

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

JOÃO DANIEL JACOBINA BRANDÃO DE CARVALHO

LIMITES CONSTITUCIONAIS AO COMPARTILHAMENTO DA PROVA PENAL

Brasília/DF

2020

JOÃO DANIEL JACOBINA BRANDÃO DE CARVALHO

LIMITES CONSTITUCIONAIS AO COMPARTILHAMENTO DA PROVA PENAL

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito, da Escola de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. André Callegari

Brasília/DF

2020

JOÃO DANIEL JACOBINA BRANDÃO DE CARVALHO

LIMITES CONSTITUCIONAIS AO COMPARTILHAMENTO DA PROVA PENAL

Dissertação de Mestrado/ apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional

Data da defesa: 18/12/2020

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. André Luís Callegari

Orientador

Prof. Dra. Danyelle Galvão

Doutora/USP

Prof. Dr. Nereu Giacomolli

Doutor/Universidad Complutense de Madrid

RESUMO

O presente trabalho aborda a circulação da prova penal, obtida mediante flexibilização de direito fundamental. Procuramos tratar tanto da utilização externa da prova em outro processo igualmente penal, como também a utilização externa em processos não penais. Defendemos que cada circulação da prova representa nova restrição ao direito fundamental atingido, na origem, para a sua produção. Por isso, trouxemos os parâmetros abordados pela teoria dos “limites aos limites” dos direitos fundamentais. Também relacionamos a circulação da prova penal com a superfetação de processos sancionatórios e como isso se relaciona com o *ne bis in idem*. Procuramos desenvolver análise individualizada, a partir das nuances próprias do processo de destino, que receberá a prova, como o processo fiscal, administrativo disciplinar e o processo de responsabilização previsto na Lei Anticorrupção. Também abordamos a exportação de elementos de provas específicos, os decorrentes de interceptação telefônica e de acordos de colaboração premiada. Concluimos pela necessidade de se estabelecer parâmetros mínimos para a que a circulação da prova penal se compatibilize com a Constituição.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais. Prova penal. Compartilhamento. Teoria dos “limites aos limites”. *Ne bis in idem*.

ABSTRACT

Abstract: The present work deals with the circulation of criminal evidence obtained through the relaxation of fundamental rights. We seek to address both the external use of evidence in criminal case, as well as external use in non-criminal cases. We argue that each circulation of evidence represents a new restriction on the affected fundamental right, at the origin, for its production. Therefore, we bring the parameters addressed by the theory of “limits to limits” of fundamental rights. We also relate the circulation of criminal evidence with the superfetation of sanctioning processes and how it relates to *ne bis in idem*. We seek to develop an individualized analysis, based upon the nuances of the destination process, which will receive the evidence, such as administrative tax process, administrative disciplinary process and the accountability process provided by the Anti-Corruption Law. We also address the export of specific evidence, those arising from telephone interception and plea bargain. We conclude that there is a need to establish minimum parameters for the circulation of criminal evidence so that it be compatible with the Constitution.

Palavras-Chave: Fundamental rights. Evidence criminal. Theory of “limits to limits”. *Ne bis in idem*.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABIN	Agência Brasileira de Informação
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CARF	Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
CF	Constituição Federal
CGU	Controladoria-Geral da União
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente
MPF	Ministério Público Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. ACEPÇÕES DA PROVA PENAL E OS MEIOS INVESTIGATIVOS ESPECIALMENTE INVASIVOS.....	16
2.1. DISTINÇÃO ENTRE COMPARTILHAMENTO, PROVA EMPRESTADA E SUAS ESPÉCIES.....	18
2.2. COMPARTILHAMENTO HOMOGÊNEO E HETEROGÊNEO.....	23
3. COMPARTILHAMENTO E RESTRIÇÕES AOS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	28
3.1. “LIMITES DOS LIMITES”.....	30
3.1.1. <i>Impossibilidade de aniquilação e respeito ao núcleo essencial do direito fundamental.....</i>	33
3.1.2. <i>Previsão Constitucional e Legal como limite à limitação ao direito fundamental... </i>	37
3.1.3. <i>Necessidade de decisão judicial.....</i>	40
3.1.4. <i>Princípio da proporcionalidade.....</i>	43
4. LIMITES ÀS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO COMPARTILHAMENTO DA PROVA.....	46
4.1. ANÁLISE DO COMPARTILHAMENTO À LUZ DO PROCESSO DE DESTINO.....	46
4.1.1. <i>Compartilhamento e processo administrativo fiscal.....</i>	46
4.1.1.1. <i>Compartilhamento e desvio de função da Receita Federal.....</i>	47
4.1.1.2. <i>Aspectos a serem observados para que uma decisão judicial que defira compartilhamento da prova penal destinado aos Processos Administrativos Fiscais seja minimamente fundamentada.....</i>	48
4.1.1.3. <i>Consequências da anulação da decisão de compartilhamento ou do reconhecimento da ilicitude da prova penal e seus reflexos no processo administrativo fiscal</i>	52
4.1.2. <i>Compartilhamento e processo administrativo disciplinar.....</i>	60

4.1.2.1. Compartilhamento da prova sob o enfoque da independência de instâncias penal, cível e administrativa.....	65
4.1.3. <i>Compartilhamento, controladoria-geral da união e lei anticorrupção</i>	72
5. ANÁLISE DO COMPARTILHAMENTO À LUZ DO PROCESSO DE ORIGEM	85
5.1. COMPARTILHAMENTO E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA	85
5.1.1. <i>Breve confronto com o encontro fortuito de provas</i>	85
5.1.2. <i>Da circulação do elemento de prova obtido em interceptação telefônica e telemática</i>	87
5.1.3. <i>Da reserva legal qualificada para a restrição ao direito fundamental à inviolabilidade das comunicações telefônicas, telemáticas e epistolares</i>	89
5.1.4. <i>O empréstimo da prova nas interceptações telefônicas na Questão de Ordem nº 2424</i>	91
5.1.5. <i>Compartilhamento e interceptação telefônica à luz da teoria dos “limites aos limites”</i>	96
5.2. COMPARTILHAMENTO E COLABORAÇÃO PREMIADA	97
6. CONCLUSÃO	103
REFERÊNCIAS	108
ANEXO A.....	121

1. INTRODUÇÃO

O direito de punir no ordenamento jurídico brasileiro não possui unidade de reação¹, de modo que, para um mesmo fato, diversas instâncias sancionatórias são ativadas.

