



Grampo também serve para procedimento disciplinar

Escutas telefônicas obtidas em investigação criminal ou em instrução processual penal podem ser usadas em procedimento disciplinar contra a mesma pessoa. O entendimento é do ministro Cezar Peluso e foi acompanhando pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que analisava questão de ordem levantada no Inquérito da Operação Hurricane. Dessa forma, o STF autorizou o envio de provas ao Superior Tribunal de Justiça e ao Conselho Nacional de Justiça.

A questão de ordem foi levantada pelo ministro quando o STJ e o CNJ solicitaram ao Supremo o envio de cópias de parte do acervo de provas para a instauração de procedimento disciplinar contra os acusados. As provas eram resultado de interceptações telefônicas e escutas ambientais colhidas pela Polícia Federal durante as investigações da Operação Hurricane, que apurou supostos envolvimento de juízes e desembargadores em venda de sentenças favoráveis à prática de jogos ilegais.

O ministro Cezar Peluso salientou que a Constituição Federal só permite a quebra do sigilo das comunicações telefônicas “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Da mesma forma, o artigo 1º da Lei 9.296/96 estabelece 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 sigilo de Justiça”.

Segundo ele, alguns teóricos sustentam que ambas as normas teriam limitado a quebra do sigilo às hipóteses de investigação e instrução, vetando o “empréstimo da prova” a qualquer outro processo, “em particular o de caráter estritamente civil”.

No entanto, o ministro ponderou que nada impede o reconhecimento da “validade e da eficácia do uso, em processo não penal, da prova lícitamente colhida na área criminal”. Segundo ele, com a colheita legítima, já se rompeu a intimidade assegurada pela Constituição.

Para o ministro, não é ofensivo nem à Constituição e nem à lei o entendimento de que a prova lícita pode ser utilizada pelo Estado, na condição de órgão administrativo, porém “sob a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar”.

Ou seja, se o mesmo ato apontado na escuta telefônica configurar ilícito tanto na esfera criminal quanto na administrativa, a gravação pode ser utilizada também no âmbito disciplinar. “Nisso, não se aprofunda, alarga nem agrava a quebra lícita da intimidade que já se operou”, mas apenas reconhece a necessidade de assegurar, em interesse público, a aplicação de outras consequências jurídicas ao mesmo ato ilícito, considerado noutro plano normativo, entendeu o ministro Cezar Peluso.

INQ 2.424

Leia o acórdão e o voto

25/04/2007 TRIBUNAL PLENO

**QUEST. ORD. EM INQUÉRITO 2.424-4 RIO DE JANEIRO****RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO****AUTOR(A/S)(ES): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

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.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra ELLEN GRACIE, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, nos termos do voto do Senhor Ministro CEZAR PELUSO (Relator), em resolver 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.

Brasília, 25 de abril de 2007.

CEZAR PELUSO – RELATOR**25/04/2007 TRIBUNAL PLENO****QUEST. ORD. EM INQUÉRITO 2.424-4 RIO DE JANEIRO****RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO****AUTOR(A/S)(ES): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL****R E L A T Ó R I O**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: – Senhora Presidente, não obstante este feito esteja revestido de segredo de justiça, por força do sigilo legal que recai sobre provas entranhadas nestes autos,

suscito a presente questão de ordem, em sessão pública, por dois motivos: primeiro, pela urgência da matéria; depois, pelo fato de que a questão de ordem não envolver apreciação de nenhuma matéria que diga respeito ao conteúdo das mesmas provas, nem aos fatos específicos objeto do procedimento.

O Superior Tribunal de Justiça e o Conselho Nacional da Magistratura requerem cópia deste inquérito, recoberto por sigilo legal, sobre dados de interceptações telefônicas e escutas ambientais autorizadas, para efeito de juízo sobre a instauração, ou não, de processo administrativo destinado a apurar infrações disciplinares imputáveis a magistrados sujeitos a seu controle administrativo.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (Relator): 1. 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 sigilo de justiça*”.

É que alguns teóricos sustentam que ambas essas normas teriam limitado, de modo absoluto, a admissibilidade da quebra às hipóteses de investigação e instrução processual penal, de modo que *a contrario* estaria *ipso facto* vetado o que se usa denominar empréstimo da prova ali produzida a qualquer outro processo, em particular o de caráter estritamente civil. E o argumento substantivo, que sintetiza o raciocínio condutor dessa interpretação, está em que outra leitura, de natureza expansiva, possibilitaria que a investigação ou o processo criminal fossem usados como pretexto ou subterfúgio para uso eficaz de prova ilícita, em dano da intimidade. Veja-se:

“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...” (**José Carlos Barbosa Moreira**, “*A Constituição e As Provas Ilicitamente Adquiridas*”. In : Revista de Direito Administrativo, v. 205, p. 20).

