

A VALIDADE DA PROVA ACIDENTAL COMO PROVA EMPRESTADA NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL E ADMINISTRATIVO

THE VALIDITY OF THE ACCIDENTAL PROOF AS PROOF BORROWED OF THE
CRIMINAL AND ADMINISTRATIVE PROCEDURE

LUIZ ANTÔNIO SASDELLI PRUDENTE

Procurador de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
sasdelli@mpmg.mp.br

RESUMO: Cabendo ao Estado o dever fundamental de persecução penal e de apuração administrativo-funcional para proteção dos direitos fundamentais da coletividade e dos administrados, é de perquirir se a prova colhida acidentalmente em interceptação telefônica autorizada judicialmente, da qual eventual e futuro réu e sindicado originalmente não é polo passivo, tem validade e pode ser aproveitada processualmente. Descrito o problema, o objetivo é enfrentar os conceitos e requisitos legais de prova e da prova emprestada, no âmbito processual penal e administrativo, e anotar as diferenças precipuas entre as respectivas dogmáticas quanto ao tema, alicerçando a pesquisa científica nos métodos analítico-dogmático e crítico-normativo, a fim de culminar em resultado voltado à perencionalidade da prova accidental tomada como prova emprestada no sistema jurídico e legitimamente concluir sobre a respectiva validade.

PALAVRAS-CHAVE: prova; prova emprestada; descoberta accidental; aproveitamento.

ABSTRACT: The State has the fundamental duty of criminal prosecution and administrative-functional assessment for the protection of the fundamental rights of the collectivity and of the administrated, it is necessary to investigate whether the evidence collected accidentally in telephone interception authorized judicially, of which eventual and future defendant and syndicated originally not a requested party, has validity and can be used procedurally. Described the problem, the objective is to confront the legal concepts and requirements of proof and of the evidence borrowed, in the criminal and administrative procedural scope, and to note the prevailing differences between the respective dogmatic ones on the subject, grounding the scientific research in the analytical-dogmatic and critical-normative methods, to culminate in result oriented to the propriety of the accidental proof taken as evidence borrowed in the legal system and legitimately conclude on the respective validity.

KEYWORDS: proof; borrowed evidence; accidental discovery; exploitation.

SUMÁRIO: 1. Introdução e problematização. 2. Limites da interceptação telefônica: direito penal primário e direito penal secundário. 3. Requisitos de validade da interceptação e o problema da posição jurídica do afetado pela prova. 4. Conceito de prova emprestada no âmbito sistêmico. 5. Prova accidental descoberta e validade como prova emprestada. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução e problematização

Enquanto para muitos o direito é considerado ciência meramente especulativa¹ (simples anexo da filosofia outrora de perfil metafísico, hoje já superado), soa relevante compreender, ao contrário disso, que o sistema jurídico deve ser tópico, isto é, compreendido como conexidade de normas para solução de problemas. Por isso, o mais consentâneo seja tratá-lo como ciência social aplicada². Aliás, a historicidade humana permite à hermenêutica jurídica evoluir e atingir novos resultados, não apenas pelas ferramentas da interpretação e aplicação, como também através da construção, vale dizer: aspecto realista do direito que se edifica pela redescoberta da pessoa e de suas novas atuações sociais³.

Fazendo o problema⁴, inegavelmente, fragmento da pauta cognitiva de fatos e resolutive de direitos, cumpre aqui enfrentar as seguintes adversidades: é possível no âmbito do processo penal e mesmo da processualidade administrativa valer-se de prova obtida via interceptação telefônica de expediente inquisitorial, do qual

1 LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos de derecho privado*: Código Civil y Código comercial de la Nación Argentina. Buenos Aires: La Ley, 2016.

2 Cf. NEVES, António Castanheira. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Revista Studia Jurídica. v. 72. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 32. Elucida com a transformação do nome da Faculdade de Direito de Lisboa: “Se na reforma de 1910 dos estudos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra a designação da anterior cadeira de “Filosofia do Direito’ passou a ser de ‘Sociologia Geral e Filosofia do Direito’, pela reforma de 1911 o lugar era já só para um acervo de ciências sociais ou jurídico-sociais – assim como a fundação em 1913 da Faculdade de Direito de Lisboa o foi sob o título de Faculdade de Estudos Sociais e Direito”.

3 DIAS, Jorge Figueiredo. Direito penal e estado de direito material (sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime. In: *Revista de direito penal*. v. 31. Rio de Janeiro, 1981, p. 38-53. Exemplo disso, é a questão da sexualidade e do legislador penal. O autor brinda com o seguinte excerto: “Porque o homem deve ser inteiramente livre no seu pensamento, na sua convicção e na sua mundividência - só deste modo se constituindo uma sociedade verdadeiramente pluralista - ao Estado falece, por inteiro, legitimidade para impor oficial e coactivamente, quaisquer concepções morais, para tutelar a moral ou uma certa moral: neste campo tudo deve ser deixado à livre decisão individual”.

4 ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de filosofia*. México: Fondo de cultura económica, 183, p. 954. Com apoio em Kant: “Problemas son proposiciones demonstrables que necesitan pruebas o son tales como para expresar una acción cuyo modo de realización no es inmediatamente cierto”.

o polo passivo originalmente dele não participou? A prova ainda assim haveria de valer se o interessado contra quem tomba é membro do Ministério Público e, portanto, somente tangível criminalmente em competência originária por Tribunal de Justiça?

