



## INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA EMPRESTADA AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

*Professor Doutor Marco Antonio de Barros <sup>1</sup>e Prof<sup>a</sup> <sup>2</sup>Camila Paula de Barros Gomes*

### SUMÁRIO:

1. Questão de ordem decidida pela Suprema Corte - 2. A interceptação telefônica e o direito à intimidade - 3. Segredo de justiça - 4. Prova emprestada - 5. Prova ilícita e princípio da proporcionalidade - 6. Empréstimo da prova judicial para o processo administrativo disciplinar - 7. Conclusão.

### RESUMO:

É possível admitir que uma prova resultante de conversa telefônica, lícitamente interceptada para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, venha a ser emprestada para fundamentar decisão em processo administrativo disciplinar? Partindo de um julgado originário do Supremo Tribunal Federal, no qual se respondeu afirmativamente à indagação acima feita, o presente artigo procura analisar a legitimidade do empréstimo da prova, confrontando-a com o direito à intimidade, a proibição das provas ilícitas, o sigilo das interceptações telefônicas e os efeitos dessa prova no resultado do processo administrativo disciplinar.

**PALAVRAS-CHAVE:** prova emprestada, interceptação telefônica, prova ilícita, sigilo, processo administrativo disciplinar, processo penal.

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Processo Penal pela USP. Procurador de Justiça de Ministério Público de São Paulo (Aposentado).

<sup>2</sup> Professora da Faculdade de Direito da UniToledo de Araçatuba.

## **ABSTRACT:**

You can admit evidence resulting from a telephone conversation intercepted lawfully for the purpose of criminal investigation or criminal procedural, would be borrowed to support the decision of administrative disciplinary proceedings? Starting from a trial of the Supreme Court, in which he responded affirmatively to the inquiry made above, this article seeks to examine the legitimacy of the loan of the evidence, comparing it with the right to privacy, the prohibition of illegal evidence, the secrecy of telephone

## **Keywords:**

evidence loaned, telephone interception, administrative disciplinary proceedings, criminal proceedings.

## **1. Questão de ordem decidida pela Suprema Corte**

O presente artigo procura analisar alguns aspectos jurídicos relacionados com a interceptação telefônica e a sua utilização como prova emprestada em procedimento disciplinar administrativo, tendo como fonte inspiradora a decisão proferida pelo pleno do Supremo Tribunal Federal na questão de ordem levantada no Inq 2424 QO-QO, julgada em 20/06/2007, publicada em 24/08/2007, relatada pelo Min. Cezar Peluso, resumida na seguinte 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*

*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 n. 9.296/96. Precedente. 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, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova.*

A questão chegou à Corte Maior por ter sido suscitada no inquérito policial instaurado pela Polícia Federal em decorrência da chamada Operação Hurricane, em que se investigou a suposta participação de magistrados e servidores públicos na venda de sentenças, que autorizavam a prática de jogos ilícitos. Após regular interceptação telefônica, o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho Nacional de Justiça solicitaram cópias dos dados da referida interceptação para fins de instrução em processo administrativo disciplinar contra os envolvidos. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, vencido o Min. Marco Aurélio, autorizou a utilização como prova emprestada.

## **2. A interceptação telefônica e o direito à intimidade**

Claramente dominante é o entendimento no sentido de que o direito à intimidade integra a própria noção de dignidade humana, valor este de suma importância nos Estados de Direito contemporâneos. Em termos jurídicos e limitados ao propósito dessa narrativa, pode-se definir intimidade como sendo a garantia constitucional que assegura o direito ao segredo ou à reserva, integrando os chamados direitos da personalidade.

Sem embargo de sua relevância, é de ser feita uma ressalva, eis que o referido direito fundamental não é absoluto, pois, como já demonstrou Norberto Bobbio, (1992, p.17), toda a busca por um fundamento absoluto é infundada. Assim, a intimidade, como qualquer outro direito fundamental, deve ser cotejada com os outros interesses com ela colidentes, a fim de que se possa definir qual deles deve prevalecer no caso concreto.

Em caso de conflito de interesses – de um lado, a necessidade de se investigar o fato criminoso, e de outro, a preservação da intimidade do indivíduo - a deliberação judicial sobre qual deles deve prevalecer exige extrema cautela. A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 1948, em seu artigo XII, já vedava interferências arbitrárias na vida privada, reforçando o entendimento de que eventuais sacrifícios à intimidade só se justificam diante de situações graves, em que o interesse em conflito com a intimidade possa ser considerado prevalente.

Dai a expressa determinação do artigo 5º, XII, da Constituição Federal, dispondo que as interceptações telefônicas só são admitidas, na forma da lei, por ordem judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Essa inviolabilidade, resguardada em sede constitucional, segue o mesmo norte encontrado no direito de outras nações. Por exemplo, na Constituição da República Portuguesa (sétima revisão constitucional – LC n. 1/2005, de 12 de agosto), no capítulo que trata dos direitos, liberdades e garantias pessoais, reza o art. 34º, n. 4, que “é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.”

Em condições semelhantes, também se verifica, na Constituição da Espanha de 1978, em capítulo que versa sobre direitos e liberdades, a disposição contida no art. 18, n.3, feita nos seguintes termos: se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. Não é muito

diferente o preceito contido no art. 15 da Constituição italiana de 1947: la liberta e la segretezza de la corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazioni sono inviolabili. La loro limitazioni pub avvenire soltanto per atto motivato dell autorità giudiziaria com le garanzie stabilite dalla legge. Nota-se, nesses dois diplomas constitucionais, que a inviolabilidade da comunicação telefônica pode ser suplantada por ordem judicial, sem a correspondente limitação de destinar-se a quebra unicamente para fim de investigação criminal ou para instruir processo penal.

Bem se vê que a Carta Republicana brasileira atribuiu ao processo penal um tratamento diferenciado em relação às demais vertentes processuais. A explicação para tal procedimento baseia-se em circunstâncias históricas. José Carlos Barbosa Moreira (1996, p. 21), nos lembra que a extinção do regime autoritário, sob o qual “ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao ‘grampeamento’ de aparelhos telefônicos”, levou o legislador constitucional a ditar regra fundamental com o fito de “prevenir-se a recaída nesse gênero de violências.”

