a utilização, em processo administrativo, de provas emprestadas no Processo Penal.(grifo nosso)** Precedente. 2. “Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação” (HC 83.515, Rel. Min. Nelson Jobim). 3. No caso, para chegar a conclusão diversa do acórdão recorrido, imprescindíveis seriam a análise da legislação infraconstitucional pertinente e uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos (Súmula 279/STF), procedimentos inviáveis em recurso extraordinário. 4. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que “o mandado de segurança não viabiliza a fase probatória, devendo vir com a inicial os elementos de convicção quanto à ofensa a direito líquido e certo” (MS 28.538, Min. Marco Aurélio). 5. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RE 810906 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 11-09-2015 PUBLIC 14-09-2015)

A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. 1ª Turma, 4.8.2015.”

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO MINISTRO DA FAZENDA. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NEGATIVA DE PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Não há qualquer impeditivo legal de que a comissão de inquérito em processo administrativo disciplinar seja formada pelos mesmos membros de comissão anterior que havia sido anulada. 2. Inexiste previsão na Lei nº 8.112/1990 de intimação do acusado após a elaboração do relatório final da comissão processante, sendo necessária a demonstração do prejuízo causado pela falta de intimação, o que não ocorreu no presente caso. 3. O acusado em processo administrativo disciplinar não possui direito subjetivo ao deferimento de todas as provas requeridas nos autos, ainda mais quando consideradas impertinentes ou meramente protelatórias pela comissão processante (art. 156, §1º, Lei nº 8.112/1990). 4.

A jurisprudência desta Corte admite o uso de prova emprestada em processo administrativo disciplinar, em especial a utilização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para investigação criminal.(grifo nosso) Precedentes. 5. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS 28774, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 22/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016)

Após os votos do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, e do Senhor Ministro Edson Fachin, que davam provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança; e dos votos dos Senhores Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber, Presidente, que negavam provimento ao recurso, a Turma suspendeu o julgamento do processo a fim de se aguardar voto de desempate do Senhor Ministro Luiz Fux, ausente, justificadamente. 1ª Turma, 22.9.2015.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao recurso ordinário em razão da inexistência de direito líquido e certo, nos termos do voto do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente e Redator para o acórdão, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Edson Fachin. 1ª Turma, 9.8.2016.”

Com base em todo o exposto, podemos concluir que a jurisprudência da Suprema Corte no que concerne o tema em análise já é consolidada. Apesar de ainda existirem posições doutrinárias divergentes, como já mencionado, o Supremo, em sua maioria, admite o uso de prova emprestada em processo administrativo disciplinar, em especial a utilização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para investigação criminal.

2.3 ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA- STJ

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já julgou diversos casos envolvendo a possibilidade do empréstimo de provas oriundas de processos penais, sobretudo a interceptação telefônica, para processos administrativos. Assim como o STF, essa Corte firmou a orientação de que é admissível o uso de interceptações telefônicas, na forma de provas emprestadas, derivadas de processo penal, desde que tenha havido, para tanto, autorização judicial, bem como que tenha sido dada a oportunidade do contraditório as partes, em relação a essas provas.

Podemos citar alguns precedentes dessa corte que ajudaram a consolidar a jurisprudência da mesma a respeito desse tema bem controverso e importante. São eles o Mandado de Segurança 7024/DF, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ04.6.2001; O Mandado de Segurança 9212/DF, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ01.6.2005; o Mandado de

Segurança 11965/DF, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJ18.10.2007; E o RMS 16429/SC, Rel. Min. MARIA THERESA DE ASSISMOURA, DJE23.6.2008. Abaixo segue as ementas dos citados julgados:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA.POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS. DEMISSÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA.ATO DE COMPETÊNCIA DO MINISTRO DE ESTADO. DELEGAÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. POSSIBILIDADE. MATERIALIDADE. REVOLVIMENTO DE PROVA.IMPOSSIBILIDADE. DILIGÊNCIA. NEGATIVA FUNDAMENTADA. ART. 156, § 1º DA LEI Nº 8.112/90. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. REQUERIMENTO NOS TERMOS LEGAIS - PROCEDIMENTO CRIMINAL. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

É absolutamente pacífico o entendimento, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, de que as esferas penal e administrativa são independentes.

Possibilidade de o Presidente da República delegar aos Ministros de Estado a competência para demitir servidores de seus respectivos quadros – parágrafo único do art. 84, CF.

A alegada ausência de materialidade importa em revolvimento de provas, o que é inviável nessa via sumária.

O indeferimento das diligências requeridas pelos impetrantes foi devidamente fundamentado, respeitando-se, dessa forma, o disposto no art. 156, § 1º da Lei nº 8.112/90.

A interceptação telefônica foi requerida nos exatos termos da Lei nº 9.296/96, uma vez que os impetrantes também respondem a processo criminal.(grifo nosso)

Ordem denegada.

(MS 7024/DF, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03.2001, DJ 04/06/2001, pg.58).”