A questão verte-se em densidade axiológica considerando os valores em jogo, conforme adiante haverá enfrentamento. Vale, contudo, desde já fazer a advertência que o presente escrito tem origem em manifestação (voto na qualidade de relator) anteriormente proferida no colegiado recursal do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Isso equivale dizer que, nesta oportunidade, o caminho é inverso: parte-se da *pragmática* com saldo rumo à *dogmática* e, conseqüentemente, os dados fáticos, pessoais e funcionais serão obviamente substituídos pelas projeções científicas ao caso concreto.

De antemão é necessário relembrar que o Código de Processo Penal, refratário à pós-modernidade e à sociedade da informação, assim como perfilhado a momento de arbitrariedade que anulou as bases democráticas do Estado brasileiro – mesmo diante as inúmeras e necessárias reformas – nada dispõe sobre a admissão (leia-se legalidade e legitimidade) da prova emprestada, estando a discussão fixada na linha doutrinária e jurisprudencial⁵. A disposição

5 STF. HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA PROVA EMPRESTADA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O *habeas corpus* tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o *writ* amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expreso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedentes da Primeira Turma desta Suprema Corte. 2. Não há, em princípio, óbice à utilização de prova emprestada de interceptação telefônica realizada no bojo de outra investigação, desde que franqueado à defesa o acesso a essa prova, garantindo-se o contraditório, como no caso dos autos. 3. Consoante o art. 563 do Código de Processo Penal, não se decreta nulidade sem prejuízo, prejuízo este não demonstrado na hipótese. 4. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação

haveria no código de formas penal é quanto à inadmissibilidade da prova ilícita⁶, assim entendidas aquelas obtidas mediante violação da lei ou da Constituição Federal (CPP, art. 157), o que exige construção hermenêutica *conforme* os valores fundamentais.

da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes e arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a aplicação da causa de diminuição da pena objeto do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Cabe às instâncias inferiores decidir sobre a aplicação ou não do benefício e, se aplicável, a fração pertinente, não se mostrando hábil o *habeas corpus* para revisão, salvo se presente manifesta ilegalidade ou arbitrariedade. 5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27.6.2012, reputou inválida, por inconstitucionalidade, a imposição compulsória do regime inicial fechado para crimes de tráfico de drogas. Não reconhecido, contudo, direito automático ao regime menos gravoso, ponto a ser apreciado pelo juiz do processo à luz das regras gerais do arts. 33 do Código Penal, não limitada a fixação ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do § 3º do mencionado art. 33. 6. Habeas corpus extinto sem resolução do mérito, mas com concessão de ofício da ordem para determinar, afastada a vedação legal do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, ao Juízo da execução que avalie a possibilidade de fixação de regime mais brando de cumprimento da pena para o paciente. HC: 114074 SC. Relatora: Min. ROSA WEBER publicado 27-05-2013.

6 COSTA, Suzana Henriques. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. In: *Doutrinas essenciais de processo civil*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.135-11.34. Exorta, para além da teoria dos frutos proibidos (*fruits of the poisonous tree*), outras teorias importantes quanto à admissibilidade de provas ilícitas. Vale a enumeração: “1) Limitação da fonte independente: as provas obtidas através de uma violação a normas de direito material ou processual podem ser apreciadas judicialmente, desde que se prove que elas poderiam ser produzidas por fonte independente, ou seja, não relacionada à prova ilícita. A prova que eventualmente possa ser produzida por fonte independente não sofre influência da prova envenenada, podendo ser utilizada por não derivar diretamente da árvore. 2) Limitação da descoberta inevitável: essa exceção permite que a prova derivada seja utilizada caso se comprove que ela viria a ser descoberta, inevitavelmente, por meios lícitos. Cabe à acusação, contudo, o ônus de provar a descoberta inevitável. 3) Limitação de descontaminação: segundo a qual se permite a utilização da prova ilícita, desde que sobrevenha acontecimento capaz de descontaminá-la. Tal acontecimento tornaria secundário o vínculo da prova derivada com a prova ilícita. A Suprema Corte norte-americana (Brown v. Illinois) já determinou que três seriam as hipóteses de descontaminação: “a existência de largo espaço de tempo entre a ilicitude e a obtenção da prova derivada; a intervenção de fatores independentes e adicionais; e o grau de ilicitude do ato do agente policial. 4) Limitação da Boa-fé: essa é a limitação mais discutida dentre as demais. Segundo ela, poderiam ser utilizadas as provas derivadas, nos casos em que os policiais tivessem realmente crido que sua diligência houvesse sido lícita. Isso porque, como já dito acima, a proibição da utilização dos frutos da árvore envenenada está fundada na tentativa de coibir abusos policiais e, naqueles casos em que os agentes públicos não tenham consciência da ilicitude de seus atos, a razão de ser da vedação se esvai. A prova da boa-fé da conduta policial, todavia, deve ser feita pela acusação. 5) Limitação da expectativa legítima e pessoal: ocorre nos casos em que a vítima não tinha expectativa legítima do direito que foi lesado”.

Também na seara da processualidade administrativa a Lei nº 9.784/99 (art. 30) veda a prova obtida por meios ilícitos, estando o órgão responsável pela decisão administrativa vinculado ao dever de recusa de evidência assim comprometida. Portanto, a questão relativa à prova realizada em outro processo administrativo da qual o sindicado ou processado não participou também deriva de forte conteúdo interpretativo e problemático.

Metodologicamente é de propor os tópicos que versam sobre: *i*) autorização da interceptação telefônica como prova excepcional, pela Constituição Federal e o conseqüente regramento infraconstitucional; *ii*) requisitos de validade de referida prova; *iii*) novas dimensões da prova emprestada nos termos do formalismo valorativo do Código de Processo Civil; *iv*) balanceamento axiológico entre direitos e deveres colidentes frente à integridade do sistema jurídico que permite a prova acidental descoberta como prova emprestada.