São, portanto, absolutamente estreitos os limites que legitimam a obtenção dessa prova. Nos moldes em que foi delineada constitucionalmente e posteriormente regulamentada em lei ordinária, a interceptação telefônica só é admitida para prova em investigação criminal e instrução processual penal, por ordem do juiz competente. Sem dúvida, a leitura atenta dos dispositivos contidos na Lei 9296/96 e sua combinação com o artigo 5º, XII da Constituição Federal, revela a preocupação do legislador em tutelar a inviolabilidade do direito à intimidade, previsto no artigo 5º, X, ainda da Carta Magna.

No dicionário de Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira, consta que o verbo interceptar significa: interromper; pôr obstáculo a; impedir; cortar; deter; fazer parar; servir de obstáculo a; deter na passagem. Entretanto, o sentido jurídico empregado na lei em tela corresponde a uma intromissão indevida em comunicação alheia, com o fito de obter informações. Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 722) diz que na interceptação telefônica “alguém invade, por aparelhos próprios, a

conversação mantida, via telefone, entre duas ou mais pessoas, captando dados, que podem ser gravados ou simplesmente ouvidos”.

A gravação da conversação telefônica pode ocorrer em ao menos quatro situações peculiares, as quais seguem diferenciadas no plano jurídico. Inicialmente, a interceptação telefônica propriamente dita ocorre quando a conversa telefônica é gravada por uma terceira pessoa, sem o conhecimento dos interlocutores. Diversa é a chamada gravação consentida, isto é, aquela feita com o conhecimento e aquiescência dos interlocutores, hipótese em que não pode haver alegação de ofensa ao princípio constitucional que tutela a intimidade dos interlocutores. Mas, ao contrário dessa segunda gravação, uma terceira modalidade, denominada gravação clandestina, consiste naquela feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento e o assentimento do outro. Nenhuma das três anteriores se confunde com a escuta telefônica, caso em que a captação da conversa é feita por terceira pessoa com o conhecimento e consentimento de apenas um dos interlocutores. A propósito dessa escuta telefônica, Hidejalma Muccio (2003, p. 161) exemplifica com a participação de agente da Polícia que capta a conversa estabelecida entre o sequestrador e o membro da família ou a pessoa indicada para negociar o resgate, com a ciência deste último.

Levando-se em conta que a ementa do julgado mencionado no item 1 deste trabalho faz referência à escuta ambiental, é conveniente anotar alguns esclarecimentos a respeito desse método de interceptação. Na doutrina especializada são descritas quatro situações de gravação ambiental, a saber: a) escuta ambiental de interesse restrito, ou seja, gravação ambiental feita por terceiro com o conhecimento de um dos interlocutores, sem que os outros saibam; b) escuta ambiental subreptícia, que consiste em gravação realizada no ambiente, por um dos interlocutores, sem que os demais interlocutores interessados saibam ou tenham consentido; c) interceptação ambiental clandestina, que consiste na gravação feita por terceiro de conversa feita entre pessoas que estão presentes em determinado local, sem que os interlocutores tenham conhecimento da gravação; d) gravação deliberada, assim denominada por

se tratar da gravação permitida num determinado lugar ou ambiente, conhecida e admitida pelos interlocutores, ainda que implicitamente.

Depreende-se que a utilidade da prova de tal natureza encontra-se diretamente vinculada ao desconhecimento da medida judicial, pois, como escreve Marcos Alexandre Coelho Zilli (2003, p. 204), trata-se de peculiar meio de busca de prova, uma vez que a captação da conversa deve ser realizada, senão com o desconhecimento de ambos os interlocutores – interceptação -, ao menos com um deles – escuta.

Evidente que antes de tornar legítima e possibilitar a interceptação telefônica, o legislador constituinte analisou a possibilidade da existência do conflito entre esse meio de prova e o direito individual à intimidade. Concluiu-se, por intermédio de uma prévia ponderação de valores, a necessidade de se instituir a possibilidade de quebra do sigilo telefônico para fins criminais.

Mas, sem perder de vista a proteção da intimidade, e sempre visando evitar abusos, o legislador limitou o uso da interceptação telefônica por meio de autorização judicial, desde que: a) haja indícios suficientes de autoria ou participação em infração penal; b) a prova não possa ser colhida por outros meios disponíveis; c) o fato investigado constituir infração penal punida com reclusão. Ademais, a decretação da medida cabe ao juiz competente para a ação principal, em decisão fundamentada, com limitação temporal da interceptação, e seja qual for a hipótese de seu deferimento, a situação objeto da investigação deve ser descrita com clareza, indicando-se inclusive a qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada (arts. 2º, 5º e 8º, da Lei 9.296/1996).

O cerco restritivo que se faz à flexibilização da inviolabilidade das comunicações telefônicas, admitindo-se, em determinados casos, a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefônicas, inspira-se em regramento que também é encontrado em legislações estrangeiras.

Por exemplo, o Código de Processo Penal português (2006, Coimbra), permite ao juiz ordenar ou autorizar – se houver razões para

crer que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova -, a aplicação da medida quanto a crimes: a) puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos; b) relativos ao tráfico de estupefacientes; c) relativos a armas, engenhos, matérias explosivas e análogas; d) de contrabando; e) de injúria, de ameaça, de coação, de devassa da vida privada e perturbação da paz e sossego, quando cometidos através de telefone (conforme art. 187º, 1). E, para efeito de investigação criminal, a referida medida judicial pode ser solicitada nos crimes praticados ou relacionados com: a) terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada; b) associações criminosas; c) contra a paz e a humanidade; d) contra a segurança do Estado; e) produção e tráfico de estupefacientes; f) falsificação de moeda ou títulos equiparados a moeda; g) abrangidos por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima (art. 187º, 2). Ainda de acordo com a lei processual penal portuguesa, se o juiz considerar os elementos recolhidos, ou alguns deles, relevantes para a prova, ordenará a sua transcrição em auto e determinará a sua juntada ao processo; caso contrário ordenará a sua destruição, ficando todos os participantes nas operações ligados por dever de segredo relativamente àquilo de que tenham tomado conhecimento (art. 188, n. 2).

Outro exemplo desse poder judicial devidamente regulamentado encontra-se na legislação processual penal da Espanha, nos seguintes termos: el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa (Ley de enjuiciamiento criminal, art. 579. n.2).