No âmbito da Administração Pública, um mesmo fato pode ensejar um processo administrativo disciplinar, uma ação por improbidade administrativa, uma ação fiscal e uma ação penal, por exemplo². Consagra o ordenamento jurídico brasileiro a independência e autonomia de instâncias, que decorrem das distintas formas de responsabilização.

Fora da Administração Pública, um particular, em tese, a partir de mesmo fato, pode ser alvo, por exemplo, de uma ação penal por crime ambiental e de uma ação cível para reparação do dano, além do processo administrativo que o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) pode deflagrar. De igual modo, diante de um ilícito fiscal, é possível se deparar com uma ação penal por sonegação fiscal, além do processo administrativo fiscal, no qual também pode incidir multas de caráter sancionatório³.

Keity Saboya, com muita propriedade, aborda esta multiplicidade de sanções de agências punitivas à luz do *ne bis in idem*:

No Brasil, tem sido recorrente o argumento de que a transgressão de atos qualificados como ilícito administrativo e penal, ao mesmo tempo, ensejaria a aplicação cumulativa de sanções administrativas e de sanções penais, uma vez que, nessa situação, a responsabilidade do agente assumiria “identidades distintas”, seja por perspectivas normativas, dadas as multiplicidades dos regimes jurídicos correlatos, seja por perspectivas valorativas diversas.

[...]

Não é raro, por exemplo, a cumulação de sanções por infrações penais previstas na Lei 9.605/98 (crimes contra o meio ambiente) e infrações administrativas constantes do Decreto 6.514/2008, ambas com idêntico fundamento ou idêntico objeto de proteção, qual seja, a tutela do meio ambiente. Também é possível observar a ausência de articulação entre as instâncias punitivas do Estado quanto aos crimes tributários (Lei 8.137/90) e às correspondentes infrações administrativas fiscais pelo descumprimento da mesma obrigação tributária.

A escassez de limites mais precisos quanto à exegese que se deve atribuir a respeito do direito a não ser punido ou processado mais de uma vez (*ne bis in idem*) tem agravado a ocorrência dessas situações ilógicas no Direito brasileiro, mormente após

¹ Sobre a “unicidade de reação punitiva decorrente da garantia do *ne bis in idem*”, ver também: SABOYA, Keity. **Ne bis in idem**: história, teoria e perspectivas. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

² Como se verá ao longo deste trabalho, essa independência de esferas sancionatórias deriva do art. 37, §4º, da Constituição, ao afirmar que a responsabilidade por ato de improbidade administrativa não exclui a respectiva ação penal. De igual modo, a Lei nº 8.112/90, ao tratar do processo administrativo disciplinar no âmbito federal, dispõe em seu art. 121 que, “o servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições”, ressaltando, em seu art. 125, que “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”. (BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 19 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>).

³ O art. 97, V, do Código Tributário Nacional prevê a possibilidade de, mediante lei, “cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas”.

a entrada em vigor da Lei 12.850/2013, que define organização criminosa e prevê a colaboração premiada, assim como da Lei 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção.

É que se tem observado uma crescente atuação sancionadora de natureza punitiva das mais diversas agências estatais de controle, destacando-se as penalidades aplicadas por órgãos como o Tribunal de Contas da União (TCU), a Controladoria Geral da União (CGU), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o Banco Central (Bacen), o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).⁴

A independência de instâncias é posição decantada tanto na doutrina quanto na jurisprudência, prevalecendo a ideia de que não há *bis in idem* quando se incidem sanções de naturezas diversas, a partir do mesmo fato.

No plano sancionatório material, enxerga-se, a nítida distinção entre esferas. Contudo, do ponto de vista processual probatório, o que se verifica é a comunicação entre as esferas.

Tal abundância de processos concomitantes termina por ocasionar instruções paralelas, de tal forma que, ao mesmo tempo ou sucessivamente, estão a se produzir elementos de prova sobre o mesmo fato.

Dentro desse cipoal de esferas sancionatórias, sobreleva-se a instância penal não somente pelo seu caráter de *ultima ratio*, cuidando das lesões mais graves aos bens jurídicos, com respostas sancionatórias severas, mas também pela existência de mecanismos investigativos e probatórios não detectados em outra esfera repressora.

Dentre outros fatores, a reserva de jurisdição impõe que a repressão penal seja confiada a juízes legalmente constituídos⁵, o que, por conseguinte, atribui ao Juízo Criminal o poder de determinar a produção de determinadas provas *penais*, como aquelas que impliquem em vulneração de direitos fundamentais. Esse atributo do processo penal torna-o melhor instrumentalizado em face de outros processos, como o administrativo disciplinar ou mesmo um inquérito civil em que se apuram atos de improbidade administrativa.

Por essa perspectiva, o Código de Processo Penal, bem como leis especiais, a exemplo da Lei nº 12.850/13⁶, que trata do Crime Organizado, prevê mecanismos de produção de prova que se relacionam diretamente com direitos e garantias fundamentais.

⁴ SABOYA, Keity. *Ne bis in dem* em tempos de multiplicidade de sanções e de agências de controle punitivo. **Jornal de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 71-92, jul./dez. 2018. p. 72.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 433.

⁶ BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; [...]. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 5 ago. 2013. Lei do Crime Organizado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>.

A quebra de sigilo bancário e fiscal, por exemplo, possuem íntima relação com o art. 5º, X, da Constituição; as interceptações de comunicações telefônicas, por sua vez, excepcionam o direito fundamental previsto no inciso XII do mesmo artigo; a busca e apreensão domiciliar vulnera a inviolabilidade de domicílio, prevista no art. 5º, XI; as provas decorrentes de intervenções corporais podem ser analisadas à luz da dignidade da pessoa humana e do princípio da não autoincriminação.

Em meio a essa miscelânea de vias de responsabilização, surge a possibilidade de que elementos de provas, excepcionalmente produzidos mediante tolerável restrição de direitos fundamentais, sejam compartilhados e transportados para processos de naturezas distintas daquele em que foi produzido.

Na definição de Natalia Rombi “falar de circulação probatória significa analisar a possibilidade de aquisição em um procedimento as provas que são formadas em um processo diverso e autônomo”⁷.