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE SINDICÂNCIA. PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO DISPENSÁVEL. REEXAME DE PROVAS PRODUZIDAS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. REQUERIMENTO NOS TERMOS LEGAIS. "WRIT" IMPETRADO COMO FORMA DE INSATISFAÇÃO COM O CONCLUSIVO DESFECHO DO PROCESSO DISCIPLINAR. ORDEM DENEGADA.

I - A sindicância constitui mero procedimento preparatório do processo administrativo disciplinar, sendo, portanto, dispensável quando já existam elementos suficientes a justificar a instauração do processo, como ocorreu in casu.

II - Consoante prevê o art. 156, § 1º da Lei nº 8.112/90, "O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos." .

III - Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade.

IV - A ação mandamental não se confunde com processos cujos ritos são ordinários, onde é possível a produção de todas as provas possíveis à elucidação da controvérsia. Seu rito é distinto. As provas têm que ser pré-constituídas, de modo a evidenciar a latente ofensa ao direito líquido e certo invocado pelo impetrante. Afinal, nesta via não se trabalha com dúvidas, presunções ou ilações. Os fatos têm que ser precisos e incontrovertidos. A discussão deve

orbitar somente no campo da aplicação do direito ao caso concreto.

V - Aplicável o princípio do "pas de nullitésansgrief", tendo em vista que eventual nulidade do processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo, o que não ocorreu no presente caso.

VI - Sendo a interceptação telefônica requerida nos exatos termos da Lei nº 9.296/96, uma vez que o impetrante também responde a processo criminal, não há que se falar em nulidade do processo administrativo disciplinar.(grifo nosso)

VII - Evidenciado o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não há que se falar em nulidades do processo administrativo disciplinar, principalmente quando o "writ" é impetrado como forma derradeira de insatisfação com o conclusivo desfecho do processo administrativo disciplinar.

VIII - Ordem denegada.

(MS 9212/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2005, DJ 01/06/2005, pg.92).”

“MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. LEGALIDADE. MÉRITO ADMINISTRATIVO. REEXAME DE PROVAS. PROVA EMPRESTADA. LEGALIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA RESPEITADOS. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Verificado o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, com citação válida, oportunidade de defesa e exposição dos fatos de que o servidor deve se defender, não há que se falar em nulidade do processo administrativo porque o acusado não foi ouvido pela comissão de sindicância na fase probatória do processo administrativo disciplinar.

2. O Poder Judiciário, em sede de mandado de segurança, não pode reapreciar provas nem adentrar no mérito administrativo.

3. Tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal firmaram entendimento no sentido de que a nulidade do processo administrativo disciplinar é declarável na hipótese de restar evidenciado o prejuízo à defesa do servidor acusado, em observância ao princípio pas de nullitésansgrief.

4. **"A doutrina e a jurisprudência se posicionam de forma favorável à "prova emprestada", não havendo que suscitar qualquer nulidade, tendo em conta que foi respeitado o contraditório e a ampla defesa no âmbito do processo administrativo disciplinar" (RMS 20.066/GO, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 10/4/06).** (grifo nosso)

5. Segurança denegada.

(MS 11.965/DF, Rel. Ministro PAULO MEDINA, Rel. p/ Acórdão Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2007, DJ 18/10/2007, p. 258)"

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA POR JUIZ CRIMINAL.

PROVA EMPRESTADA. SINDICÂNCIA E PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO JUÍZO CRIMINAL. NÃO-OCORRÊNCIA NO CASO. NULIDADE.

1. **É cabível o uso excepcional de interceptação telefônica em processo disciplinar, desde que seja também observado no âmbito administrativo o devido processo legal, respeitados os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, bem como haja expressa autorização do Juízo Criminal, responsável pela preservação do sigilo de tal prova, de sua remessa e utilização pela Administração.**(grifo nosso)

2. São nulos o desenvolvimento de sindicância e a instauração de processo administrativo disciplinar com base exclusivamente em fita cassete e degravação oriundas de interceptação telefônica, se o envio e a utilização das referidas provas não forem autorizados pelo Juízo Criminal.

3. Recurso ordinário provido. Segurança concedida.

(RMS 16.429/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/06/2008, DJe 23/06/2008)

Outrossim, podemos citar alguns dos julgados mais recentes do STJ que corroboram a afirmação de que existe um entendimento consolidado da mesma.

No Mandado de Segurança 17538 / DF, julgado em 2016, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e impetrado por Policial Rodoviário Federal condenado em Processo Administrativo Disciplinar, o STJ firmou entendimento, após analisar outros PAs decorrentes da mesma operação policial, no sentido de que seria admissível o uso de interceptações telefônicas, na forma de provas emprestadas, derivadas de processo penal, visto que, como vemos nos autos, ocorreu autorização judicial e oportunidade para o contraditório. Abaixo segue a ementa:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. POLICIAL RODOVIÁRIO.

PROCESSO DISCIPLINAR. OPERAÇÃO POEIRA NO ASFALTO. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL.

APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NO CPB. NULIDADE DA PORTARIA INAUGURAL. DESNECESSIDADE DE INDICAÇÃO MINUCIOSA DOS FATOS INVESTIGADOS E CAPITULAÇÃO. ADMISSIBILIDADE DO USO DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DERIVADAS DE PROCESSO PENAL. PROVA EMPRESTADA. ORDEM DENEGADA, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL.

1. Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por Policial Rodoviário Federal condenado em Processo Administrativo Disciplinar, aberto após o recebimento de informações derivadas de investigação nomeada Operação Poeira no Asfalto, em razão de suposto envolvimento em atividade de sonegação fiscal decorrente da comercialização ilícita de combustíveis, liberação irregular de veículos, omissão na fiscalização de veículos irregulares e repasse de informações sigilosas sobre operações de fiscalização 2. Evidenciado nos autos que a conduta do impetrante foi objeto de apuração na esfera criminal, a prescrição da sancionabilidade administrativa do ato se regula pelo prazo prescricional previsto na lei penal (art. 142, § 2o. da Lei 8.112/90).

3. Somente após o início da instrução probatória, a Comissão Processante poderá fazer o relato circunstanciado das condutas supostamente praticadas pelo Servidor indiciado, capitulando as infrações porventura cometidas; precisamente por isso, não se exige que a Portaria instauradora do Processo Disciplinar contenha a minuciosa descrição dos fatos que serão apurados, exigível apenas quando do indiciamento do Servidor.

4. **Analisando outros processos administrativos, decorrentes da mesma operação policial, esta Corte firmou a orientação de que é admissível o uso de interceptações telefônicas, na forma de provas emprestadas, derivadas de processo penal, desde que tenha havido autorização judicial para tanto, como na hipótese dos autos, bem como que tenha sido dada oportunidade para o contraditório em relação a elas, como de fato verifica-se da leitura do processo administrativo.(grifo nosso)** Precedentes: MS 17.536/DF, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 20.4.2016; MS 17.535/DF, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 15.9.2014; MS 17.534/DF, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 20.3.2014.

5. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial, com ressalva das vias ordinárias.

(MS 17.538/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 22/08/2016)”

Já no AgRg no RMS 35573/RJ, também julgado em 2016, o impetrante pugnou que fosse declarada a nulidade do processo administrativo disciplinar que culminou na sua demissão visto que, segundo ele o PAD, amparado exclusivamente na prova emprestado do processo penal, foi produzido em clara violação aos princípios do contraditório e da ampla

defesa. Contudo, essa alegação não foi aceita, já que o impetrante era parte do processo penal no qual a prova foi produzida, tendo sido lhe dado todas essas garantias. Segue ementa:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. FISCAL DE RENDAS DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PAD. SUPOSTA PRÁTICA DE DELITO FISCAL. PENA APLICADA: DEMISSÃO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE CONVERSÃO DO FEITO EM DILIGÊNCIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. DEGRAVAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LEGALMENTE COLHIDA EM INSTRUÇÃO CRIMINAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem acolhido a legitimidade do uso excepcional de interceptação telefônica em processo disciplinar, desde que seja também observado no âmbito administrativo o devido processo legal, respeitadas os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, bem como haja expressa autorização do Juízo Criminal, responsável pela preservação do sigilo de tal prova(grifo nosso), de sua remessa e utilização pela Administração (RMS 16.429/SC, Rel.

Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJU 23.6.2008).

2. Tendo sido a interceptação telefônica concretizada nos exatos termos da Lei 9.296/1996, haja vista que o impetrante também responde criminalmente por sua conduta, não há que se falar em ilegalidade do uso desta prova para instruir o PAD.(grifo nosso)

3. No que concerne ao pedido de juntada do inteiro teor das gravações, é certo que o art. 156, caput da Lei 8.112/1990, com vistas a dar efetividade à garantia constitucional da ampla defesa, confere ao Servidor investigado o direito de apresentar, propor e produzir todas as provas que, ao seu juízo, possam ser úteis à defesa de seus interesses, mormente a inquirição de testemunhas.

Ocorre que, da análise dos autos, verifica-se que a recusa na conversão do feito em diligência para que fosse solicitada cópia integral das gravações foi devidamente motivada pela Comissão Processante, explicitando que cabia ao impetrante ter juntado aos autos os documentos que entendia necessários ao deslinde da controvérsia, já que tinha pleno acesso aos mesmos, além de que se mostrava desnecessária a análise do restante das gravações, porquanto não diziam respeito ao indiciado.

4. Outrossim, o impetrante sequer apontou os eventuais prejuízos que teriam sido sofridos em razão do indeferimento do pedido. Como cediço, o cerceamento de defesa não se presume; tem de ser efetivamente demonstrado por parte de quem argúi, mediante exposição detalhada do vício e sua repercussão. É o chamado princípio do *pasde nullitégrief*, amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência pátria.