Diante disso, naturalmente se conclui que a interceptação e a gravação de conversa telefônica só encontram legitimidade quando judicialmente autorizadas em processo penal, ou para fins de investigação criminal. Assim sendo, resta inteiramente solidificada a impossibilidade de a interceptação ser judicialmente autorizada quando a investigação for estritamente de natureza administrativa. Aliás, Luiz Flávio Gomes e Raul

Cervine (1997, p. 118) são peremptórios ao recusar a possibilidade da interceptação para fins civis, comerciais, industriais, administrativos, políticos, etc. Nem sequer a admitem para a investigação que envolva direitos difusos (coletivos). Para esses autores não cabe interceptação também em ação civil pública, ação de enriquecimento ilícito, em investigações de CPI etc.

### **3. Segredo de justiça**

Outro aspecto valioso a ser considerado diz respeito ao segredo de justiça. Este impõe o sigilo absoluto dos dados coletados via interceptação telefônica, nos termos do art.1º, parte final, da Lei 9296/96. Eventual empréstimo da prova colhida sob segredo de justiça para outro processo, que tramita entre partes distintas, necessariamente quebra o referido sigilo e provoca a necessidade de responsabilização do agente responsável, o que demonstra a ilicitude desse tipo de procedimento.

Esse escudo decorrente do segredo de justiça agrega-se à linha de proteção da intimidade do indivíduo, que tem sua conversa telefônica interceptada por ordem judicial. Convém lembrar que segredo, do latim secretum, exprime o que se tem em conhecimento particular, sob reserva, ou o que é oculto. Em sentido amplo, segredo é o informe que, sendo do conhecimento apenas do seu titular ou de determinado número de pessoas, não se pode ou não se quer revelar a outrem, por disposição de lei ou por vontade juridicamente relevante do interessado.

No caso de interceptação telefônica, além de ser obrigatória a obtenção de prévia autorização do juiz competente, resguardada por uma convicção garantista dos direitos já mencionados, emana da própria lei, a determinação de se manter o inquérito ou o processo criminal coberto pelo manto do segredo de justiça.

Tal proteção é de suma importância, pois garante que somente as partes, juiz, advogado do réu, promotor de justiça, o próprio acusado e servidores da Justiça ou da área de Segurança Pública, atuantes no caso concreto, tenham acesso aos dados da interceptação. Logo, é do segredo de justiça, imposto pela lei, que decorre a

obrigatoriedade do sigilo a que implacavelmente se subordinam todas as autoridades, servidores e sujeitos do processo que dele tomarem conhecimento. Trata-se de norma que visa minimizar a interferência estatal na intimidade dos envolvidos nas conversas captadas, em obediência ao disposto no artigo 5º, LX, da Constituição Federal.

Mira-se aqui a proteção contra inevitáveis prejuízos decorrentes da publicidade que se queira dar à comunicação telefônica interceptada. Sob esse enfoque há um outro ponto relevante a ser lembrado, proposto para confrontar a existência de dois direitos opostos, ou seja, o direito à intimidade versus o direito à informação. A própria redação dada pela Emenda Constitucional n. 45 ao artigo 93, IX, da Constituição Federal, indica que os julgamentos do Judiciário serão públicos, autorizadas algumas restrições nos casos em que a preservação da intimidade não prejudique o interesse público à informação.

Novamente se recomenda extrema cautela na análise do referido dispositivo. Como pondera Guilherme de Souza Nucci (2006, p.346), não se pode permitir um acesso desmedido da imprensa a atos que correm em segredo de justiça, sob o argumento de que se está garantindo o interesse público à informação. No campo da interpretação constitucional, um dos grandes desafios da jurisdição consiste em deliberar, com exatidão, sobre a prevalência do equilíbrio e da busca de harmonia entre os direitos fundamentais. Não sendo absolutos, um deve ceder espaço para a aplicação de outro de igual categoria normativa, revelando-se a justa solução para o caso concreto.

Certo é que, nos casos de interceptações telefônicas, a Constituição já está autorizando uma violação à intimidade do indivíduo em prol de um interesse maior. Isso não significa, entretanto, que possa ocorrer uma devassa total de sua vida privada, por meio de divulgação de informações de caráter pessoal pela imprensa.

Nesse sentido, existem outras regulamentações complementares que visam estabelecer parâmetros rígidos de controle da preservação do sigilo. Exemplo disso se encontra na Resolução 36 do Conselho Nacional do Ministério Público, de 6 de abril de 2009, que

procura regulamentar o tratamento que o promotor de justiça deve dar ao sigilo das interceptações telefônicas. De acordo com o seu art. 8º, §2º, os membros do Ministério Público estão proibidos de fornecer, por vias diretas ou indiretas, a terceiros ou a órgãos de comunicação social, elementos como gravações e transcrições que tenham caráter sigiloso, sob pena de responsabilização nos termos da legislação pertinente.

Não há possibilidade de se encarar com displicência a aplicação de norma cogente de tal envergadura. Basta acrescentar que a preocupação do legislador com o sigilo das interceptações telefônicas se torna ainda mais patente na leitura do artigo 10 da Lei 9296/96, que define como crime, a conduta de quebra do segredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. A pena para tal comportamento ilícito é de reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Naturalmente, o segredo de justiça é de fundamental importância para a salvaguarda de direitos fundamentais, especialmente daquelas pessoas que, apesar de não terem qualquer relação com o fato apurado em juízo, veem seus nomes citados em conversas interceptadas. O eventual traslado do conteúdo dessas gravações telefônicas para processos civis ou administrativos só pode ser admitido se mantidas, nas referidas esferas, o segredo de justiça.

#### **4. Prova emprestada**

Partindo das premissas até aqui mencionadas, surge a oportunidade para a formulação do seguinte questionamento: pode ser emprestada para a esfera civil ou administrativa a prova originariamente produzida em sede de processo penal e que se encontra revestida do segredo de justiça? A resposta a essa pergunta demanda uma explicação preliminar sobre a prova emprestada.

Pondere-se, de imediato, que a prova emprestada não vem definida em lei. A discussão sobre a sua higidez, alcance valorativo e a própria aplicabilidade do instituto se restringe ao estudo doutrinário. Mas, a jurisprudência também tem sido provocada a se manifestar a respeito

desse assunto, tal é o exemplo colhido do julgado mencionado no item 1 desta exposição.