Antônio Magalhães Gomes Filho explica que o compartilhamento de prova “significa a possibilidade de utilizar, num determinado processo, os elementos de convicção formados em procedimento diverso e autônomo”⁸. Avalia a sua conveniência considerando as modernas formas de criminalidade organizada e multinacional.

Em face desse contexto, Gomes Filho expõe o formato das legislações contemporâneas, que preconizam a “coordenação das atividades de apuração dessas infrações”⁹, dando como exemplo a cooperação entre instituições prevista no art. 3º, VIII, da Lei de Crime Organizado¹⁰.

Não é incomum a utilização, em processos administrativos das mais diversas naturezas, de relatórios de inteligência decorrentes de investigação criminal, contendo escutas telefônicas, informações extraídas de quebra de sigilo telemático ou mesmo documentos apreendidos em busca domiciliar. Tanto assim que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 591: “É permitida a prova emprestada no processo administrativo

⁷ “Parlare di circolazione probatoria significa analizzare la possibilità di acquisire in un procedimento le prove che si sono formate in una vicenda processuale diversa e autonoma”. (ROMBI, Natalia. **La circolazione delle prove penali**. Padova: CEDAM, 2003. p. 1, tradução nossa).

⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 122, p. 43-61, ago. 2016. p. 44.

⁹ GOMES FILHO, 2016, p. 44.

¹⁰ BRASIL, Lei nº 12.850, 2 ago. 2013.

disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa”¹¹.

A Receita Federal do Brasil tem se valido de investigações criminais para fundamentar autuações fiscais. Órgãos administrativos como os Tribunais de Contas, Controladoria-Geral da União (CGU) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) igualmente têm se valido de prova penal para amparar sua atuação.

Em ações por atos de improbidade administrativa, até mesmo pela similitude fática com eventual ação penal, vem sendo utilizados elementos de prova produzidos em procedimentos criminais¹².

O presente trabalho propõe-se analisar a utilização, em processos civis, administrativos e fiscais, da prova produzida no âmbito penal, mediante seu compartilhamento. Visa cumprir, portanto, o propósito de esclarecer que a prova penal objeto deste estudo é aquela cuja produção, coleta ou obtenção perpassa pela restrição direta a algum direito fundamental, como a interceptação telefônica, telemática, escuta ambiental, quebra de sigilo financeiro e buscas domiciliares.

A sua relevância, primordialmente, extrai-se da necessidade de se avaliar, à luz do devido processo legal e das demais garantias fundamentais dos acusados em geral, a legitimidade da atuação estatal em utilizar provas que pressupõem a vulneração de algum direito fundamental, produzidas no âmbito penal.

O tema é assaz atual na medida que, cada vez mais, as instituições estatais estão desenvolvendo atuação interligada, notadamente no combate aos crimes contra a administração pública. A propósito, dispõe a Lei de Crime Organizado:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

[...]

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 591**. É permitida a "prova emprestada" no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa. Diário da Justiça: seção 1, julgado em 13 de setembro de 2017. Publicado em 18 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj>>.

¹² Sobre o tema, ver também: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo no Recurso Especial nº 1714914/RS**: 2017/0320115-8. PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. COMPARTILHAMENTO DE PROVAS OBTIDAS LEGALMENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. É firme o entendimento jurisprudencial deste Sodalício no sentido da possibilidade de utilização, na seara cível, para fins de apuração de improbidade administrativa, de prova produzida na esfera penal. 2. Agravo regimental improvido. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 27 de fevereiro de 2018. Publicado em 08 de março de 2018.

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.¹³

É fato que a plêiade de instituições com incumbência de apurar o mesmo fato tem fomentado a circulação da prova entre os diversos entes estatais.

Pretende-se, com a dissertação, responder às seguintes perguntas: há limites, requisitos e pressupostos para que a prova produzida no âmbito penal seja utilizada em outras searas? A decisão que autoriza o compartilhamento de prova, obtida mediante restrição à direito fundamental, pode ser tomada com nova restrição ao direito fundamental atingido? Para a decisão de compartilhamento da prova penal, é possível fazer incidir a teoria dos “limites dos limites aos direitos fundamentais”? A restrição a um direito fundamental, em determinado processo, implica em seu completo esvaziamento, autorizando o uso indistinto da prova a partir daí produzida? Ou ainda remanesceria algum resquício a ser preservado pelo Estado?

Sobre os limites ao compartilhamento, sintetiza Natalia Rombi:

Nem todas as fontes de conhecimento podem ser colocadas em outro lugar; trata-se, em verdade, de estabelecer como e em que limites isso pode acontecer, devendo-se preservar a função cognitiva do processo mas também valores internos ao mesmo, como o direito de defesa, a imparcialidade e autonomia do juiz, o segredo instrutório.¹⁴

É bem verdade que o tema acerca da prova emprestada não é novo, merecendo, no Código de Processo Civil de 2015¹⁵, disposição expressa em seu art. 372, além do enunciado nº 591, do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁶. Neste trabalho procuramos demonstrar que o compartilhamento da prova penal é algo que está além da prova emprestada¹⁷ e que o seu regramento jurídico e doutrinário não é suficiente para conferir legitimidade constitucional à circulação de elementos de prova obtidos mediante restrição à direito fundamental.

Nessas hipóteses em que a obtenção do elemento de prova pressupõe a flexibilização de direito fundamental, Aury Lopes Junior trabalha a ideia de “vinculação causal” que a prova deve guardar com o processo em que foi produzida e, justamente por ser medida que restringe direitos fundamentais, depende de decisão judicial fundamentada¹⁸.

¹³ BRASIL, Lei nº 12.850, 2 ago. 2013.

¹⁴ “*Non tutte le fonti di conoscenza possono essere immesse in altra sede; si tratta, inoltre, di stabilire con quali modalità ed entro quali limiti ciò possa avvenire, dovendosi preservare la funzione cognitiva del processo ma anche valori interni allo stesso quali il diritto di difesa, l'imparzialità e l'autonomia del giudice, il segreto istruttorio*”. (ROMBI, 2003, p. 5, tradução nossa).

¹⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 17 mar. 2015. Novo CPC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

¹⁶ Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 591, 2017.

¹⁷ Ver também capítulo 2.1. deste.

¹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 584.

Busca-se avaliar se provas decorrentes de interceptação telefônicas, telemáticas, escutas ambientais, quebras de sigilo bancário e fiscal, por exemplo, podem ser alvo de simples traslados para procedimentos cíveis, administrativos, disciplinares e fiscais, como se mero empréstimo de prova fosse, ou se há ainda algum resquício do direito fundamental a ser preservado que, de algum modo, limite a utilização externa da informação.