2. Limites da interceptação telefônica: direito penal primário e direito penal secundário

Já se disse, não sem razão em certos aspectos, que a Constituição Federal de 1988, representou verdadeiro *'totalitarismo normativo'*⁷, pois voltada a minúcias, regulando matérias que poderiam

7 REALE, Miguel. Estrutura da Constituição de 1988. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1989, p. 1-8. Justamente quanto à pretensão de tudo regular corre risco de não se adequar à necessidades evolutivas, mediante a participação popular. Observe: "Uma Constituição não é, nem pode ser, a pré-moldagem da sociedade civil, mas sim o enunciado de modelos jurídicos abertos capazes de propiciar-lhe meios e modos para superar inevitáveis conflitos econômicos, políticos ou culturais através do livre jogo dos interesses e das ideias, conforme as futuras opções soberanas do eleitorado. Não é, pois, um rol de soluções compulsórias, mas a garantia de soluções a serem livremente alcançadas na concretude da experiência social, através do debate crítico dos programas políticos e das aspirações de todas as categorias coletivas. Desse modo, quando o legislador se substituiu ao povo, impondo-lhe normas rígidas e bloqueando o processo de livre construção de seu próprio caminho, caímos no 'holismo', uma das mais nocivas formas de autoritarismo, e porta aberta ao totalitarismo Daí o dever que tinha a Assembleia Nacional Constituinte de evitar a tentação casuística de tudo regular e tudo resolver, estancando o futuro processo legislativo. A pretexto de defender-se a igualdade, ou o bem-estar social, podemos estar apenas privando a coletividade nacional de seu autônomo poder de escolha em face dos casos concretos, ou da alternância dos partidos políticos no poder, como é próprio de uma sociedade democrática e, por conseqüente, aberta e pluralista".

ser melhor elaboradas em leis infraconstitucionais e sujeitas ao debate público, porquanto estando na cúspide do sistema e sendo altamente analítica passa a ser empeco à mobilidade dos novos valores. Basicamente, isso ocorre quando abandona a plasticidade de modelos jurídicos e passa a dispor sobre diversos temas que, historicamente e para as futuras gerações, poderiam ter novos desfechos. Tratando, *v.g.*, de dano moral (órbita civil), de tipos hediondos (órbita penal), de formas procedimentais (órbita processual), acaba estrangulando novas percepções e evoluções.

Quanto às formas procedimentais, observa-se nitidamente, que a *'partitura constitucional'* (CF, art. 5º, inciso XII) assegurou a possibilidade de produção de prova por meio de interceptação telefônica desde de que com realizabilidade fixada no âmbito processual penal, através de dois modelos formais: *investigação criminal* ou *instrução penal*. Tudo isso em garantia ao jurisdicionado como forma de sopesar o desvalor jurídico *em jogo*, qual seja: apenas nos fatispécies classificados como crimes se admite a intervenção estatal sobre as conversas telefônicas, mitigando o direito fundamental à intimidade e privacidade (CF, art. 5º, inciso X).

É certo que os direitos fundamentais sempre carecem de ampla proteção e promoção. Entretanto, a possibilidade do Estado, através de órgãos legitimamente designados, interceptar conversas telefônicas está ligada à própria tutela fundamental da pessoa, isto porque ao direito penal⁸ cumpre precípua função de proteção da sociedade e das pessoas contra ações ou omissões qualificadas pelo potencial do injusto e ofensoras de bens jurídicos constitucionalmente positivados⁹.

8 DEMO, Roberto Luís Luchi. Direito penal e outros ramos do direito: interdependência, comunicação, encontros e desencontros: uma visão holística aos diversos planos do direito a partir do direito penal. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 52, n. 324, p. 89-113, out. 2004.

9 SILVA, Jorge Pereira. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 350. Confirma: "Assim, começam os cultores do direito penal por sustentar que, na relação entre este ramo jurídico e a Constituição, não se trata apenas de afirmar que o modelo de crime como

Para a interceptação telefônica, portanto, a Constituição Federal exigiu certa sincronia entre o direito penal primário (fixado nas premissas reitoras relacionadas a direitos, liberdades e garantias) e o direito penal secundário (voltado aos direitos econômicos, sociais e culturais). Pelo primeiro adota-se como escopo a proteção da esfera pessoal (mesmo que não individual), pelo segundo o objetivo já é a proteção da esfera de atuação social da pessoa¹⁰. Está-se ante uma tutela de limites em que a justiça penal tem lugar exatamente porque a atuação social de determinada pessoa está a agredir a esfera de liberdades e garantias da sociedade.

Guardadas as distinções entre *interceptação* (quando os dois interlocutores desconhecem o monitoramento), *escuta* (quando ao menos um sabe do monitoramento e é auxiliado por terceiro) e *gravação unilateral ou clandestina* (realizada por um dos interlocutores sem a participação de terceiro)¹¹, pode-se dizer que

ofensa a bens jurídicos tem a categoria e a força vinculante de um princípio constitucional. Nem tão-só de sustentar que a função constitucionalmente adstrita ao ordenamento penal é a de tutela subsidiária (ou de última ratio) de bens jurídicos cuja lesão, à luz do princípio da proporcionalidade, se revela digna e necessitada de pena. Bem mais do que isso, trata-se de reconhecer que os bens do sistema social se transformam e se concretizam em bens jurídicos dignos de tutela penal (...) através da ordenação axiológica jurídico-constitucional. Daí a conclusão segundo a qual um em jurídico político-criminalmente tutelável existe ali – e só ali – onde se encontre reflectido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema total. E também a de que entre a ordem axiológica jurídico-constitucional [onde o bem jurídico preexiste] e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos, têm de existir uma qualquer relação de mútua referência. Relação que não será de identidade, mas de analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido. Afinal, na perspectiva clássica dos direitos de defesa, os direitos fundamentais protegem frente ao Estado os mesmos bens que o direito penal protege frente aos cidadãos”.