No âmbito do processo penal, muitos doutrinadores procuram explicitar o raio de ação da prova emprestada. Não há discordância quanto a sua conceituação, ou seja, há consenso em dizer que a prova emprestada é aquela produzida em um processo e que depois é transportada para outro processo, em forma documental, isto é, por traslado, certidão ou qualquer outro meio autenticado. Fernando Capez (2009, p. 335) ressalta que a prova emprestada, “embora originariamente possa ser testemunhal ou pericial, no momento em que é transportada para o novo processo, passa a constituir mera prova documental”. Recorde-se que a prova emprestada pode ser proveniente de qualquer meio de prova, até mesmo de um documento, da confissão do acusado, ou de um de um depoimento colhido por meio do sistema de videoconferência.

Embora formalmente tratada como prova documental, a finalidade que se pretende dar à prova emprestada é a de manter o seu caráter jurídico original a respeito de um fato. Edilson Mougnot Bonfim (2006, p. 291) exemplifica citando que “o testemunho trazido a outro processo por meio de reprodução gráfica será apreciado como prova testemunhal”. E Adalberto J. Q. T. de Camargo Aranha (2006, p. 255) enfrenta a questão referente à natureza jurídica da prova emprestada, concluindo que ela “formalmente obedece às prescrições legais para a prova documental, por ser trazida aos autos mediante um meio gráfico de reprodução, um documento”. Mas, só por isso não se lhe retira a eficácia, pois, “quanto à essência”, deve-se reconhecer que a prova emprestada “conserva a natureza jurídica primitiva e será avaliada e considerada segundo as normas que regem tal natureza”. Para esse autor, a prova emprestada é híbrida: embora documental, conserva a natureza jurídica primitiva.

De qualquer modo, a prova emprestada é tão somente mais uma prova a ser examinada pelo juiz. Autores como Paulo Heber de Moraes e João Batista Lopes (1994, p.44) sustentam que o empréstimo da

prova para outro processo não impede que o juiz competente para o julgamento da causa interprete aquela prova em consonância com os demais elementos juntados aos autos e profira a decisão. Em reforço disso, Antônio Alberto Machado (2009, p. 367) salienta que “a prova tomada de empréstimo pode servir sim de suplemento à prova principal produzida nos autos sob o contraditório; e que a prova emprestada, em tese, não pode mesmo ser considerada proscrita nem ilegal, nem mesmo ilegítima, já que em determinadas situações poderá ser perfeitamente utilizada no âmbito de processos criminais”.

Todavia, a plenitude de eficácia da prova emprestada, no processo penal, encontra objeções por parte de alguns autores. Salienta-se, em primeiro lugar, que esse tipo de prova só pode ser considerado admissível quando respeitados os parâmetros constitucionais que dão substância ao devido processo legal. Isso porque o moderno processo penal é permeado por princípios humanitários que não admitem a descoberta e prova da verdade a qualquer preço (Araújo, 2006, p.51). Desse modo, com base nas garantias previstas na Constituição Federal, são impostos alguns limites de aproveitamento da prova emprestada.

Dizendo com outras palavras, a validade e a eficácia da prova emprestada ficam subordinadas ao preenchimento de determinados requisitos, a saber: a) que a prova do primeiro processo tenha sido produzida perante o juiz natural do segundo processo; b) que a prova emprestada tenha sido colhida em processo do qual tenham participado as mesmas partes; c) que o objeto da prova seja o mesmo nos dois processos; d) observância do princípio do contraditório em relação ao processo no qual a prova foi originariamente produzida.

Eduardo Talamini (1998, p.150) aborda a questão da prova emprestada sob a ótica dos princípios do juiz natural e da inafastabilidade da jurisdição. Partindo do ditame constitucional fundamental de que ninguém será processado senão pela autoridade competente, o autor questiona se a prova, para ser emprestada, deve ter sido produzida perante juiz que também seja competente para o julgamento do segundo processo. Na visão de Irajá Pereira Messias (1999,

p.195) a validade da prova emprestada depende da observância do princípio do juiz natural, de modo que ela deve ser produzida perante o mesmo juiz que julgará o processo para o qual a prova foi deslocada.

Posicionamento discordante – e a nosso ver mais adequado à pertinência da prova emprestada - é apresentado por Gustavo H. R. I. Badaró (2008, p. 201), para quem, a satisfação do requisito de que a prova seja produzida na presença do juiz natural não corresponde à exigência de que “em ambos os processos, o juiz deva ser o mesmo. Não se trata de identidade do juiz”. Os princípios do juiz natural e da identidade física do juiz são inconfundíveis. O último desses princípios mencionados se identifica com a atual redação do § 2º do art. 399, do Código de Processo Penal, que transpôs para lides dessa natureza a obrigatoriedade de a sentença vir a ser proferida pelo juiz que presidiu a instrução do processo. Noutro vértice, a prova produzida perante o juiz natural é a prova que foi colhida perante o juiz competente, eis que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII, CF). Ademais, o princípio do juiz natural se complementa com a regra determinante de que não haverá juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, CF).

Consequentemente, ainda acompanhando-se a linha de raciocínio sustentada por Badaró, o juiz natural, *in casu*, “é o juiz cujo poder de julgar emana de fontes constitucionais (p. ex.: uma prova produzida perante a Justiça Militar não poderá ser emprestada num processo que tramita perante a Justiça Estadual).” Daí concluir-se no sentido de que no processo penal “não se poderá emprestar provas produzidas em processos administrativos (p. ex.: processos administrativos disciplinares), procedimentos administrativos (p. ex.: inquérito policial distinto do referente ao próprio processo) ou em processos arbitrais”.

Quanto ao aproveitamento da prova utilizada em um processo criminal anterior, tem sido admitido o seu empréstimo para outro processo criminal, desde que as partes envolvidas sejam as mesmas, a fim de resguardar o princípio do contraditório e a ampla defesa (Fernandes, 2000, p.96).

Eugênio Pacelli de Oliveira (2002, p. 286) ilustra a exigência do contraditório com o seguinte exemplo: em ação penal instaurada contra determinados réus, tendo ocorrido a morte de uma testemunha, a acusação providencia a obtenção de uma certidão de inteiro teor do depoimento prestado por essa testemunha; em seguida, em outra ação penal, envolvendo os mesmos fatos, movida, porém, contra outros acusados, pleiteia ao juízo que aproveite a prova emprestada. Ocorre que a sua introdução no novo processo seria inadmissível, por manifesta violação do princípio do contraditório. Essa prova não poderia ser utilizada contra réus que não participaram do processo anterior, e a falta de confrontação da colheita da prova, cujo direito se reconhece em favor de todo acusado, ao menos em tese - sendo impossível a sua renovação em juízo ante a morte da testemunha - não pode ser substituída pela simples juntada de certidão do depoimento. É evidente o prejuízo para a defesa.