Ao admitir a possibilidade de utilização da prova penal em outros processos, também se questiona se o seu compartilhamento depende de mero despacho ou de decisão judicial. Concluindo-se pela decisão judicial, pressupondo o dever de fundamentação, ante a incidência do art. 93, IX, da Constituição, a partir dos delineamentos básicos previstos no art. 489, §1º, do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ao Processo Penal.

A pesquisa procurará estabelecer balizas teóricas para que o compartilhamento da prova penal harmonize com a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais restringidos, a fim evitar que a utilização externa desse elemento de prova não implique em aniquilação do valor que a Constituição pretende preservar.

É certo que as restrições a direitos fundamentais não se confundem com sua aniquilação, vale dizer, o deferimento de interceptação telefônica em determinado processo não esgota por completo a garantia do art. 5º, XII, da CF, a permitir que, irrestritamente, os diálogos captados sejam transportados para todo e qualquer processo. A partir desse ponto é que procuramos fazer incidir, para a decisão de compartilhamento, as mesmas limitações encontradas para a decisão de produção da prova, notadamente a teoria dos “limites dos limites aos direitos fundamentais”.

Considerando a excepcionalidade da produção de determinadas provas, através de mecanismos específicos, é possível questionar: trata-se de mero empréstimo de prova, ou o compartilhamento é instituto jurídico complexo, que deve passar pelo crivo do Poder Judiciário, mediante decisão fundamentada?

Ao chegar à conclusão de que é necessária a intervenção judicial, considerando o dever de fundamentação previsto no art. 93, IX, da CF, indaga-se quais seriam os fundamentos constitucionais para que a decisão de compartilhamento seja legítima¹⁹.

Devem ser analisadas, ainda, as consequências do reconhecimento no processo originário, posteriormente ao compartilhamento, da nulidade ou ilicitude das provas compartilhadas nos processos de destino.

¹⁹ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 179.

Em suma, esta pesquisa não é um libelo contra o compartilhamento da prova penal, mas apenas uma tentativa de estudar a sua estrutura, hipóteses, limitações e consequências, sem descurar a sua importância para a eficiência no exercício do poder sancionatório do Estado²⁰, que também é um direito fundamental do indivíduo²¹.

²⁰ “È proprio la necessità di garantire la funzione informativa del processo e di assicurare la operatività dei sistemi che induce a ritenere ammissibile la veicolazione di materiale di provenienza esterna”. (ROMBI, 2003, p. 3, tradução nossa).

²¹ Sobre o equilíbrio entre eficiência e garantismo, ver também: FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (coords.). **Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 9-28.

2. ACEPÇÕES DA PROVA PENAL E OS MEIOS INVESTIGATIVOS ESPECIALMENTE INVASIVOS

Há certo consenso de que o vocábulo “prova” exorta diversas acepções. Quando se fala de prova penal, é necessária a compreensão de qual dos sentidos possíveis estamos a nos referir.

O tema mereceu atenção especial de Antonio Magalhães Gomes Filho, que dedicou um artigo à abordagem das diversas terminologias atribuídas à prova, com reflexos no processo penal:

Justificável, assim, o interesse por uma breve incursão sobre o léxico probatório, ainda que sem a pretensão de esgotar o exame dos vocábulos normalmente empregados nos textos jurídicos, nem de assentar conceitos definitivos, mas com o propósito mais singelo de evidenciar os perigos da utilização inconsequente ou promíscua de termos de uso mais frequente.²²

Inicia o referido autor chamando a atenção para três acepções da palavra prova na linguagem comum, sendo elas: demonstração, experimentação e desafio²³. É possível importar, segundo Gomes Filho, essas mesmas acepções para a linguagem processual: a prova, enquanto demonstração, apresenta a confirmação ou não de um enunciado sobre um fato; enquanto experimentação, consubstanciar-se-ia na instrução probatória em que se pesquisa, recolhe e analisa elementos necessários para a confirmação de uma asserção; e enquanto desafio, ou “obstáculo a ser superado”, traduz o ônus da prova a que se submete as partes processuais em demonstrar o fato alegado²⁴.

Ocorre que essas três acepções não são suficientes para a compreensão do fenômeno probatório, daí porque Gomes Filho traz os sentidos de prova enquanto elemento de prova, resultado da prova, fonte de prova, meio de prova e meio de investigação.

Elementos de prova seriam os “dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à discussão da causa”, a exemplo da declaração de uma testemunha ou o conteúdo de um documento. Resultado da prova seria “a própria conclusão que se extrai dos diversos elementos de prova existentes”, obtidos não somente pela reunião daqueles, mas também por um processo intelectual feito pelo juiz²⁵.

²² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303-318. p. 304.

²³ GOMES FILHO, 2005, p. 305.

²⁴ GOMES FILHO, 2005, p. 306.

²⁵ GOMES FILHO, 2005, p. 308.

Com fonte de prova se designam as pessoas ou coisas das quais emergem os elementos de prova, subdividindo-se em pessoais e reais. Já meios de prova seriam os instrumentos ou as atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova)²⁶.

Os meios de prova referem-se a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e a participação das partes, visando a introdução e a fixação de dados probatórios no processo. Os meios de pesquisa ou de investigação dizem respeito a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários, por exemplo.²⁷

A doutrina traz, ainda, a noção de provas típicas e atípicas²⁸. Após discorrer sobre as conceituações doutrinárias de provas típica e atípica, Gustavo Torres Soares sustenta:

[...] os meios investigativo-probatórios criminais podem ser considerados, quanto à sua estrutura jurídico-procedimental, típicos (satisfatoriamente regulamentados), atípicos (não regulamentados) e insuficientemente típicos ou quase-atípicos (insatisfatoriamente regulamentados).²⁹

A prova pode ser típica ou porque a fonte de prova é prevista em lei, a exemplo da testemunhal, ou porque o meio de obtenção do elemento de prova ou de acesso à fonte é prévia e rigorosamente previsto em lei.

Essa segunda hipótese, em que o meio de prova ou meio de investigação é regulamentado em lei, poderia se inserir na definição de prova típica às cautelares probatórias penais que afetem direitos fundamentais, a exemplo das interceptações telefônicas. É a análise, segundo Gustavo Torres Soares, a partir da estrutura jurídico procedimental do meio de investigação e do meio de prova³⁰.