5. Quanto à alegada impossibilidade de utilização da prova declarada ilegal pelo STJ no julgamento do HC 154.093/RJ, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 15.4.2011, convém destacar que foi oportunizado ao impetrante se manifestar e impugnar as conclusões do laudo pericial em diversas oportunidades do processo administrativo disciplinar, tendo ele se limitado a alegar apenas fundamentos formais do laudo, não tendo, em nenhuma oportunidade, questionado o conteúdo criptografado da agenda. Além disso, a aplicação da penalidade de demissão ao impetrante não decorreu

apenas do laudo pericial produzido pelo Ministério Público, mas de todo o instrumento probatório colido, qual seja: gravações telefônicas (inclusive, como visto, questionadas nessa oportunidade), depoimentos dos acusados e das testemunhas e prova documental decorrente de análises fiscais 6. Assim, imposta a partir de elementos convincentes da postura desprestigiada do impetrante em relação à ética funcional, aferidos em procedimento realizado em harmonia com os princípios embasadores da atividade sancionadora da Administração, não há qualquer ilegalidade na aplicação da sanção punitiva. Ao contrário, sua penalização evidencia-se coerente, inclusive, com os postulados da proporcionalidade e razoabilidade, elementos integrativos da extensão da legalidade do ato disciplinar.

7. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no RMS 35.573/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 28/06/2016)”

Também podemos citar o MS 17536 / DF, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques no qual o impetrante pleiteou a concessão de liminar para suspender sua demissão. O impetrante alegou, dentre outras coisas, que não seria lícito a utilização de gravações telefônicas em processos administrativos bem como a ocorrência de cerceamento do direito de defesa em relação às interceptações, porquanto a sentença penal foi trazida aos autos somente após o seu indiciamento, momento em que o Processo Administrativo encontrava-se sob análise da Consultoria Jurídica, sem que lhe fosse oportunizado o direito ao contraditório e a ampla defesa. Abaixo podemos observar na ementa do processo que nenhuma das alegações prosperaram, tendo sido o pedido denegado pelo tribunal.

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. ART. 117, XI E 132, IV E XI, DA LEI 8.112/1990. "OPERAÇÃO POEIRA NO ASFALTO". PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DISCIPLINAR. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA REGRA DO ART. 142, § 2º, DA LEI 8.112/1990. NULIDADE DA PORTARIA INSTAURADORA DO PAD. INOCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DA DESCRIÇÃO MINUCIOSA DOS FATOS. PRECEDENTES. USO DE PROVA EMPRESTADA. INTERCEPÇÃO TELEFÔNICA. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. JUNTADA DE SENTENÇA PENAL NA FASE DE PRONUNCIAMENTO DA CONSULTORIA JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. MERO REFORÇO ARGUMENTATIVO. EXISTÊNCIA DE PROVAS CONTUNDENTES DA INFRAÇÃO FUNCIONAL. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Pretende o impetrante, ex-Policia Rodoviário Federal, a concessão da segurança para anular a Portaria 759, de 03 de maio de 2011, do Ministro de Estado da Justiça, que lhe impôs pena de demissão do cargo público anteriormente ocupado, pelo enquadramento nas infrações disciplinares previstas nos arts. 117, XI e 132, IV e XI, da Lei 8.112/1990, sob o pretexto de que a pretensão punitiva está fulminada pela prescrição,

a portaria inaugural do PAD seria nula por não indicar o teor da acusação, **a interceptação telefônica foi utilizada sem prova técnica, a ilicitude das interceptações telefônicas, a ocorrência de cerceamento de direito de defesa diante da juntada aos autos da sentença penal condenatória, sem que fosse oportunizado o direito ao contraditório e a inexistência de provas do ilícito.**

2. É firme o entendimento no âmbito do STJ no sentido de que, nos termos do art. 142, § 1º, da Lei 8.112/1990, o termo inicial do prazo prescricional da pretensão punitiva disciplinar do Estado inicia-se na data do conhecimento do fato pela autoridade competente para a instauração do PAD, ou seja, o prazo prescricional não se inicia com a mera ciência da irregularidade por qualquer servidor público, mas sim pela regular ciência da infração pela autoridade competente para a instauração do PAD. No caso de irregularidades funcionais cometidas por Policiais Rodoviários Federais o termo inicial do prazo prescricional da pretensão punitiva disciplinar é a data da ciência das irregularidades pelo Sr. Corregedor-Geral de Polícia Rodoviária Federal, na forma do que dispõe o art. 10, IV e VI, da Portaria MJ nº 3.741, de 15/12/2004.

3. O prazo prescricional iniciou-se em 20/03/2005, quando a autoridade competente para a instauração do PAD teve ciência do ilícito funcional em razão do recebimento pela Corregedoria-Geral da RFB do Ofício do Juízo Criminal, acompanhado da cópia da denúncia penal oferecida pela Procuradoria da República contra o impetrante e outros policiais rodoviários federais, vindo este prazo a ser interrompido com a publicação do primeiro ato instauratório válido, seja a abertura de Sindicância contraditória ou a instauração de Processo Administrativo Disciplinar, que in casu foi em 08/06/2005, mediante a Portaria 98, de 07 de junho de 2005, voltando a correr após 140 dias (arts. 152 c/c 167, da Lei 8.112/1990), ou seja, em 26/10/2005.