Por isso, a nenhum acusado pode ser imposto o penoso fardo de ter contra si a declaração judicial prévia de plena validade e eficácia de uma prova emprestada de outro processo, do qual não tenha participado. Nesse sentido: “A prova emprestada somente poderá surtir efeito se originariamente colhida em processo entre as mesmas partes, ou no qual figure como parte quem por ela será atingido. Em hipótese alguma, por violar o princípio constitucional do contraditório, gerará efeito contra quem não tenha figurado como uma das partes do processo originário” (TJSP – Rel. Reynaldo Ayrosa – RT 667/267).

Visualizando agora a participação do órgão acusador no processo anterior, convém ressaltar, salvo o caso de ação penal privada, que uma das partes nos processos de natureza criminal é constante, ou seja, é o Ministério Público. Via de regra, a interceptação telefônica judicialmente autorizada ocorre em uma ação penal que envolve a participação de um réu ou mais réus, seu(s) advogado(s) e o representante do parquet. Ao se transpor essa prova para um processo de natureza civil, dificilmente uma das partes será o Ministério Público. No que diz respeito aos processos administrativos é certo que não será, vez que a Constituição

Federal, em seu artigo 129, IX, veda que o Ministério Público exerça a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas, sendo o processo administrativo presidido pela autoridade competente para julgá-lo. Ora, se o Ministério Público não é parte nesses processos, há quem sustente a tese de ser inaceitável a aceitação da interceptação telefônica emprestada sob pena de ofensa ao princípio do contraditório (Martins, 1996, p.90).

Em relação ao outro requisito, que torna imprescindível a constatação de que o objeto da prova seja o mesmo nos dois processos, significa dizer que a prova emprestada deve ter por finalidade a demonstração da veracidade da alegação feita por uma das partes sobre determinado fato, que tanto pode ter sido feita pela acusação quanto pela defesa.

Observe-se que o respeito ao princípio do contraditório deve se dar na obtenção da prova no processo antecedente e o mesmo se repete quanto ao exame da prova emprestada no processo subsequente. Tourinho Filho (2009, p. 218) reconhece a validade da prova emprestada, mas adverte, que “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”.

Oportuna também é a observação feita por Denílson Feitoza Pacheco (2006, p. 621), ao sustentar que a “contrariedade dessa prova documental tem que ser possível não somente em termos de sua natureza documental (por exemplo, a impugnação do laudo de transcrição porque não corresponderia ao diálogo telefônico), mas também em termos de sua natureza testemunhal (por exemplo, se os interlocutores realmente teriam falado a verdade).” Para esse autor, na sua origem, a prova objeto da interceptação telefônica “é testemunhal, visto que consistente no diálogo de pessoas humanas,” sendo necessário admitir que dentro da suposta intimidade de um diálogo, dependendo do contexto, um interlocutor não tem necessariamente o compromisso com a verdade.

## **5. Prova ilícita e princípio da proporcionalidade**

Tendo em vista os comentários registrados linhas acima, extrai-se o entendimento que parece ser consensual entre os doutrinadores, qual seja o de que somente se pode cogitar do empréstimo de provas produzidas de forma lícita, ou seja, com a observância de todos os ditames constitucionais e legais. Uma prova produzida com violação à Constituição ou à lei deve ser desentranhada dos autos. Não poderá embasar qualquer decisão. Toda prova que contenha essa mácula deve ser rejeitada pelo julgador, pois ela contraria a honestidade de que se deve revestir o ato jurisdicional, e, além disso, fere a moralidade pública ínsita ao Poder Judiciário.

Nessa quadra se apresenta espaço para a formulação de outra indagação: a interceptação telefônica autorizada judicialmente em processo criminal e emprestada como prova para outro processo de esfera administrativa, pode automaticamente ser considerada prova ilícita? A questão é relevante, pois, como já observou Barbosa Moreira (1996, p.20), pode-se interpretar que o empréstimo da interceptação telefônica se caracteriza como uma autêntica fraude à Constituição, que possibilitaria que a prova ilícita, expulsa pela porta, retornasse pela janela.

É sabido que a Constituição Federal brasileira veda expressamente, em seu art.5º, LVI, a admissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos. Desde a edição da Carta Magna de 1988, a doutrina passou a dar um sentido amplo ao citado preceito. Em primeiro lugar, a proibição da prova ilícita vale para todo processo, judicial ou administrativo. E quanto à expressão provas obtidas por meios ilícitos, sustentou-se que a ilicitude poderia decorrer de ofensa ao direito material ou de ofensa ao direito processual. Assim, uma prova notoriamente ilícita por ofender o direito material (pressupõe a obtenção mediante a prática de infração penal) é a confissão do réu obtida sob tortura, eis que colhida mediante conduta criminosa punida com pena de reclusão, de dois a oito anos (art. 1º da Lei 9.455/1997). De outro prisma, na expressão abrangente das provas obtidas por meios ilícitos também se incluía a prova ilegítima, ou seja, aquela obtida em desrespeito ao devido processo

legal, com vício de forma, sujeita à sanção de nulidade (art. 564, incisos III e IV, CPP).

Na recente reforma do Código de Processo Penal, o legislador explicitou a inadmissibilidade nos seguintes termos: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação às normas constitucionais ou legais”. Foi mais além ao declarar que “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” (art. 157 e § 1º, CPP, com as redações determinadas pela Lei 11.690/2008).

Considerando que o foco principal desta exposição não é o de discutir alguns pontos controvertidos, que ainda não foram equacionados de maneira uniforme pela doutrina, especialmente no que tange à nova sistemática processual estabelecida para as provas, que são obtidas diretamente de forma ilícita, ou para as provas contaminadas por estas últimas, deixaremos esse debate para outra ocasião. A nossa atenção se volta agora para a necessidade de nos posicionarmos, em tese, sobre a licitude ou ilicitude da prova emprestada, que é trasladada do processo penal para o processo administrativo.