“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”. (**Luiz flávio gomes**, “*Finalidade da Interceptação Telefônica e a Questão da ‘Prova Empréstada’*”. In: Repertório IOB de Jurisprudência, v. 4/97, p. 75. Posição análoga pode ver-se em **Vicente GRECO FILHO**. “*Interceptação Telefônica*”, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 39-40, e **Eduardo Talamini**, “*Prova Empréstada no Processo Civil e Penal*”. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 140, pp. 157-158).

Tal postura, como o registram esses mesmos escólios, é controversa na própria dogmática.

Doutrina não menos respeitável professa que, afastado ou prevenido, nas circunstâncias de cada caso, o risco de fraude à Constituição e à lei, nada obsta ao reconhecimento da validade e da eficácia do uso, em processo não penal, da prova lícitamente colhida na área criminal, até porque, com a colheita legítima, já se rompeu a intimidade que o ordenamento, na forma da lei e da Constituição, tende a resguardar em termos relativos:

“Mas é possível que, em processo civil, se pretende aproveitar prova emprestada, derivada de interceptação telefônica lícita, colhida em processo penal desenvolvido entre as mesmas partes. [...]

Poderá, em casos como esse, ter eficácia a prova emprestada, embora inadmissível sua obtenção no processo não-penal?

As opiniões dividem-se, mas, de nossa parte, pensamos ser possível o transporte de prova. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, lícitamente, 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. [...]

Nessa linha de interpretação, cuidados especiais devem ser tomados para evitar que o processo penal sirva exclusivamente como meio oblíquo para legitimar a prova no processo civil. Se o juiz perceber que



esse foi o único objetivo da ação penal, não deverá admitir a prova na causa cível.” (Ada Pellegrini GRINOVER, Antonio Scarance FERNANDES, Antonio Magalhães GOMES FILHO, “As Nulidades no Processo Penal”. SP, RT, 9ª ed., 2006, p. 119-120).

“(…) entendemos ser admissível a produção da prova obtida lícitamente (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”. (Nelson Nery Júnior, “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”. (Carla Heidrich Antunes *et al.*, “Prova Emprestada: Algumas Considerações”. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v. 5, p. 36).

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, posto conexas, o da **produção da prova** inerente aos resultados documentais da interceptação e o do seu **uso processual** em sentido lato.



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, aparecendo como obstáculo ou estorvo concreto à repressão criminal, 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. O limite da garantia da intimidade é aí, nessa primeira regra, de cunho restritivo, objeto da ponderação de valores formulada pela Constituição mesma, que, não podendo condescender com a impunidade de fato erosivo das bases estruturais da convivência social, sacrifica aquela para garantir esta, dando primazia a um valor sobre o outro. Nesse sentido, costuma dizer-se que a garantia constitucional não serve a proteger atividades ilícitas ou criminosas. Daí, autorizar, em caráter excepcional, seja interceptada comunicação telefônica, apenas quando tal devassa se revele como fonte de prova imprescindível à promoção do fim público da persecução penal.

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, à míngua de distinção normativa explícita, a qual em si apontaria para outra ponderação efetuada pela própria norma constitucional, perquirir se existe, ou não, algum interesse público transcendente, que, ligando-se a conseqüências de outra qualificação jurídico-normativa do mesmo ato ilícito objeto da investigação criminal, 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.

Confesso que não posso *a priori* encontrar, como tese de alcance absoluto, tal interesse legitimante nos objetos dos processos meramente civis, em que se dispute acerca de direito, bem ou interesse jurídico privado e disponível. Neste aspecto, há, aliás, quem defenda, embora em termos de exceção, com aceno à jurisprudência e ao postulado da proporcionalidade, “o sacrifício da **privacy** em prol da defesa de bem jurídico mais relevante, possibilitando-se, por exemplo, evitar cautelarmente ocorrência de danos irreparáveis” (LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, “Provas Ilícitas”, SP, Ed. RT, 3ª ed., 2003, p. 152), como sucede, por exemplo, em causas de família onde haja riscos à segurança física da prole.



Mas 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.

Neste quadro, tenho que se desvanecem as objeções.