Atualmente, os meios de investigação compressores de direitos fundamentais, quando já consolidados na realidade jurídica nacional, tendem a receber melhor disciplina legal-procedimental: disso são exemplos medidas *típicas* como a busca e apreensão, a interceptação telefônica, o acesso a registros de ligações telefônicas e a dados cadastrais variados, a obtenção de dados financeiros, a identificação criminal, a entrega vigiada de drogas ilícitas, a colaboração premiada, a ação controlada e a infiltração de policiais em atividade de investigação, que estão entre os mais detalhadamente regulamentados meios investigativos do ordenamento processual penal brasileiro.³¹

²⁶ GOMES FILHO, 2005.

²⁷ GOMES FILHO, 2005, p. 309.

²⁸ GOMES FILHO, 2005, p. 314.

²⁹ SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações tecnológicas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 196.

³⁰ SOARES, 2017, p. 187.

³¹ SOARES, 2017, p. 210.

A partir das acepções doutrinárias possíveis para o termo “prova”, é possível compreender que o compartilhamento da prova penal em estudo é a circulação do elemento de prova, colhida mediante meio de prova especialmente invasivo, compressor de direito fundamental.

Justamente por isso é que defendemos ser algo que é mais do que mero empréstimo de provas pois estamos a falar em circulação de elementos de prova típica, não somente pela previsão legal do elemento de prova em si, mas também típica por possuir procedimento próprio para a sua obtenção, rigorosamente previsto em lei.

Assim sendo, ao cabo de tal abordagem doutrinária, tem-se a dizer que este trabalho foca o compartilhamento do elemento de prova penal, obtido mediante meio investigativo especialmente invasivo, típico quanto a sua estrutura jurídico procedimental, compressor de direito fundamental do investigado.

2.1. DISTINÇÃO ENTRE COMPARTILHAMENTO, PROVA EMPRESTADA E SUAS ESPÉCIES

No Brasil, o debate em torno da prova emprestada não é recente. Há muito se cogita a utilização da prova formada em processo distinto, por razões de economia processual, a fim de evitar a repetição desnecessária de atos, “evitar a perda da prova irrepetível ou de difícil repetição”³², ou mesmo em respeito à duração razoável do processo e à unidade de jurisdição³³. “A prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento de atividade probatória anteriormente desenvolvida, através do traslado dos elementos que a documentaram”³⁴.

Para Ada Pellegrini Grinover, “entende-se por prova emprestada aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos em processo distinto”³⁵.

Acrescenta Paulo Osternack Amaral que “a peculiaridade desse meio de prova relaciona-se com a forma pela qual o juiz tem acesso à fonte da prova”³⁶.

³² TALAMINI, Eduardo. A prova emprestada no processo civil ou penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 91, 1998. p. 112.

³³ ALENCAR, Claudio Demczuk. O uso da prova emprestada no processo penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 49, n. 193, jan./mar., 2012, p. 288.

³⁴ TALAMINI, 1998, p. 93.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 4, out./dez., 1993. p. 66.

³⁶ AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 105.

Os debates doutrinários, amparados pela jurisprudência, centravam a discussão em torno do respeito ao contraditório para que a prova emprestada fosse válida³⁷.

Com o novo Código de Processo Civil de 2015, a abordagem doutrinária e jurisprudencial foi plasmada em seu art. 372, segundo o qual “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”³⁸.

Em 2017, o Superior Tribunal de Justiça consolidou sua jurisprudência na súmula nº 591. Para o STJ, “é permitida a ‘prova emprestada’ no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa”³⁹.

Observa-se, tanto no disposto legal quanto no enunciado jurisprudencial, que o contraditório continua sendo o ponto fulcral quando se fala em prova emprestada.

Sendo esse, em linhas gerais, o delineamento doutrinário, jurisprudencial e legal da prova emprestada, é importante deixar clara a sua distinção em face do que se convencionou denominar de compartilhamento de prova. A confusão entre institutos tem permitido que ao compartilhamento seja atribuído o singelo tratamento dispensado às hipóteses de prova emprestada, “de qualquer sorte, as definições conceituais da prova emprestada e os seus requisitos de admissibilidade são os parâmetros adotados pela doutrina quando há o traslado da prova de um processo a outro, sendo que precisam ser revisitados”⁴⁰.

Provas produzidas em procedimentos penais, relacionadas diretamente à direitos e garantias fundamentais, possuem aspectos relevantes que não são atendidos com o simples respeito ao contraditório, notadamente quando se tem em vista meios de prova ou meios investigativos compressores de direitos fundamentais⁴¹.

Talamini já advertia que, provas produzidas em processos que tramitam sob segredo de justiça, como as interceptações telefônicas, seriam “hipóteses particulares de empréstimos de prova”⁴². Mais recentemente, Alexandre Moraes da Rosa pontua que o compartilhamento seria uma “modalidade de prova emprestada”⁴³.

³⁷ GRINOVER, 1993, *passim*.

³⁸ BRASIL, Lei nº 13.105, 16 mar. 2015.

³⁹ Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 591, 2017.

⁴⁰ MARCANTE, Marcelo. **Limites à atividade probatória**: proibições de prova, conhecimentos fortuitos e compartilhamento de provas no processo penal. Florianópolis: EMais Editora, 2020, p. 205.

⁴¹ SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações tecnológicas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 210.

⁴² TALAMINI, Eduardo. A prova emprestada no processo civil ou penal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 91, 1998. p. 107.

⁴³ ROSA, Alexandre Moraes. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais, 2020. p. 444.

Interceptações telefônicas, busca e apreensão domiciliar, quebra de sigilo telemático, fiscal e bancário, dentre outras provas produzidas no processo penal, flexibilizam direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição, razão pela qual a garantia do contraditório, exigida para a prova emprestada, não é suficiente para resguardar o sigilo que reveste as informações, bem como assegurar o respeito ao núcleo essencial dos ditos direitos fundamentais limitados para permitir a produção da prova⁴⁴.