4. Em regra é de 05 (cinco) anos o prazo prescricional em relação às infrações puníveis com demissão, a teor do disposto no art. 142, I, da Lei 8.112/1990, a pretensão punitiva estatal findar-se-ia, em tese, em 26/10/2010. Contudo, no caso dos autos, incide a regra do § 2º do art. 142 da Lei 8.112/1990, segundo a qual "os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime", isto porque o impetrante também foi denunciado no âmbito penal, mais precisamente nos autos das Ações Penais nºs 2004.51.01.537117-0 e 2004.51.01.537118-1, em trâmite perante a 2ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, pela prática dos crimes de corrupção passiva qualificada (art. 317, § 1º, do Código Penal), advocacia administrativa (art. 321, parágrafo único, do Código Penal) e de formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal), em concurso material (art. 69 do Código Penal), vindo a ser condenado à pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos e 01 (um) mês de reclusão/detenção e 49 (quarenta e nove) dias-multa, em regime semi-aberto, bem como à perda do cargo público, na forma do art. 92, I, do Código Penal.

5. Considerando a existência de sentença penal condenatória ainda pendente de trânsito em julgado, aplica-se o prazo prescricional com base na pena em concreto fixada pelo juízo criminal, nos moldes daquele entendimento firmado pela 5ª Turma do STJ no RMS 21.214/PR, rel. Min. Félix Fischer, Dj 29/10/2007, de modo que o prazo prescricional da pretensão punitiva disciplinar no presente casu é de 12 (doze) anos, na forma do inciso III do art. 109 do Código Penal, findando-se apenas em 26

de outubro de 2017, de modo que a sanção foi aplicada em 04/05/2011, ou seja, antes de findo o prazo prescricional.

6. É firme o entendimento jurisprudencial no âmbito do STJ no sentido de que inexistente nulidade no ato de instauração do PAD em razão da ausência de individualização dos atos praticados pelo investigado, já que a descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na forma do art. 161 da Lei 8.112/1990, e não na portaria de instauração ou na citação inicial. Precedentes.

7. **É firme o entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é admitida a utilização no processo administrativo disciplinar de "prova emprestada" devidamente autorizada na esfera criminal, desde que respeitado o contraditório e a ampla defesa, dispensada a realização de prova pericial.(grifo nosso)**

8. Inexistente nulidade do PAD em razão da juntada de sentença penal condenatória apenas na fase de pronunciamento da Consultoria Jurídica, sem que fosse dada ciência ao impetrante, porquanto a sentença penal fora utilizada apenas como reforço de argumentação, como consideração extravagante para a capitulação das infrações disciplinares já reconhecidas com base no relatório final do PAD.

Precedentes.

9. Encontra-se devidamente comprovada a autoria e a materialidade delitiva diante do farto conjunto probatório, em especial das escalas de serviço, interrogatório pessoal, interceptações telefônicas, depoimentos de testemunhas, sentença penal condenatória, relatório final do PAD e do Parecer da Consultoria do Ministério da Justiça, lastreando com extrema legalidade a aplicação da pena demissória consubstanciada no ato coator, consoante bem destacou a autoridade coatora em suas informações.

10. Precedentes análogos: MS 17.535/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/09/2014, DJe 15/09/2014; MS 17.534/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/03/2014, DJe 20/03/2014.

11. Segurança denegada.

(MS 17.536/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/04/2016, DJe 20/04/2016)

Ademais, segue abaixo outros julgados, inclusive da Corte Especial, que ajudam a demonstrar a jurisprudência consolidada desta Corte:

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IRREGULARIDADES FORMAIS: UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA - AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA – CAPITULAÇÃO DA CONDENAÇÃO DISTINTA DA DO INDICIAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. BIS IN IDEM NA CONDENAÇÃO. INEXISTÊNCIA. CONDUTAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FATOS E A PENA APLICADA CONFIGURADA. 1. É cabível a chamada 'prova emprestada' no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo Juízo Criminal. Assim, não há impedimento da utilização da interceptação telefônica produzida no ação penal, no processo administrativo disciplinar, desde que observadas as diretrizes da Lei n.º 9.296/96. Precedentes. [...] 11. Segurança denegada." (MS 13.099/DF, 3.ª Seção, Rel.ª Min.ª LAURITA VAZ, DJe de 24/02/2012.)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. POLICIAL RODOVIÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO MINUCIOSA DOS FATOS INVESTIGADOS E CAPITULAÇÃO NA PORTARIA INAUGURAL. DESNECESSIDADE. SUSPEIÇÃO DA COMISSÃO PROCESSANTE. INOCORRÊNCIA. USO DE PROVA EMPRESTADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEGALIDADE. FORMAÇÃO DE CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO.

1. Mandado de segurança contra ato do Sr. Ministro de Estado da Justiça, que implicou na demissão do impetrante dos quadros de pessoal do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, em decorrência de apuração da prática das condutas descritas nos artigos 117, IX e XII e 132, IV e XI da Lei nº 8.112/90, no âmbito de processo administrativo disciplinar. [.....]