10 DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral. Questões fundamentais. *A doutrina geral do crime*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 121.

11 É por isso que em algumas situações as gravações unilaterais ou escutas com auxílio de terceiro, que em tese poderiam ser ilícitas nos termos do art. 10 da Lei 9.296/96, são referendadas como lícitas pela Excelsa Corte, especialmente quando a situação não é invasiva à privacidade ou intimidade e quando a própria vítima está buscando se defender de ação criminosa constatável em diálogo. A propósito: STF. *Habeas Corpus*. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento de outro quando há, para essa utilização, excludente de antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando o crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5.º, XVI, da CF/1988 com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5.º, X, da CF/1988). *Habeas Corpus* indeferido. HC 74.678/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.08.1997, p. 37.036.

em tais casos a '*ordem pública constitucional*', revelada pela necessidade de proteção da coletividade ou das vítimas *in concreto* quanto aos ilícitos penais, distinguiu-se em relevância e preponderância sobre a proteção da intimidade.¹²

Enfim, se evidentemente a intimidade é *direito fundamental*, há, de lado anverso, os *deveres de proteção do Estado aos direitos fundamentais* (tanto individuais como coletivos), sendo que o âmbito do direito penal tem função essencial nesta modalidade: dever do Estado de proteção: da vida, da integridade física, da honra, e, também, do patrimônio público e da moralidade administrativa, entre outros. A retirada da carga penal para a proteção dos direitos fundamentais nada é mais que puro abolicionismo, do qual nenhuma sociedade se sustenta.

3. Requisitos de validade da interceptação e o problema da posição jurídica do afetado pela prova

Permitida, a interceptação telefônica pela Constituição Federal, naquele mesmo Texto Fundamental já se atribuiu ao legislador o dever de regulamentar as condições normativas de realizabilidade do excepcional meio de prova, sendo editada para a Lei federal nº 9.296/96.

A Lei federal nº 9296/96 estabeleceu filtros normativos para a realização de referida prova, a saber: *i*) existência de perspectiva quanto à autoria ou participação delitiva; *ii*) inviabilidade de produção de provas por demais meios; *iii*) fato investigativo consti-

12 GOMES, Camila Paula de Barros; BARROS, Marco Antônio de. Interceptação telefônica emprestada ao processo administrativo disciplinar. In: *Doutrinas essenciais de processo penal*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 343-365. Concordam: "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 9.296/1996 e sua combinação com o art. 5.º, XII, da CF revelam a preocupação do legislador em tutelar a inviolabilidade do direito à intimidade, previsto no art. 5.º, X, ainda da Carta Magna".

tuir infração penal cuja pena seja mais gravosa que a detenção; *iv*) abertura de investigação criminal ou ação penal instaurada. É esse, portanto, o estabelecimento específico do *devido processo legal* entre Estado e investigado nos lindes do direito processual penal para a realização da interceptação.

Preservados no *iter* da investigação criminal ou ação penal os requisitos para a interceptação telefônica (como acima enumerados), a prova é válida, ou seja, lícita e em consequência estará apta para a valoração conforme a argumentação jurídica, o diálogo procedimental, vale dizer, ‘elemento de convencimento jurisdicional nos exatos termos do ordenamento’.¹³ E o expediente que autoriza a interceptação telefônica, destarte, chegará em juízo de forma cautelar. É preparatória quando do âmbito da investigação policial ou ministerial, contudo pode ser incidental na hipótese de já instaurada a ação penal. Importante ter em mente que parte da doutrina trata a interceptação telefônica como medida cautelar imprópria de apreensão.¹⁴

Atinente à segunda problematização desta pesquisa, pode ser que a interceptação telefônica, de forma acidental, revele pessoa que detenha prerrogativa de foro em instância originária de Tribunal

13 TRF-5. MS. 0034517-79.2005.4.05.0000. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CRIMES DE QUADRILHA E FRAUDE PELA INTERNET. DECISÃO. FUNDAMENTAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE. Não se pode dizer inane uma decisão judicial que firma seus alicerces em decisão pretérita, devidamente fundamentada, em que o julgador de primeiro grau empreendeu, com suas particulares ponderações, o cotejo da providência requerida pela autoridade policial com a disciplina legal a ela pertinente. Não há o óbice do art. 2.º, II, da Lei n.º 9.296/1996 para o deferimento do pedido de interceptação telefônica quando se demonstrar que a prova que se busca produzir pela diligência somente por ela puder ser obtida. Agravo regimental prejudicado. - Relator: Desembargador Federal Cesar Carvalho.

14 GOMES, Luiz Flávio. Finalidades da interceptação telefônica e a questão da prova emprestada. In: *IOB - Repertório de Jurisprudência*: civil, processual, penal e comercial. v. 4. São Paulo: IOB, 1997, p. 74-76. Explica: “a ordem judicial necessária exterioriza a autorização para a concretização da medida cautelar; a operação técnica (ato de interceptar, de captar a comunicação telefônica) é o meio executivo da medida cautelar de apreensão imprópria; o auto circunstanciado obrigatório revela a documentação da operação técnica, a gravação da interceptação é o resultado da operação técnica e, desse modo, documentação (materialização) da fonte de prova; a transcrição dessa gravação, como materialização do que foi captado, é o meio probatória (documental) que será levado em conta pelo juiz na sentença final e que serve para afastar o presunção de inocência”.

de Justiça por prática de ato criminoso ou ilícito administrativo claramente contrários aos deveres funcionais e que não estava designada inicialmente nos trabalhos de apuração. É a hipótese de conteúdo de interceptação realizada em sede de investigação (PIC), instada por Promotor de Justiça lotado em instância singular que escorreitamente atua na esfera de persecução penal para exame e averiguação de práticas de crimes que ocorram na Comarca onde exerce o múnus, quando se apreende diálogo de outro membro ministerial no desenvolvimento de atos contrários à estatura constitucional que deveria guardar em esfera funcional.