Devemos ficar atentos para algumas ponderações e ensinamentos. Como assinala Luiz Francisco Torquato Avolio (2003, p.152), não resta dúvida de que o processo penal é o “palco mais dramático da condição humana”, vez que por meio dele se expõe a dignidade “aos olhos curiosos do mundo como um objeto numa vitrine”. Tal constatação, no entanto, não impede que questões delicadas, que também envolvem a intimidade e a dignidade humanas, surjam em processos de natureza civil. É o caso, por exemplo, da possibilidade de se emprestar para processo que discute a guarda de menor, interceptação telefônica licitamente obtida em processo criminal que evidencia o envolvimento do genitor com o crime de pedofilia. Em uma situação extrema como essa é preciso ponderar os interesses, de modo a preservar

e defender o interesse jurídico mais relevante, evitando a ocorrência de danos irreparáveis.

Em casos como o narrado identifica-se um conflito que se estabelece, tendo de um lado a preservação da intimidade, garantida constitucionalmente e, em princípio, só quebrada por meio de interceptação telefônica determinada pelo juiz de direito competente e para fins de investigação ou instrução processual penal, e, de outro, a proteção da integridade física do menor.

Sendo assim, na esfera civil, especialmente no direito de família, pode existir uma série de situações que afinal justifiquem o sacrifício da intimidade em prol de bens jurídicos de maior valor. Já na esfera administrativa, é preciso enfrentar a questão com redobrada vigilância notadamente em relação ao cumprimento de determinados requisitos.

Antes de mais nada é preciso enfrentar de frente a tormentosa questão da colisão de princípios. Definidos por Robert Alexy (2008, p.90) como “mandamentos de otimização”, os princípios se caracterizam por admitirem diferentes graus de satisfação, dependendo das condições fáticas e jurídicas. Destarte, eventuais conflitos entre princípios não se solucionam na dimensão da validade, e sim, na dimensão do peso. Isso porque no choque entre princípios constitucionais não se pode afirmar que um deles tenha precedência absoluta sobre o outro, devendo a tensão ser resolvida pela indispensável providência de sopesar os interesses (Alexy, 2008, p.95).

É nesse sentido que merece destaque o conhecido princípio da proporcionalidade, de origem alemã. Avolio (2003, p.61), ao discorrer sobre o conceito e evolução da teoria da proporcionalidade, também chamada de teoria da razoabilidade, ou teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, ressalta que a sua inclusão no mundo jurídico se deve à construção doutrinária e jurisprudencial. Sua versão mais aproximada do sentido que atualmente lhe damos remonta, segundo esse autor, à edição de uma decisão paradigmática proferida pela Corte Constitucional alemã, datada de 16.03.1971, em que se encontra uma

clara e precisa formulação dos elementos da proporcionalidade. Dizendo com outras palavras, para que o princípio possa ser utilizado é mister que a medida seja adequada e exigível, isto é, que o meio empregado seja adequado e exigível para se atingir o fim almejado. De acordo com o ensinamento dado pela própria Corte alemã, o meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; é exigível quando não se pode escolher outro igualmente eficaz; e proporcional em sentido estrito, ou seja, um meio não-prejudicial ou que limite a ofensa ao direito fundamental ao menor dano.

Como argumenta Alexy (2008, p.116), essas são as três máximas parciais que compõem a máxima superior da proporcionalidade. A primeira delas é a adequação, que envolve questionamentos sobre o meio escolhido e sua aptidão para a produção do resultado buscado. É uma espécie de análise que verifica se a medida é apta a alcançar o fim pretendido, baseada em critérios objetivos (Oliveira, 2006, p. 51). Já a necessidade impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para se atingir dos fins visados (Barroso, 1996, p.131). E a proporcionalidade em sentido estrito consiste em sopesar num dos pratos da balança, a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido, e noutro a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva (Silva, 2002, p. 41). Ou seja, é a ponderação acerca da razoabilidade da medida, a verificação acerca da possibilidade de se justificar, racionalmente, a relação sacrifício-benefício diante dos direitos fundamentais.

Nunca é demasiado salientar que as colisões entre princípios de peso fundamental devem ser solucionadas no caso concreto. Somente diante das peculiaridades de cada situação é que se pode posicionar sobre a escolha do bem jurídico prevalente. De modo que, nas situações graves, em que a admissão da interceptação telefônica emprestada for fundamental para a defesa de um direito ou interesse considerado de maior valor que o da intimidade, recomenda-se a utilização da prova emprestada. Obviamente cabe ao julgador estabelecer qual interesse deve preponderar e decidir nesse sentido. De se notar que em tal

situação o critério decisivo penderá mais para uma análise subjetiva do que objetiva.

Ademais, é sabido que a proibição da prova ilícita existe como uma garantia individual contra o Estado, visto que se trata de direito fundamental previsto no art. 5º, LVI, CF. Em razão disso, tanto a doutrina quanto a jurisprudência do País admitem a produção de prova ilícita pro reo. A justificativa para aceitação da prova obtida ilicitamente em favor do réu, mesmo em processo administrativo disciplinar, repousa no preceito ditado no art. 3º, I, da Carta Maior, eis que ali se declara como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Aí o conflito de interesses: princípio fundamental de justiça e de liberdade versus inadmissibilidade da prova ilícita. É preferível absolver o inocente, mesmo que a sua inocência seja demonstrada por meio de prova obtida de modo ilícito. Por outro lado, a admissão da prova ilícita pro reo pode ainda basear-se na exclusão da ilicitude, decorrente de uma ação compatível com o estado de necessidade ou com a ação de legítima defesa do réu (arts. 24 e 25, do Código Penal).

Esse entendimento doutrinário e jurisprudencial nitidamente favorável ao réu pode ser estendido para a acusação? Em regra, não. O Estado só pode e deve fazer o que a lei prescreve. Sendo assim, a acusação não pode afrontar o dispositivo constitucional e valer-se de prova obtida ilicitamente para alcançar a condenação do réu. Todavia, recorde-se que os fundamentos constitucionais não são absolutos, e, em caso excepcionalmente grave, desde que satisfeitos os requisitos mínimos exigidos para a aplicação do princípio da proporcionalidade, não há motivo para impedir a efetivação da persecução penal. Nessa direção se apresenta uma das conclusões do trabalho doutrinário de Rachel Mendonça (2004, p. 175): “Foge à lógica do razoável permitir que a preservação da intimidade de um criminoso impeça a sua punição, como um sequestrador, por exemplo, quando a única prova do crime consista na fita magnética que contenha o contato telefônico deste com a família do sequestrado, ainda que não tenha havido autorização judicial.”