4. É firme o entendimento desta Corte que, respeitado o contraditório e a ampla defesa, é admitida a utilização no processo administrativo de "prova emprestada" devidamente autorizada na esfera criminal. Precedentes: MS 10128/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 22/02/2010, MS 13.986/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 12/02/2010, MS 13.501/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 09/02/2009, MS 12.536/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 26/09/2008, MS 10.292/DF, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, DJ 11/10/2007. 5. No caso dos autos, considerando que: i) a conduta do servidor foi devidamente especificada no despacho de indiciamento, ii) a interceptação telefônica foi concretizada nos exatos termos da Lei 9.296/96, iii) as decisões judiciais que autorizaram e prorrogaram as interceptações foram devidamente motivadas, e iv) o impetrante foi regularmente notificado da instauração do processo administrativo e para o ato do interrogatório e apresentou defesa, regular e oportunamente, é de se concluir que o PAD em questão observou todos os princípios processuais e os requisitos legais, não existindo nulidade a ser declarada. 6. Segurança denegada." (MS 15.823/DF, 1.ª Seção, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe de 18/08/2011.)

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. VÍCIOS FORMAIS. AUSÊNCIA. REGULARIDADE DO ATO IMPUGNADO.

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado da Justiça, o qual determinou, nos autos de procedimento administrativo disciplinar, a demissão do impetrante do cargo de Policial Rodoviário Federal, em razão de ter recebido propina para facilitar o transporte irregular de cargas de madeira. [...]

3. Na instrução do processo administrativo disciplinar, é possível a utilização de provas emprestadas dos autos de inquérito policial e processo criminal. Precedentes.(grifo nosso)

4. Após a análise dos elementos probatórios trazidos nos autos, conclui-se que o processo administrativo foi devidamente instaurado, a conduta foi corretamente apurada e que a decisão da autoridade coatora lastreou-se em fundamentação suficiente, não havendo qualquer vício formal no processo administrativo que culminou com a aplicação da pena de demissão ao servidor

5. Segurança denegada." (MS 15.786/DF, 1.^a Seção, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJe de 11/05/2011)

Segue-se ainda no ano de 2009 o mesmo entendimento acerca da aceitação de prova emprestada pelo processo criminal, devidamente autorizado por juiz daquele processo em emprestar a prova ao processo administrativo para que se processo o servidor nos tramites administrativos.

"PROCESSO PENAL – COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA INCLUSIVE – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO STF E DA CORTE ESPECIAL DO STJ.

1. Não pode o STJ imiscuir-se nas questões disciplinares entre a CGU e seus servidores, observando à distância a forma de exercer a disciplina. **2. É possível compartilhar a prova, colhida em processo criminal em tramitação, com o MPF e outros órgãos administrativos, para fim disciplinar. (grifo nosso)**

3. Inclui-se no rol dessas provas os diálogos colhidos mediante interceptação autorizada.(grifo nosso)

4. Agravo regimental improvido." (AgRg na APn .536/BA, Corte Especial, Rel. Min.^a ELIANA CALMON, DJe de 14/05/2009; sem grifos no original.)

Com base em todo o exposto, podemos concluir que assim como no Supremo, a jurisprudência do STJ é bastante consolidada no sentido de ser possível o uso de interceptações telefônicas advindas do processo penal, em processos administrativos, desde que, para tanto, as mesmas tenham sido devidamente autorizadas na esfera criminal e que sejam respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da interceptação telefônica, objeto de análise do presente trabalho, é previsto constitucionalmente no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, tratando-se inicialmente, de norma com aplicabilidade imediata e eficácia contida, visto que, apesar do artigo mencionar a necessidade de regulação infraconstitucional, o direito nela conferido, no caso a inviolabilidade do sigilo da correspondência e comunicações telegráficas, não depende de lei futura para a sua efetivação, somente as restrições ao exercício do mesmo é que necessitam de legislação infraconstitucional.

Desse modo, apenas com a promulgação da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, é que o inciso passou a ser inteiramente regulamentado e, conseqüentemente, a norma constitucional citada passou a ter eficácia plena. Permitiu-se, assim, que as interceptações telefônicas, respeitados os requisitos constitucionais e infralegais, pudessem, finalmente, ser usadas como prova, cabendo destacar, conforme abordado no trabalho, que a jurisprudência dominante considerou ilegal interceptações feitas antes do advento da citada lei.

As interceptações telefônicas, uma vez legalmente disciplinadas e efetuadas com obediência aos requisitos impostos no ordenamento jurídico, são aceitas como provas lícitas, sendo admissível seu resultado como fonte de prova no processo. É importante destacar, contudo, que esse tipo de prova não pode ser autorizado no sentido de começar uma investigação penal, já que este é considerado como meio de prova excepcional, só devendo ser utilizado como *ultimo ratio*, caso não haja outra forma de se obter determinada informação.