Na vertente somam-se aos demais requisitos acima delineados, dois outros institutos jurídicos externos à interceptação que tomam corpo ao caso concreto: *i*) o dever de sigilo próprio da interceptação telefônica; *ii*) a competência relacionada àquele abatido pelo diálogo descortinado.

Quanto ao sigilo, atente-se que o art. 10 da Lei 9.296/1996 trata de impô-lo quanto ao conteúdo colhido, inclusive tratando como tipo penal o compartilhamento. O dever de sigilo, corolário do direito fundamental da privacidade, não é requisito de realização da prova, mas regra jurídica de imposição de limites para preservação da prova e dos sujeitos envolvidos.¹⁵ Destarte, mesmo havendo a imposição de sigilo, aos responsáveis pela apuração, desde que preservado o conteúdo e autorizado pelo juiz, cumpre o envio obrigatório das peças às instâncias de controle e correccionais do Ministério Público para as providências. Trata-se de dever imposto por lei.¹⁶ Observe que o sigilo não é violado, é apenas repassado para as autoridades com atribuição para dar início à apuração.

15 Assim a redação: Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

16 Lei Complementar 34/94: Art. 67. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: XI – levar ao conhecimento do Procurador-Geral de Justiça ou do Corregedor-Geral do Ministério Público fatos que possam ensejar processo disciplinar administrativo ou ação penal pública; Art. 110. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei: IX – adotar, nos limites de suas atribuições, as providências cabíveis em face de irregularidade de que tenha conhecimento ou que ocorra nos serviços afetos a seu cargo.

No que respeita a competência, sendo o afetado pela prova acidental descoberta Promotor de Justiça, o órgão com atribuição legal para eventual julgamento em hipótese de tipo penal aberto, como visto, é o Tribunal de Justiça.¹⁷ Já as violações de natureza administrativa são da alçada persecutória da Egrégia Corregedoria do Ministério Público.¹⁸ Via de consequência, como ainda não houve qualquer ato decisório, a não ser aquele primitivo que autorizando interceptação de outro envolvido alcançou acidentalmente autoridade com prerrogativa de foro, para tais instâncias deve ser remetido o conteúdo.

Em suma: a lei infraconstitucional que regula as interceptações telefônicas estabelece não apenas os requisitos de validade para realização, senão fixa limites para o sigilo, assim como é cativa aos pressupostos processuais (como no caso a competência). Contudo, neste último caso não veda o compartilhamento, desde que: *i*) haja autorização do Juiz responsável pelo deferimento da diligência; ou *ii*) o objetivo do compartilhamento não seja vedado por lei. Se o positivismo significa redução do Direito à lei, a exegese meramente 'gramatical' desde já permite a compreensão de que a autorização constitucional para a realizabilidade de prova de interceptação telefônica essencialmente depende e está adstrita à produção na ambiência da instância penal, entretanto isso não importa dizer que o compartilhamento esteja vedado.

4. Conceito de prova emprestada no âmbito sistêmico

A prova emprestada, na condição de evidência aceita pela jurisprudência e doutrina, não está positivada no âmbito da processualidade penal e administrativa. Todavia, a ausência de dispositivo específico não impediu a respectiva utilização, porque a

17 LOMP Art. 40, inciso IV.

18 LOMP Art. 17, inciso V.

noção aberta de prova é essencial como elemento de convicção judicial.¹⁹ À vista do exposto, a prova emprestada acaba sendo situada na análise de eventual licitude frente ao caso concreto, observado o devido processo legal, donde há de vir, ao final, a avaliação quanto ao efeito útil ou mesmo sua precariedade.²⁰

Guilherme de Souza Nucci ensina que 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.²¹

Tal forte posicionamento doutrinário deve ser respeitado, muito embora possa ser esclarecido que o festejado autor não citou qualquer dispositivo do Código de Processo Penal que regule o tema. O texto doutrinário fixou a base do comentário precisamente na Constituição Federal, com apoio não aprofundado no novo Código de Processo Civil que regula o tema de maneira pormenorizada.

19 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do Direito Processual Civil*. v.3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 9. Para quem provar: 'significa formar a consciência do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo'.

20 STF. HC no 67.707. "PROVA EMPRESTADA – INOBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO CONTRADITÓRIO – VALOR PRECÁRIO – PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO. A prova emprestada, especialmente no processo penal condenatório, tem valor precário, quando produzida sem observância do princípio constitucional do contraditório. Embora admissível, é questionável a sua eficácia jurídica. Inocorre, contudo, cerceamento de defesa, se, inobstante a existência de prova testemunhal emprestada, não foi ela a única a fundamentar a sentença de pronúncia". Rel. Min. Celso de Mello, 1a Turma, v.u., j. 07.11.1989, DJ 14.08.92).

21 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 15. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016. Pág. 388/389.

Ada Pellegrini Grinover²², ao seu tempo, indica quatro requisitos para utilização da prova emprestada: *i)* a prova que se empresta deve vir de processo onde figuram as mesmas partes; *ii)* deve ser preservado o princípio do juiz natural, portanto, além das mesmas partes o segundo processo deve contar com o mesmo juiz; *iii)* observação dos princípios gerais que regem a prova; *iv)* atenção e não violação aos requisitos da prova documental, porquanto a prova emprestada sempre decorrerá de meio documental.