Sem embargo de tais considerações, impõe reconhecer que a flexibilização da regra da inadmissibilidade da prova ilícita não pode se tornar uma medida judicial rotineira. É de rigor a efetivação de cuidadosa ponderação dos valores em questão, pois a aceitação indiscriminada desse meio probatório possibilitaria uma utilização desmesurada de provas que, em princípio, são ilícitas, vez que utilizadas para fins outros que não os previstos na Constituição Federal.

## **6. Empréstimo da prova judicial para o processo administrativo disciplinar**

Como visto acima, a aceitação da prova, emprestada de um processo criminal para outro da mesma natureza, desde que respeitados os requisitos de validade já relacionados, não sofre grande resistência doutrinária e jurisprudencial. No entanto, a questão ganha contornos especiais quando se trata de empréstimo de prova consistente em interceptação telefônica obtida de forma regular para processos civis ou administrativos. É destes últimos que vamos tratar nesse artigo.

Da lição de Hely Lopes Meirelles (1996, p. 599), depreende-se que o processo administrativo disciplinar, também chamado impropriamente de inquérito administrativo, “é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração”. Esclarece o autor que “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”.

Lembre-se que no procedimento administrativo são adotáveis, subsidiariamente, os preceitos do processo penal comum, quando não conflitantes com as normas administrativas pertinentes. No contexto geral de obediência ao devido processo legal se inclui também a garantia constitucional de que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF).

Interessa registrar que tanto a Constituição Federal quanto a Lei 9296/96, que regulamentou as interceptações telefônicas no Brasil, são omissas no que diz respeito à possibilidade de, uma vez interceptada, licitamente, uma conversa telefônica para fins de instrução processual penal, emprestar-se essa prova para processos civis ou administrativos disciplinares.

Existem legislações estrangeiras que submetem a utilização da prova emprestada à dependência de previsão legal. Podemos exemplificar com o que vem determinado pelo Código Processual Penal da República do Chile, que ao dispor sobre a interceptação de comunicações telefônicas, assim estabelece: cuando existieren fundadas sospechas, basadas em hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella preparare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciere imprescindible, el juez de garantía, a petición del ministerio público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación. Essa primeira parte do preceito inscrito no art. 222 do diploma processual penal chileno (Editorial Jurídica de Chile, 2009), segue complementada por outra regra limitativa de seus efeitos, que assim se pronuncia: los resultados de la medida de interceptación telefónica o de otras formas de telecomunicaciones no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento, cuando ella hubiere tenido lugar fuera de los supuestos previstos por la ley o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos en el artículo 222 para la procedencia de la misma (art. 225, da Constituição chilena).

Reitera-se que a problemática gira justamente em torno do direito à intimidade. Uma vez violada licitamente, por via de interceptação telefônica, a intimidade de um indivíduo, para fins de investigação penal ou de instrução processual penal, estaria esgotada a garantia da preservação da intimidade? Em outras palavras, uma vez interceptada a comunicação telefônica para fins penais, a utilização dessa conversa para outras ações constituiria ou não nova violação à intimidade?

Autores como Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2006, p.119-120) admitem a possibilidade e sustentam que uma vez rompida a intimidade, nada mais há a preservar. Mas, esse entendimento não conta com o aval de Denilson Feitoza Pacheco (2006, p.620), doutrinador que defende a existência de graus de violação do direito à intimidade, de modo que a quebra do sigilo para fins penais não exaure a possibilidade de sacrifício do direito fundamental. O empréstimo da prova para outro processo, de outra natureza, possibilitará o acesso de novas pessoas aos autos e isso ampliará o grau de ofensa à intimidade.

Em sentido contrário, outra corrente de doutrinadores procura fazer uma interpretação literal da Constituição Federal. Nesse sentido sustenta-se a tese de que a interceptação telefônica só foi permitida para fins de investigação criminal ou de instrução do processo penal. Diante disso, a sua utilização em processos de natureza civil ou administrativa poderia ser caracterizada como prova ilícita. Manifestam-se contra a possibilidade de empréstimo de prova obtida mediante interceptação telefônica lícita, a processos de natureza distinta da penal, os autores Eduardo Talamani (1998, p.157-158) e Vicente Greco Filho (1996, p.24). Estes veem nessa possibilidade uma clara ofensa à Constituição Federal na medida em que, expressamente, só se permite a interceptação para fins penais.

Na posição intermediária, César Dario Mariano da Silva (2002, p. 120), ao mencionar a dúvida que pode surgir no tocante à possibilidade de a interceptação telefônica ou de uma gravação clandestina, vir a ser transportada de um processo criminal para um processo de natureza civil, posiciona-se favoravelmente ao aproveitamento da prova emprestada. Apenas condiciona o cabimento de tal providência à necessidade de que a parte contra a qual ela vai ser usada tenha participado do processo penal onde houve a sua produção, a fim de que não haja violação ao princípio do contraditório.

É nesse contexto que se coloca a possibilidade de se emprestar – ou não - para o processo administrativo uma prova produzida

por meio de interceptação telefônica autorizada pelo juízo criminal. De plano é mister considerar que nos processos administrativos vige o princípio da atipicidade, pois muitas das infrações administrativas não são definidas com precisão pela lei. São, no dizer de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2009, p.630), infrações abertas, que ficam sujeitas à apreciação da Administração Pública, que considerará a gravidade do ilícito e de suas consequências para caracterizá-la, ou não, como “falta grave” ou “procedimento irregular”. Nessas circunstâncias, o administrador tem uma margem maior de discricionariedade para enquadrar determinada conduta em determinado ilícito, sendo bastante amplo o campo de motivações possíveis para fundamentar a decisão. Diante dessa particularidade, muito raramente se justificará a utilização em um processo administrativo disciplinar de uma interceptação telefônica emprestada.