Essa insuficiência da disciplina da prova emprestada para a circulação de elementos de prova obtidos mediante métodos compressores de direitos fundamentais também foi destacada por Marcante:

Nesse contexto, deve-se ter em vista que os critérios que delimitam as hipóteses de prova emprestada são insuficientes quando estamos tratando dos métodos ocultos de investigação (interceptação telefônica, infiltração, delação premiada, busca e apreensão), em virtude da invasão aos direitos fundamentais do investigado.⁴⁵

Procura-se seccionar a prova – *rectius*, meio de prova ou meio de investigação – em dois grandes grupos: aquelas provas cuja produção não digam respeito, diretamente, a algum direito fundamental e aquelas provas cuja produção ou coleta pressupõe a flexibilização de direito fundamental. Encaixa-se, aqui, a divisão de Gustavo Torres Soares entre meios de investigação estatal menos invasivos e meios de investigação especialmente invasivos⁴⁶.

Para o primeiro grupo, que tem como exemplo uma prova testemunhal ou documental, ou mesmo uma perícia, o tratamento dispensando à prova emprestada, jungido, primordialmente, à observância ao contraditório e à ampla defesa, é suficiente para resguardar a ampla defesa e o devido processo legal.

Para o segundo, é necessário observar aspectos que não se resumem ao contraditório, como por exemplo, atenção para o sigilo que reveste as informações contida nos elementos de prova, vedação constitucional à produção de determinadas provas em procedimentos não penais⁴⁷, impossibilidade de aniquilação do direito fundamental flexibilizado para a produção da prova, dentre outros.

Para que se tenha um plexo maior de requisitos para a admissão da prova penal, produzida com flexibilização de direito fundamental, é preciso situá-la em um ponto além da

⁴⁴ Por serem meios de prova ou de investigação invasivos e compressores de direitos fundamentais, Gustavo Torres Soares sustenta que o ordenamento jurídico autoriza com reservas, através de meios investigativos satisfatoriamente típicos, porque mais previsíveis e controláveis. (SOARES, 2017, p. 210)

⁴⁵ MARCANTE, 2020, p. 205.

⁴⁶ SOARES, 2017, p. 205.

⁴⁷ O art. 5º, XII, da CF prevê que a produção de provas decorrentes de interceptações telefônicas deve ser restrita à investigação criminal.

mera prova emprestada, surgindo daí a necessidade de se considerar o compartilhamento da prova como algo distinto.

Essa diferenciação é o ponto de partida da abordagem distinta entre prova emprestada e compartilhamento de prova.

A igualdade de tratamento entre as provas penal e cível sempre foi tida como base legitimadora da prova emprestada. Sobre essa aparente simetria entre as mesmas é que se constrói o raciocínio autorizador do empréstimo de prova.

Quando se toma como objeto de estudo provas que somente podem ser obtidas na esfera penal, constata-se que a paridade entre prova penal e cível não se sustenta, passando a exigir um tratamento específico para que se circule tais elementos probatórios.

Assim sendo, ao demonstrar claramente que há certos tipos de prova penal que possuem matizes constitucionais não detectadas nas provas não penais, verificamos que é preciso ir além do tema atinente à prova emprestada.

Se a construção doutrinária acerca da legitimidade do empréstimo da prova parte da premissa de que, estrutural e funcionalmente, a prova penal não difere da cível⁴⁸, fica evidente que os pontos abordados pela doutrina e jurisprudência para tanto não são suficientes para disciplinar as hipóteses de compartilhamento da prova penal, ainda que alguns fundamentos se aproveitem.

Os principais requisitos desenvolvidos pela doutrina para a prova emprestada⁴⁹, respaldados pela jurisprudência e plasmados no art. 372 do novo CPC⁵⁰, centralizam-se em:

- i. Respeito ao contraditório, havendo discussão se no processo de origem ou apenas no de destino;
- ii. Discussão acerca de identidade de partes entre o processo de origem e o processo de destino;
- iii. Discussão acerca de identidade de objeto entre o processo de origem e o processo de destino;
- iv. Juiz natural e inafastabilidade da jurisdição.

Se existe pretensão, por exemplo, de compartilhar provas produzidas mediante busca e apreensão domiciliar ou mesmo mediante interceptação telefônica, a discussão decorrente

⁴⁸ TALAMINI, 1998, p. 93.

⁴⁹ TALAMINI, 1998; GRINOVER, 1993; AMARAL, 2017.

⁵⁰ BRASIL, Lei nº 13.105, 16 mar. 2015.

para prova emprestada acerca do contraditório no processo de origem, como defende Talamini⁵¹, não se aplica, na medida em que essas cautelares penais são decretadas diferindo o exercício do contraditório.

É bem verdade que a doutrina, quando do exame da prova empresta, não deixa de fora provas penais recobertas por sigilo constitucional. Brenno Gimenes Cesca sustenta que:

[...] é possível o empréstimo de prova produzida sob sigilo, mas desde que haja autorização judicial, tanto do juiz do feito originário, que autorize o compartilhamento, estendendo a obrigação de sigilo, quanto do magistrado do novo processo (que deve aquilatar ser viável a sua quebra neste). É o que se denomina transferência de sigilo.⁵²

Nesse particular, em se tratando de prova recoberta por sigilo, a doutrina, secundada pela jurisprudência, já que sumulada pelo STJ em seu enunciado nº 591⁵³, adiciona a necessidade de autorização judicial. Ocorre que o exame da matéria para por aí, não verticalizando a discussão e não enfrentando diretamente o tema à luz da flexibilização e limitação dos direitos fundamentais.

Exemplificativamente, até porque será tratado em capítulo próprio, quando a doutrina aborda o empréstimo das provas produzidas mediante interceptação telefônica, o tema é examinado sob duas óticas distintas: a primeira delas, se é possível o empréstimo da prova para processo não penal; a segunda, se é viável o empréstimo para o feito criminal que trata de infração penal não punida com reclusão.⁵⁴

Evidente que essas duas questões são relevantíssimas. Ocorre que tal abordagem não contempla as hipóteses em que se pretende transportar a prova para processo igualmente penal, que tem por objeto infração penal punida com reclusão.

Da forma como a matéria é posta, sugere-se que, sendo o processo de destino de natureza criminal, e tendo por objeto infração punida com reclusão, nada mais há de ser discutido.

O que se propõe com esta pesquisa é ir adiante no tratamento conferido pelo exame da prova emprestada. Ainda que o processo de destino possua natureza criminal e tenha por objeto infração apenada com reclusão, ainda assim, é preciso estabelecer critérios mínimos para

⁵¹ TALAMINI, 1998.