A mesma saudosa Professora, agora em companhia de reconhecidos doutrinadores, não se opõe especificamente ao empréstimo de interceptação telefônica para outra instância, justamente a considerar o efeito útil da prova, uma vez já rompida a intimidade nada mais há para preservar.²³ Contudo, não é essa a opinião de Eduardo Talamini²⁴ e Vicente Greco Filho²⁵, para quem a interceptação telefônica obtida em feito criminal não pode ser transferida para outra instância, especialmente a administrativa. Interessante, nesse ponto, é posição a ‘meio do caminho’ que assume a possibilidade de empréstimo da interceptação telefônica, desde que se observem os mesmos requisitos da Lei 9.296/96, sem prejuízo do contraditório.²⁶

Imperativo verberar que a maioria dos livros e autores citados são anteriores a dois acontecimentos de relevo no sistema jurídico brasileiro. Em primeiro plano, a operação ‘Lava-jato’, que

22 GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.1, n. 4, p. 60-69, out./dez. 1993.

23 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

24 TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 140, p.145-162, out./dez. 1998.

25 GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 24.

26 SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas*. 2. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2002, p. 120.

desvendou diversos comportamentos ilícitos de natureza penal justamente através de interceptações telefônicas, acessos a contas bancárias no exterior, ações controladas e colaborações premiadas nos termos da legislação vigente, demonstrando à sociedade que o combate às organizações criminosas apenas ganha efetividade se adotadas técnicas que possam anular ‘as máscaras das aparências levianas de legalidade’.

Em segundo lugar, o advento do novo Código de Processo Civil, cujo espírito de codificação demonstra assento na escola do *formalismo-valorativo* e na Constituição discursiva e emancipadora.²⁷ Nesta esteira, em 2015 passou a vigor o CPC fixando como estratégia essencial para as mazelas da sociedade brasileira a adoção de um Direito responsivo, democrático, de inclusão e que, sobretudo, deve ser lido à luz dos valores e normas fundamentais.²⁸ E enquanto o CPP não delimita o campo da prova emprestada, o CPC pioneiramente o faz consoante o dispositivo contido no art. 372.²⁹

27 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Processo Civil brasileiro e codificação*. In: Doutrinas essenciais de processo civil. São Paulo: RT, 2011, p. 1255-1264. Explica: “A influência da Carta Política de 1988 e, principalmente, da dimensão conquistada pelo direito constitucional em relação a todos os ramos do direito e na própria hermenêutica jurídica (v.g., ‘a interpretação conforme à Constituição’), mostra-se particularmente intensa no que diz respeito ao processo. Tanto é assim que estabeleceu de modo expresso diretivas completas para a formação e o desenvolvimento de um processo justo (juiz imparcial, contraditório, ampla defesa, motivação das decisões judiciais etc.). Não bastasse isso, já não se trata mais de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido. Tudo isso é potencializado por dois fenômenos fundamentais de nossa época: o afastamento do modelo lógico próprio do positivismo jurídico, com a adoção de lógicas mais aderentes à realidade jurídica, como a dialética e a tópica-retórica, uma hermenêutica de novo tipo, e a consequente intensificação dos princípios, sejam eles decorrentes de texto legal ou constitucional ou até não escrito, mas pressuposto. No sistema jurídico brasileiro, essas ponderações ostentam enorme alcance prático, porque a Constituição de 1988 positivou de forma expressa os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração”.

28 CPC. Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

29 CPC. Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Destarte, a considerar a necessidade de adoção de interpretação sistemática que busque ponto de equilíbrio entre todas as legislações e codificações, o CPC atual transforma-se em tipo normativo de grande funcionalidade na verificação da licitude ou não de admissão da interceptação telefônica realizada outrora em investigação criminal, especialmente levando-se em consideração a oportunidade de colheita que às vezes jamais se repetirá.³⁰

Na adversidade enfrentada nesta pesquisa (diálogo colhido a partir de PIC), com o aviso de que o princípio do contraditório (*base elementar do conceito de prova emprestada*) ainda não tem projeção e, via de consequência, sua invocação não faz sentido³¹, até porque pode ser realizado *a posteriori*³², observe, pois, que a utilidade da prova é matéria essencialmente ligada à ‘movimentação’ de determinada evidência extraída de expediente rumo aos demais processos e instâncias, pois *somente* naquela oportunidade pôde ser colhida; conseguiu ser materializada; saiu da abstração e se projetou no âmago da contextualização processual. Longe de ser procurado, o fato constatado nas in-

30 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 369 ao 380. São Paulo: RT, 2016, p. 215. Advertem: “Prova emprestada é aquela que, produzida em outro processo, é trazida para ser utilizada em processo em que surge interesse em seu uso. Trata-se de evitar, com isso, a repetição inútil de atos processuais, otimizando-se, ao máximo, as provas já produzidas em demanda pendente. Entretanto, não é apenas a ideia de aproveitamento de atos que importa, quando se pensa em prova emprestada. Eventualmente pode acontecer que a prova não possa mais ser colhida, por alguma circunstância, motivo mais que suficiente para autorizar, ao menos em princípio, a tomada de empréstimo da prova já realizada em outro processo”.

31 STJ. RHC n. 57.812/PR. “É cediço que o inquérito policial é peça meramente informativa, de modo que o exercício do contraditório e da ampla defesa, garantias que tornam devido o processo legal, não subsistem no âmbito do procedimento administrativo inquisitorial” Quinta Turma. Rel. Min. Felix Fischer – j. em 15.10.2015 – Dje de 22.10.2015.