Está nele, por pressuposto, excluída toda idéia de *fraus legis* ou de *fraus constitutionis*, que o juízo da prova poderia, em caso contrário, abortar. O de que se cuida é só da hipótese de recurso ético à fonte de prova legítima do mesmo ato histórico, suscetível de mais de uma qualificação jurídico-normativa de ilicitude, como acontece com fatos a um só tempo configuradores de ilícito penal e administrativo (fatos elementares de várias *fattispecie* normativas), e imputável à mesma pessoa ou agente, em dano de interesse público e confronto com órgão estatal diverso do Ministério Público. É o que se passa, e não só por exemplo, com o caso de crime ou crimes graves que, imputáveis a autoridade ou agente público, constituam também ilícitos disciplinares a que se cominem, por força de análoga gravidade – que não é de muito menor grau em relação à importância dos bens sociais ofendidos –, sanções administrativas extremas.

Não há excogitar aí, nem de longe, outra ou nova ruptura da inviolabilidade pessoal das comunicações telefônicas, senão apenas o reconhecimento da igual valia ou repercussão jurídico-probatória da mesma interceptação autorizada por conta da aparência do caráter também criminoso do mesmo ato ou fato histórico. Tal é a razão óbvia por que não teria propósito nem sentido argüir, aqui, vício de inobservância ou alargamento daquela específica limitação constitucional da garantia, pois se trata apenas de tirar da mesma fonte de prova, sem outra ofensa qualquer à intimidade já devassada do agente, a capacidade, que lhe é ínsita, de servir de meio de convencimento da existência do mesmo fato, ou, em palavras mais técnicas, a idoneidade de se prestar, noutro processo ou procedimento, à reconstituição historiográfica do ato já apurado na esfera criminal. Nisso, não se aprofunda, alarga nem agrava a quebra lícita da intimidade que já se operou, mas tão-só se reconhece a necessidade de, com apoio na eficácia da prova resultante, assegurar, em tutela de interesse público de não menor relevo, a aplicação de outras consequências jurídicas ao mesmo ato ilícito, considerado noutro plano normativo.

Tampouco fica lugar para alegação de ultraje às cláusulas do contraditório e da ampla defesa, imanentes ao justo processo da lei (*due process of law*), porque, e isto é não menos óbvio, o ônus de exercício dos poderes correspondentes da defesa incide sobre o mesmo objeto de prova, assim na órbita criminal, como no procedimento administrativo, pois que o ato sobre cuja existência deve recair a prova é único



na sua consistência histórica. O que pode mudar, e isso não guarda relevância alguma, é só o campo ou espectro das defesas possíveis de ordem normativa (plano das chamadas *quaestiones iuris*), as quais estão de todo modo garantidas em qualquer caso.

Isso tudo significa apenas afirmar que, no âmbito normativo do **uso processual** dos resultados documentais da interceptação, o mesmo interesse público na repressão de ato criminoso grave que, por sua magnitude, prevalece sobre a garantia da inviolabilidade pessoal, justificando a quebra que a limita, reaparece, com gravidade só reduzida pela natureza não criminal do ilícito administrativo e das respectivas sanções, como legitimante desse uso na esfera não criminal, segundo avaliação e percepção de sua evidente supremacia no confronto com o direito individual à intimidade.

Outra interpretação do art. 5º, inc. XII, da Constituição da República, e do art. 1º da Lei nº 9.296/96, equivaleria a impedir ao mesmo Estado, que já conhece o fato na sua expressão ou recorte histórico correspondente a figura criminosa e, como tal, já lícitamente apurado na órbita penal, invocar-lhe a prova oriunda da interceptação para, sob as garantias do justo processo da lei (*due process of law*), no procedimento próprio, aplicar ao agente a sanção que quadre à gravidade do eventual ilícito administrativo, em tutela de relevante interesse público e restauração da integridade do ordenamento jurídico.

E, neste caso, significaria impedir que os órgãos estatais competentes se valham dessa prova, que lhes é também imprescindível ao desempenho dos misteres correccionais, tanto quanto o é na esfera penal, para apuração de eventuais ilícitos disciplinares de autoridades investidas nas mais conspícuas funções do Estado Democrático de direito e que podem, em tese, dada a relativa autonomia conceitual dos ilícitos teóricos e não menos relativa independência das respectivas jurisdições, ser absolvidos aqui e punidos ali. Não posso compreender – para usar eloquente expressão de **FRANCO CORDERO** (*“Procedura Penale”*, Milano, Giuffrè, 7ª ed., 2003, p. 659, nº 64.31) – essa como *“fobia della prova”*, que leva à ficção de se reputarem os fatos, cuja existência é já conhecida do mesmo Estado, *“tamquam non essent”*.

Nesse sentido, remato o voto com esta curial observação: *“Evidentemente que estamos cogitando de situações extremamente graves, que podem colocar em risco ou levar ao perecimento de bens jurídicos de valor incontestável, em confronto com o direito à intimidade de algum cidadão”* (**LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO**, op. e loc. cit.).

2. 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.

Date Created

19/06/2007