⁵² CESCA, Brenno Gimenes. **Prova Emprestada no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 121.

⁵³ “É permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa” (Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 591, 2017).

⁵⁴ CESCA, 2016, p. 132.

autorizar a circulação da prova penal cuja produção pressupõe a flexibilização de um direito fundamental.

Propõe-se a compreensão de que a circulação da prova produzida mediante limitação a um direito fundamental implica em nova limitação ao direito e, por isso mesmo, sofre os influxos da teoria dos “limites aos limites”.⁵⁵

Como se vê, o ponto central da prova emprestada – o contraditório – não é suficiente para solucionar os problemas advindos do compartilhamento da prova penal, obtida mediante meio compressor de direito fundamental, razão pela qual o tema merece atenção específica.

2.2. COMPARTILHAMENTO HOMOGÊNEO E HETEROGÊNEO

Estabelecida a distinção entre prova emprestada e compartilhamento de prova, é possível seccionar o compartilhamento em duas espécies: o homogêneo e o heterogêneo⁵⁶. Isso tem relevância pois, para cada um deles há especificidades.

O homogêneo seria a circulação do elemento de prova penal entre processos igualmente penais. Para a doutrina, “ocorre quando há o traslado de uma prova produzida em um determinado processo criminal para outro de mesma natureza, com o objetivo de nele surtir os mesmos efeitos”⁵⁷.

O heterogêneo seria a transmigração do elemento de prova penal para processos de outra natureza, como administrativos disciplinares, improbidade, inquérito civil, dentre outros. O processo penal seria o “exportador da prova”⁵⁸.

Ao se deparar com um pedido de compartilhamento de prova penal, destinado a outros feitos criminais, é evidente que o rigor em seu exame não deve ser o mesmo daquele a ser dedicado ao compartilhamento heterogêneo, até porque tais provas, em tese, poderiam ser produzidas no processo de destino.

Claro que essa facilidade de circulação da prova não dispensa a prévia decisão judicial com fundamentação adequada, onde deve ser considerado, pelo menos, a vinculação causal da prova⁵⁹, quando de sua produção no processo de origem, há ampliação desmedida da restrição

⁵⁵ Ver também capítulo 3.1 deste.

⁵⁶ CARVALHO, João Daniel Jacobina B de. O compartilhamento da prova penal no anteprojeto de lei "anticrime". **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 321, p. 14-15, ago., 2019.

⁵⁷ MARCANTE, Marcelo. **Limites à atividade probatória**: proibições de prova, conhecimentos fortuitos e compartilhamento de provas no processo penal. Florianópolis: EMais Editora, 2020. p. 220.

⁵⁸ MARCANTE, 2020, p. 233.

⁵⁹ Aury Lopes Junior sustenta que há vinculação causal da prova com o processo na qual ela foi produzida, autorizando a sua utilização especificamente naquele processo onde a prova é obtida. (LOPES JR., 2012, p. 385).

ao sigilo das informações a serem transportadas e se isso implicará em esvaziamento complementar do núcleo essencial do direito fundamental atingido. Também não se pode deixar de considerar a necessidade de observância do contraditório prévio à decisão que defere o compartilhamento⁶⁰. Se o seu exercício puder colocar em risco a medida investigativa, esse contraditório pode ser postergado, mas jamais pode se retirar do interessado o direito de se insurgir quanto ao pedido de compartilhamento, ainda no processo de origem.

Na hipótese do compartilhamento homogêneo, quando a transmigração probatória ocorre entre processos penais, nova perspectiva é conferida à clássica fórmula da reunião de processos em decorrência da conexão probatória, prevista no art. 76, III, do CPP⁶¹. Segundo o referido dispositivo legal, havendo correlação probatória entre os fatos, impõe-se a reunião dos processos como regra geral.

Para Gomes Filho:

Coloca-se em jogo a regra tradicional do *simultaneus* processos, decorrente da conexão probatória, que daria lugar, inevitavelmente aos denominados maxi-processos, não só inexecutáveis do ponto de vista prático, mas também causadores de potenciais restrições ao regular exercício da defesa. Em seu lugar, discute-se cada vez mais o aproveitamento das provas.⁶²

Conforme sustentado por Gomes Filho, o compartilhamento da prova entre processos penais mitigaria a reunião dos feitos por conexão probatória, afastando a incidência do art. 76, III, com fundamento no art. 80, ambos do CPP. Essa cisão, como dito, pode evitar a ocorrência dos denominados maxi processos, com acusações muito amplas e complexas, dificultando o direito de defesa e, além disso, tornando-o mais pesado e moroso, o que pode comprometer a garantia da duração razoável do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF⁶³.

A extração de prova de determinado processo penal, ensejando sua utilização em outro, em princípio tem o legítimo propósito de simplificar a acusação e, com isso, melhor assegurar a efetividade da ampla defesa, evitando imputações complexas e intrincadas, com enorme quantidade de réus, fatos e provas em um único cenário.

⁶⁰ O Tribunal de Justiça da Bahia teve a oportunidade de anular decisão de compartilhamento de prova penal por ausência de contraditório (Mandado de Segurança nº 2679-07.2013.805.0000, Segunda Câmara Criminal, Relator: Des. Jefferson Alves de Assis, julgado em novembro de 2013). Com o advento do art. 9º do novo CPC, de aplicação subsidiária ao processo penal, o respeito ao contraditório prévio é valorizado.

⁶¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 13 out. 1941. CPP. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>.

⁶² GOMES FILHO, 2016. p. 44.

⁶³ Sobre os maxis processos, ver também: PRATES, Fernanda; BOTTINO, Thiago. Megaprocessos e o exercício do direito de defesa: uma abordagem empírica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 162, ano 27, p. 145-170, dez. 2019. – Esse artigo também aborda a relação dos megaprocessos com o compartilhamento da prova.

Ainda falando sobre compartilhamento homogêneo, é possível deparar-nos com a hipótese de encontro fortuito de prova, vale dizer, no curso de uma investigação criminal ou de uma ação penal que se depara com provas que remetem a outros fatos delitivos, porém não são objetos daquele processo⁶⁴. A rigor, em havendo encontro fortuito não seria compartilhamento da prova penal, mas sim a hipótese de se remeter as provas encontradas fortuitamente para que, em sede própria e autônoma, seja deflagrado expediente próprio.