32 TJRO. Apelação, Processo nº 0007229-52.2015.822.0501. APELAÇÃO CRIMINAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. NULIDADE DOS PROCEDIMENTOS. INEXISTÊNCIA. ESPECTOGRAMA. DEGRAVAÇÃO. PERITO. DESNECESSIDADE. PROVA COMPARTILHADA. ILEGALIDADE. CONTRADITÓRIO POSTERGADO. IMPROCEDÊNCIA. A existência de vícios do procedimento de interceptação telefônica deve ser comprovada por meio de provas robustas e não apenas por meras ilações desprovidas de fundamento, sendo desnecessária a realização de espectograma e gravação por perito, conforme entendimento consolidado do STJ. Inexiste ilegalidade no procedimento de interceptação telefônica realizado mediante autorização judicial e posteriormente compartilhado pela autoridade competente, sobretudo quando assegurado, ainda que em momento posterior, o contraditório e ampla defesa. Rel. Des. Valdeci Castellar Citon.

terceptações ingressou no mundo das apurações por acidente, sendo certo que caso investigado diretamente com acompanhamento do afetado, por certo jamais seria consubstanciado. É esse mesmo o entendimento das Cortes nacionais³³.

Nesta perspectiva se pode dizer que a processualidade adotada pelo constitucionalismo discursivo não é aquela de natureza formal-excessiva. A Constituição Federal não pode (e nem deve) ser interpretada por ‘tiras’ ou ‘fatias’. O preceito contido no inciso XII, do art. 5º da Magna Carta deve ser lido em harmonia e unidade com outros cânones fundamentais, especialmente aquele que trata do acesso à justiça, a inafastabilidade do Poder Judiciário (CF, art. 5º, inciso XXXV), a defesa da probidade e moralidade (CF, 5º, inc. LXXVII, 37, *caput*) e os deveres funcionais dos membros do Ministério Público (CF, art. 128, § 5º, inciso II, alínea ‘f’).

5. Prova acidental descoberta e validade como prova emprestada

Em quarto tópico, tomando por base ainda processualidade civil que regula com maior intensidade o eventual empréstimo de prova, e com apoio na mesma doutrina exortada por Marinoni e Arenhart é fácil verificar a possibilidade de aceitação da prova oriunda de outra instância desde que haja a devida ponderação entre os direitos fundamentais em colisão³⁴.

33 STJ.HC: 144180 DF 2009/0152924-0. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AÇÃO CRIMINOSA DE TERCEIRO. DESCOBERTA ACIDENTAL. VALIDADE. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Válido é o resultado probatório por descoberta acidental, no caso ocorrido por utilizar a paciente terminal telefônico com interceptação judicialmente autorizada. 3. Habeas corpus não conhecido. Relator: Ministro NEFI CORDEIRO. Data de Julgamento: 12/05/2015.

34 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 369 ao 380. São Paulo: RT, 2016, p. 215. Comentam: “Por fim, cabe imaginar a situação em que se busca emprestar prova de um processo, em que litigaram A e B, para

É o caso de as pessoas identificadas no processo primitivo e no secundário serem diferentes ou naquela situação em que o contraditório passa ser impossível, até porque oriundo de investigação ainda em curso³⁵.

Nesse passo restará colisão tanto no que respeitam direitos fundamentais de natureza processual como direitos fundamentais de natureza material. Na órbita jusfundamental processual estariam em conflito o direito ao contraditório *versus* o direito à tutela administrativa; já na esfera jusfundamental material o antagonismo se daria entre o direito à intimidade do afetado e o direito da coletividade ao patrimônio público e moralidade administrativa.

Alivia os conflitos justamente o exercício de ponderação fulcrado na tese de Robert Alexy³⁶ com base em três critérios estruturais: *i*) ade-

um processo entre A e C, ou para um processo entre C e D. Nessas hipóteses, ou apenas uma das partes é identificada com a do processo em que a prova foi produzida, ou nenhuma das partes é idêntica. Em tais situações, como o contraditório das partes não foi garantido na produção da prova, será necessário examinar se é possível cumprir com tal garantia no processo para o qual se pretende exportar a prova. Sempre que for possível garantir o contraditório – com a mesma eficácia que se teria caso o contraditório houvesse sido observado no processo primitivo – o empréstimo da prova será admissível. Caso contrário, em princípio, a prova emprestada será inviável. De todo modo o contraditório não pode ser o único critério considerado. Eventualmente, ainda que não se consiga mais efetivar o contraditório em relação à prova, haverá situação em que a proibição redundará na impossibilidade de se sustentar certa pretensão em juízo. Imagine-se, por exemplo, caso em que a única prova que se possui foi produzida em processo que o contraditório não possa ser reconstituído (ou porque as partes são distintas, ou porque há elementos não recuperáveis etc.). Ter-se-á, aqui, verdadeiro conflito de direitos fundamentais processuais (entre o direito ao contraditório e o direito à tutela jurisdicional), que evidentemente não preferir, de forma abstrata, uma ou outra circunção. Haverá necessidade de ponderar os direitos fundamentais em colisão conforme as circunstâncias do caso concreto, aplicando-se a regra da proporcionalidade”.

35 STF. Inquérito no 2.424. Interceptação telefônica e transferência de dados. Excerto do voto: “Tendo isso em conta, embora salientando não ser possível encontrar, como tese de alcance absoluto, esse interesse legitimante nos objetos dos processos meramente civis em que haja disputa sobre bens ou interesses privados e disponíveis, considerou-se não afrontar à Constituição Federal ou à lei o entendimento de que a prova decorrente de interceptação lícita, autorizada e realizada em procedimento criminal, inquérito ou processo-crime, contra certa pessoa, na condição de suspeito, indiciado ou réu, possa ser-lhe oposta, na esfera própria, pelo mesmo Estado, encarnado por órgão administrativo ou judiciário a que esteja o agente submisso, como prova do mesmo ato visto sob a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar. 20 out. 2011.