Reforça esse último posicionamento o fato de que o processo administrativo disciplinar, no Brasil, é presidido por uma autoridade administrativa, alheia ao Poder Judiciário. A instrução processual, por sua vez, incumbe a uma comissão processante composta de servidores estáveis. Nessas circunstâncias seria absolutamente temerário franquear abertamente a transposição de uma prova colhida em processo penal, via interceptação telefônica, para um processo de natureza não jurisdicional, em que as pessoas responsáveis pelo julgamento não possuem necessariamente formação jurídica e onde haverá uma quebra do sigilo da interceptação, com clara ofensa ao princípio do juiz natural além da possível violação do contraditório. No caso do processo administrativo disciplinar, as partes (ou os sujeitos processuais) não serão exatamente as mesmas do processo penal e o acolhimento da interceptação telefônica emprestada possibilitará o acesso de pessoas alheias a estrutura judicial a dados sigilosos, que não devem ser divulgados.

Acrescente-se a isso a desnecessidade da utilização dessa prova para justificar uma demissão de funcionário público processado administrativamente. Em último caso, se não houver outros elementos

probatórios, a autoridade administrativa pode aguardar o julgamento da ação penal para, posteriormente, se for o caso, utilizar a condenação criminal como fundamento para o rompimento do vínculo funcional.

Além do mais, a utilização de prova emprestada de tal natureza pode acarretar consequências econômicas graves para o Estado. Existe o risco de o servidor promover ação judicial para anular a punição administrativa fundada em prova decorrente de interceptação telefônica emprestada, sob o argumento de que se trata de prova ilícita. Caso o juiz entenda procedente o pedido, o servidor será reintegrado com direito a todos os vencimentos do período, o que trará sérios prejuízos patrimoniais ao Poder Público.

## **7. Conclusão**

Todo o exposto teve por objetivo demonstrar a necessidade de se tratar com extremo cuidado a questão da prova emprestada. Pouco explorado pela doutrina, esse meio de prova pode ser admitido diante de circunstâncias específicas, desde que respeitados os corolários constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

No caso específico da interceptação telefônica, a própria Constituição limitou a sua utilização para fins de investigação e instrução processual penal. Não existe previsão legal ou regulamentação sobre eventual empréstimo da gravação lícitamente obtida para fins de instrução de outros procedimentos.

Como regra geral, em tese, esse meio de prova emprestada não deve ser utilizado em sede de processo de natureza administrativa. Esse procedimento não possui índole jurisdicional. De tal sorte que não há motivo suficiente para justificar a violação do princípio da intimidade por uma autoridade (administrativa) cuja decisão não terá força de coisa julgada. O empréstimo de uma interceptação telefônica para esse tipo de procedimento é manifestamente irregular, vez que viola o princípio do juiz natural, o princípio do contraditório, o sigilo das interceptações e o segredo de justiça. Sua utilização para além dos limites de um processo criminal ou da própria investigação criminal fere nitidamente a garantia

do devido processo legal. No sentido amplo do termo, já explicitado linhas acima, a prova emprestada em tela passa a aderir o significado de prova ilícita.

Todavia, é preciso consignar que não existem direitos absolutos. Poderá ocorrer, em determinado caso concreto, a necessidade de se recorrer à aplicação do princípio da proporcionalidade para possibilitar a utilização da interceptação telefônica emprestada em outras esferas judiciais distintas da criminal, quando o bem jurídico protegido se sobrepuser à intimidade. Tal medida é indicada tão-somente para a solução de casos evidentemente graves, em que ocorrem sérias violações a direitos fundamentais, que só podem ser evitadas ou corrigidas com o empréstimo da interceptação telefônica colhida no processo penal. Excepcionalmente, tal hipótese poderá ocorrer também em se tratando de procedimento disciplinar punitivo.

Diante disso, a decisão judicial exarada pelo Supremo Tribunal Federal (item 1) encontra amparo na aplicação do princípio da proporcionalidade, até porque o pleito da prova emprestada partiu de órgãos que integram o próprio Poder Judiciário (STJ e CNJ) para efeito de instruir procedimento administrativo instaurado contra magistrados. In casu prevalece o pressuposto de que o segredo de justiça será mantido e que a inviolabilidade da intimidade dos processados não sofrerá maiores danos além daqueles já experimentados no âmbito da investigação criminal judicialmente autorizada. Contudo, essa exceção não pode estimular outras decisões ao ponto de se tornar regra a utilização liberada de prova consistente em gravações de conversações telefônicas autorizadas exclusivamente para fins de processo criminal, sob pena de desobedecer mandamento constitucional inserido na garantia fundamental que protege a intimidade do indivíduo.

Assim, ao nosso sentir, em casos futuros, o Supremo Tribunal Federal necessita revisar esse entendimento para que efetivamente se cumpra o disposto na Carta Republicana.

Obs.: Este artigo foi originariamente publicado na Revista dos Tribunais – ISSN 0034-9275, Ano 99, volume 900, outubro de 2010, p. 385-406.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, trad. Virgílio Afonso da Silva.

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

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

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. A. Provas ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito processual penal: tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BARROS, Marco Antonio de. A busca da verdade no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. Revista Forense, Rio de Janeiro, out-nov-dez. 1996, vol. 336, ano 92, pp.125-136.

BOBBIO, N. A era dos direitos. 11 ed. Rio de Janeiro:Campus, 1992, trad. Carlos Nelson Coutinho.

BONFIM, Edílson Mougnot. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

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

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. Interceptação telefônica: Lei n. 9.296 de 24/7/1996. São Paulo: RT, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. Interceptação Telefônica. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

- MACHADO, Antônio Alberto. Curso de processo penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARTINS, J.H.S. Prova criminal. Curitiba: Juruá, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 21 ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. Provas ilícitas: limites à licitude probatória. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
- MESSIAS, Irajá Pereira. Da prova penal. Campinas: Bookseller, 1999.
- MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. Da prova penal. Campinas: Copola, 1994.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. Revista de direito administrativo, 205, jul-set., Rio de Janeiro:Renovar, 1996.
- MUCCIO, Hidejalma. Curso de processo penal. vol. 3 – Jaú, SP: HM Editora, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006.
- PACHECO, Denílson Feitoza. Direito processual penal. Teoria, crítica e práxis. Niterói, Rio de Janeiro: Ímpetus, 4ed, 2006.
- RABONEZE, Ricardo. Provas obtidas por meios ilícitos. 3. ed. – Porto Alegre: Síntese, 2000.
- SILVA, César Dario Mariano da. Provas ilícitas. 2 ed. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2002.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, ano 91, vol.798, abr. 2002, pp. 23-50.
- TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n.140, out-dez, 1998.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, 3º vol., 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.