O presente trabalho teve como objetivo principal determinar se é possível utilizar interceptações telefônicas como prova emprestada em processos administrativos. Contudo, é importante destacar, conforme observado no decorrer desta monografia, que a noção de prova emprestada não se encontra delimitada na legislação vigente, seja ela constitucional ou infraconstitucional, tendo sido realizado, ao longo do último capítulo deste trabalho, uma análise minuciosa da doutrina acerca deste tema, bem como da jurisprudência dos tribunais superiores.

No tocante ao posicionamento doutrinário a respeito do tema em análise, chegamos à conclusão de que o mesmo não é unânime, dividindo-se basicamente em dois entendimentos principais. O primeiro defende ser possível o empréstimo de interceptações telefônicas para

processos não-penais, especialmente administrativos. Já o segundo defende sua impossibilidade.

A primeira corrente prega ser possível o empréstimo da prova, desde que as partes sejam as mesmas em ambos os processos e que a elas sejam garantidos o contraditório e a ampla defesa. Esta corrente ainda defende que não há nova violação ao princípio da intimidade, quando da transmissão da prova de um processo para o outro e que, por isso, caso essa prova tenha sido produzida de maneira lícita poderá ser utilizada em outro processo, mantido o sigilo da mesma.

Já a segunda corrente entende que, tanto a lei 9.296 quanto a Constituição Federal estabelecem que a interceptação telefônica só pode ser produzida em sede de inquérito policial ou de processo penal, e que por esse motivo não seria possível o empréstimo desse tipo de prova para processos diferentes do penal, sob pena de afronta aos preceitos da lei e da Constituição Federal.

Outrossim, em relação ao entendimento dos tribunais superiores, é importante destacar que, apesar das diversas polêmicas e divergências existentes a respeito do tema, tanto o Supremo Tribunal Federal- STF, quanto o Superior Tribunal de Justiça- STJ, apresentam jurisprudência consolidada em relação ao analisado.

A Suprema Corte entende ser possível o empréstimo deste tipo de prova, desde que a interceptação tenha sido produzida de maneira lícita e respeitando todos os requisitos presentes na lei e na Constituição. Além disso impõe como requisito para sua autorização, a necessidade das partes serem as mesmas em ambos os processos, garantindo assim que o contraditório e a ampla defesa não sejam violados. Por último o STF impõe à autoridade que receber a prova emprestada o dever de garantir o sigilo da mesma, para que a intimidade não seja novamente violada.

Assim como o STF, o STJ também firmou o entendimento de que é admissível o uso de interceptações telefônicas, na forma de prova emprestada, em procedimentos administrativos, desde que tenha havido, para tanto, autorização judicial, bem como que tenha sido dada a oportunidade do contraditório as partes, em relação a essas provas.

Diante de todo o exposto, apesar da doutrina e jurisprudência majoritária entenderem que seria possível a utilização de interceptações telefônicas como prova emprestada em processos administrativos, entendemos que esse tipo de empréstimo é inconstitucional, por representar uma afronta direta aos preceitos do art.5º inciso XII da CF. Esse artigo, com já

visto, traz uma exceção expressa ao princípio da intimidade, determinando a possibilidade de violação do mesmo, somente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Considera-se que o legislador constitucional, ao permitir a possibilidade de quebra do sigilo das comunicações por meio da interceptação, já havia feito a necessária ponderação dos princípios e direitos envolvidos, entendendo, com base em um juízo de proporcionalidade, que o direito a intimidade poderia sim ser mitigado, contudo única e exclusivamente em razão de investigação criminal e instrução processual penal.

Acreditamos que a vontade do constituinte originário não pode ser desvirtuada na prática forense, seja no sentido de ampliar sua abrangência (como na situação em análise), seja no sentido de restringi-la. Por isso, em nosso sentir, a prova produzida por meio de interceptação telefônica em sede de processo penal não pode ser utilizada em qualquer outro processo que não seja de natureza criminal.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Carla Heidrich. **Prova Emprestada: Algumas Considerações**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v. 5, 2000.
- ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- ARAÚJO, J.O.C. **Verdade processual penal: limitações à prova**. Curitiba: Juruá, 2006.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BADARÓ, G. H. R. I. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Lei de 05 de outubro de 1988. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm
- BRASIL. **Lei 9.296 de 1996. Lei da Interceptação Telefônica**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm.
- BRASIL. **Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 59**, de 9 de setembro de 2008, que Disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, São Paulo, Editora Atlas, 2013.
- CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Ed., Editora Juruá, Curitiba, 2009.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Lei 9.296/96** : interceptação telefônica. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.47, 1996.

CRISTO, Alessandro. Entrevista com Ada Pellegrini Revista **Consultor Jurídico**, 2009 Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/abuso-grampos-mostra-mediocridade-autora-lei-interceptacoes>.

COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **Interceptação telefônica como prova emprestada em Processo Administrativo Disciplinar**. Clubjus, Brasília-DF, 2007.