36 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

quação (*toda intervenção sobre um direito constitucional deve ser idônea e contribuir para um fim constitucional legítimo*); ii) necessidade (*a intervenção deve ser feita pelo meio da medida menos gravosa ao direito fundamental restringido*); iii) proporcionalidade (*as vantagens obtidas pela intervenção devem compensar os sacrifícios que fustiguem o direito fundamental mitigado*).

A colisão entre os *direitos fundamentais processuais* (contraditório e tutela administrativa) é de fácil solução. Primeiro, porque o contraditório pode e deve ser preservado, mesmo que a despeito disso prova tenha sido colhida em outro expediente – calha aqui a lembrança da licitude da colheita no expediente original (PIC). Segundo, porque há o direito fundamental coletivo à tutela administrativa justa a ser desencadeada pela Corregedoria-Geral do Ministério Público (LCE, 34/94, art. 39, inc. VIII) e que, de forma reflexiva, redundará em dever fundamental para o Corregedor-Geral. Caso não exista processo administrativo sancionatório com a aceitação da prova acidental colhida, o prejuízo será evidentemente maior para o interesse público.

A colisão entre *direitos fundamentais materiais* (intimidade e patrimônio público e moralidade administrativa) não gera polêmica alguma. Inicialmente, é de se recordar que todo membro do Ministério Público tem a esfera de intimidade e privacidade menor se comparada ao particular. É pessoa pública por exigência do exercício do cargo e da missão constitucional assumida. De outro lado, a promoção do patrimônio público e moralidade administrativa é função *mater principalis* do Ministério Público, conforme assentado na Constituição Federal (art. 129, inc. III). Portanto, o exame de ponderação é contrário às pretensões daquele afetado em prova acidental colhida em investigação criminal, mesmo não sendo ele o investigado original³⁷.

37 Aliás é esse o entendimento do STF: “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

Há, por fim, concernente à processualidade administrativa certa situação que também pode ensejar o aproveitamento de prova colhida em PIC para o âmbito das Corregedorias. A Lei 9.874/99 possibilita que a Administração utilize fatos e dados registrados em documentos existentes nos respectivos arquivos, inclusive de ofício³⁸.

Soma-se a isso a premissa de que, nos processos administrativos, ao contrário dos processos judiciais, os responsáveis pela condução dos trabalhos não devem se fiar apenas nas informações constantes dos autos para formar a conclusão, assim como para expedir a decisão necessária. Trata-se da adoção do princípio da verdade material que contribui extremamente para orientação da Administração pública dialógica³⁹.

6. Considerações finais

Não há dúvidas, portanto, de que a prova acidental não apenas é válida, mais que isso: ainda deve ser utilizada como meio idôneo de convicção para decisões de controladorias e corregedorias no âmbito administrativo, mediante exercício de ponderação, sem prejuízo do princípio da verdade material.

eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5.º, XII, da CF, e do art. 1.º da Lei 9.296/1996. 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”, STF, Inq 2424 QO-QO.

38 Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

39 FURIADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 1041. Explica: “como primeira providência, A administração Pública deve buscar trazer aos autos as informações que lhes são estranhas. Caso esta providência não seja possível em função de limitações materiais ou jurídicas, a formação da convicção do administrador público deve considerar as informações estranha aos autos, não obstante elas possam contrariar aquelas constantes dos autos e, de forma sempre motivada, proferir a decisão mais condizente com a realidade dos fatos”.

Evidente que o processo não pode ser tido como uma selva, um caos sem parâmetros. Entretanto, é no caso concreto, à luz do problema, que o direito salta da especulação para dialogicamente a decisão jurídica mais acertada, justificada endoprocessualmente (solvendo conflito entre os interessados) e extraprocessualmente (convencendo a sociedade como instrumento democrático).

7. Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionario de filosofia*. México: Fondo de cultura económica, 1983.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

NEVES, António Castanheira. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. *Revista Studia Juridica*. v. 72. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do Direito Processual Civil*. v.3. Campinas: Bookseller, 1998.

COSTA. Suzana Henriques. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. In: *Doutrinas essenciais de processo civil*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DEMO, Roberto Luís Luchi. Direito penal e outros ramos do direito: interdependência, comunicação, encontros e desencontros: uma visão holística aos diversos planos do direito a partir do direito penal. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 52, n. 324, p. 89-113, out. 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. Direito penal e estado de direito material (sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime. In: *Revista de direito penal*. v. 31. Rio de Janeiro, 1981.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GOMES, Camila Paula de Barros; BARROS, Marco Antônio de. Interceptação telefônica emprestada ao processo administrativo disciplinar. In: *Doutrinas essenciais de processo penal*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Finalidades da interceptação telefônica e a questão da prova emprestada. In: *IOB - Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*. v. 4. São Paulo: IOB, 1997, p. 74-76.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.1, n. 4, p. 60-69, out./dez. 1993.

_____; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos de derecho privado: Código Civil y Código comercial de la Nación Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 369 ao 380*. São Paulo: RT, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado* - 15. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Processo Civil brasileiro e codificação. In: *Doutrinas essenciais de processo civil*. São Paulo: RT, 2011.

REALE, Miguel. Estrutura da Constituição de 1988. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1989.

SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas*. 2. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2002.

SILVA, Jorge Pereira. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 140, p.145-162, out./dez. 1998.

Autor convidado.

DOI: 10.5935/1809-8487.20180019