DA SILVA, Josué Graciliano; MELLO, Rogério. **Perguntas e Respostas Sobre o Processo Administrativo Disciplinar**. Disponível em: <https://eticaegestao.ifsc.edu.br/formacao-de-gestores/perguntas-e-respostas-sobre-processo-administrativo-disciplinar/>

DEMCZUK, Cláudio. **O uso da prova emprestada no processo penal**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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

FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo. Ed. Malheiros, 2001.

FRANCO, Gabriel Pereira. **Processo Administrativo Ambiental: Fase apuratória e executiva. Âmbito Jurídico**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9102.

GOMES, Camila Paula de Barros; BARROS, Marco Antonio de. **Interceptação telefônica emprestada ao processo administrativo disciplinar**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 99, n. 900, p.385-406, out. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Lei de Interceptação Telefônica: Aplicação imediata e impossibilidade de convalidação das autorizações precedentes. In Doutrina, v. 3. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1996

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica – Lei 9.296 de 24/07/96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito processual Penal**. v. 6. Ed. RT. São Paulo. 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. Editora Saraiva: São Paulo, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. Considerações sobre a lei n.º 9296 de 24 de julho de 1996. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Prova emprestada**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.1, n. 4, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, A.P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A.M. **As nulidades no processo penal**. 9. Ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal - as Interceptações Telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal - as interceptações telefônicas**. Editora Saraiva: São Paulo, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Regime Brasileiro das Interceptações telefônicas**. Revista do Conselho da Justiça Federal, n.º 03. Disponível em: <www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo16.htm> Acesso em: 30 set. 2016

JESUS, Damásio. E. de. **Interceptação de Comunicações Telefônicas: Notas à Lei 9.296, de 24/07/1996**. Revista dos Tribunais nº 735. São Paulo. 1997.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. SP, RT, 8ª ed., 2004.

JUNIOR, Renato Maciel de Sá. **A Prova Fonográfica**, Revista dos Tribunais nº 574/302-313.

MARTINS, J.H.S. **Prova criminal**. Curitiba: Juruá, 1996.

MASCARENHAS, Robson Silva. Processo administrativo para imposição de multa de trânsito: breves notas a luz da jurisprudência do STJ. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9186&revista_caderno=4.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 10ª edição, Ed. Forense 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 21ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 29ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. Campinas: Bookseller, 1999.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ORTEGA, Flávia Teixeira. Apostila- Interceptação Telefônica. In: **Jusbrasil**. 2016. Disponível em: <<http://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/334967723/apostila-interceptacao-telefonica>>

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. Ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: RT, 2011.

PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito processual penal**. Teoria, crítica e práxis. Niterói, Rio de Janeiro: Ímpetus, 4ed, 2006.

PEDROSO, FERNANDO DE ALMEIDA. Processo Penal - **O direito de defesa: Repercussão, Amplitude e Limites**. 2ª. Edição Revisada Atualizada e Ampliada Revista dos Tribunais: São Paulo, 1994.

PERTENCE, Sepúlveda. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/03/06/materia.2008-03-06.7200500211/view>> Acesso em: 10 de julho de 2008.

QUITO, Karina. Interceptações telefônicas: nova lei, velhos problemas. **Ibccrim**, boletim 176, 2007. http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3447-Interceptacoes-telefonicas-nova-lei-velhos-problemas.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **A lei de interceptação de interceptação telefônica**. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). Justiça Penal – Críticas e Sugestões. Centro de Extensão Universitária, São Paulo; RT, 1997. v. 4.

SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. **Malheiros Editores** 3 ed. 1999.

SILVEIRA, Sandra Caldas F. da. Sanções Administrativas: Diretrizes para a formulação de procedimento administrativo específico. 2015 Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/caderno/caderno-de-logistica-de-sancao-2.pdf>>.

SOUZA, Lorena Cristiane da Silva; ENDO, Thaís Cremonesi; MORAES, Suzany Portal da S. Processo administrativo sanitário aplicado a área de alimentos. ANVISA, 2015. Disponível em: <http://adcon.rn.gov.br/ACERVO/Suvisa/doc/DOC000000000091987.PDF>

STRECK, L. L. **As interceptações telefônicas e os direitos** ‘. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Último acesso em: 21 out. 2016.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Último acesso em: 21 out. 2016.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 35, n. 140, out./dez. 1998.

TASSARA JÚNIOR, Waldemar Antonio. Interceptação telefônica a luz do ordenamento jurídico brasileiro após o advento da Lei 9296/96. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 73, fev 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7129>.

TEIXEIRA, Danielle Felix. **Apontamentos sobre os princípios aplicáveis ao processo administrativo sancionador**. ConteudoJuridico, Brasilia-DF: 31 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51921&seo=1>>.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<<https://jus.com.br/artigos/2110/as-provas-obtidas-com-violacao-da-intimidade-e-sua-utilizacao-no-processo-penal>>. Último acesso em: 15 out.2016

<<https://jus.com.br/artigos/31577/da-interceptacao-telefonica>>. Último acesso em: 12 set.2016

<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=771> Último acesso em: 12 set.2016