Isso porque o compartilhamento pressupõe a utilização da prova tanto no processo de origem quanto no de destino. Segundo o dicionário Houaiss, compartilhar significa “repartir, partilhar”, já “partilhar” significa “dividir, usar junto com”⁶⁵. Assim, compartilhar a prova é permitir que ela seja utilizada, conjuntamente, pelo menos em dois locais distintos; e partilhar, dividir seu uso, usar a prova tanto no processo em que foi produzida como naquela para o qual foi transportada. No encontro fortuito, não havendo pertinência entre o elemento de prova e o objeto do processo no qual a prova fora colhida, remete-se ao de destino sem qualquer tipo de utilização da origem.

A transmigração de uma prova penal para outro feito igualmente penal pode ter o propósito, em síntese, de permitir a utilização contra aqueles que não fazem parte do processo de origem, evidentemente respeitando o direito destes atingidos de se insurgirem não somente contra a decisão que deferiu o compartilhamento, mas também contra as decisões que determinaram a produção da prova, na origem. Por isso é imprescindível que, ao se compartilhar a prova penal, se faça acompanhar também, pelo menos, as decisões que determinaram a sua produção, bem como a decisão de compartilhamento⁶⁶, sob pena de se impossibilitar a sua valoração no processo de origem.

Também pode ter o propósito de influir na prova e na convicção judicial de outros fatos conexos, como, por exemplo, levar a prova produzida em um processo que tenha por objeto a imputação do crime de corrupção, para um segundo processo que tem por objeto o crime de lavagem de capitais decorrentes daquela mesma corrupção. Por isso foi citado linhas acima que

⁶⁴ Sobre doutrina a respeito do encontro fortuito e suas polêmicas quando se trata de interceptação telefônica, ver também: ROSA, Alexandre Moraes da; SILVA, Philipe Benoni Melo; SILVA, Viviani. **Fishing expedition e o encontro fortuito na busca e na apreensão**. Florianópolis: EMais editora, 2019.

⁶⁵ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Pequeno Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. São Paulo: Moderna, 2015. p. 231.

⁶⁶ A súmula 591 do STJ prevê a possibilidade do empréstimo de prova penal para o processo administrativo disciplinar, desde que autorizado pelo Juízo competente, vale dizer, aquele que deferiu as cautelares penais probatórias. Somente será possível, no processo de destino, averiguar se o empréstimo obedece a essa condicionante se, com as provas penais, também se seguir cópia da decisão que autorizou o compartilhamento, proferida pelo Juízo criminal. (Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 591, 2017).

há relação direta entre o compartilhamento homogêneo da prova penal com as regras de conexão e cisão processual, previstas nos artigos 76, III, e 80, do CPP, respectivamente.

O compartilhamento heterogêneo da prova penal merece uma atenção maior, na medida em que proporciona a circulação de informações que deveriam ser acobertadas pelo sigilo, produzidas em processos penais mediante limitação à direito fundamental, para processos em que, neles mesmo, não seria possível a produção de tais provas.

Ilustrativamente, temos a impossibilidade de decretar uma interceptação telefônica, escuta ambiental, busca e apreensão domiciliar ou mesmo quebra de sigilo bancário ou fiscal, no bojo de um processo administrativo disciplinar. A recepção da prova penal, em tese, pode ser uma burla a essa vedação constitucional e legal.

É de se questionar tal possibilidade. Se a Constituição não permite a produção dessas provas em determinados tipos de processo, a sua importação através do compartilhamento de prova poderia ser uma burla à vedação imposta pelo Constituinte. Seja como for, nos capítulos em que tratamos de compartilhamento para processos administrativos, esse ponto será melhor abordado.

No capítulo seguinte, serão abordadas as limitações às restrições aos direitos fundamentais. Como se verá, uma delas preconiza que somente será legítima a intervenção em direito fundamental se houver prévia lei autorizando. Quando se trata de compartilhamento heterogêneo, a questão adquire contornos de maior gravidade pois, para além da inexistência de previsão legal, em diversos casos há previsão legal e constitucional expressa em sentido contrário, a exemplo da possibilidade de interceptação telefônica apenas para procedimentos penais.

Também deve se considerar a finalidade do compartilhamento heterogêneo à luz do princípio da proporcionalidade, vale dizer, a utilização de provas penais em processos administrativos deve ser justificada a partir da gravidade da responsabilização. Exemplo do que se pretende argumentar: seria desproporcional promover a transferência da prova penal para um processo disciplinar a fim de comprovar que determinado servidor público não tem a assiduidade em seu expediente, ou mesmo que compareceu à repartição embriagado e, com isso, viabilizar a aplicação de uma advertência, a mais branda das sanções disciplinares.

Esse exemplo elucidativo demonstra como a proporcionalidade em sentido estrito resta comprometida: para a finalidade pretendida, não se justifica o sacrifício do direito fundamental limitado, vale dizer, compromete-se muito um valor constitucional caro para finalidade diminuta.

A preocupação exposta não é sem sentido. Observa-se que não tem havido quaisquer critérios na autorização de compartilhamentos heterogêneos, promovendo-se a circulação da prova penal de forma indiscriminada (ANEXO A). Até mesmo a posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ), consolidada em sua súmula nº 591⁶⁷, não é o suficiente para se garantir de respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais mitigados para a produção da prova.

Compreender se se trata de compartilhamento homogêneo ou heterogêneo é o ponto de partida para o reconhecimento de critérios e limites para se autorizar a circulação da prova penal.

⁶⁷ Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 591, 2017.

3. COMPARTILHAMENTO E RESTRIÇÕES AOS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A atividade investigativa – e ação penal que lhe segue – inexoravelmente tangencia direitos e garantias fundamentais⁶⁸. Ao seu propósito, de reconstrução de uma assertiva⁶⁹, serve-se de meios de prova⁷⁰ – ou meios investigativos⁷¹ – aptos a obterem elementos de provas que pressupõem limitações à direitos fundamentais.

A doutrina reconhece a existência de meios de investigação menos invasivos que pouco interferem no âmbito dos direitos fundamentais do investigado e, por isso, “o ordenamento lhes autoriza com maior grau de liberdade”. Por outro lado, indica a existência de meios de investigação especialmente invasivos, “compressores de direitos fundamentais”, razão pela qual o ordenamento jurídico o faz com bastante reservas⁷².

O direito à intimidade, à vida privada, à inviolabilidade de domicílio e das comunicações telefônicas, telemáticas e epistolares, o sigilo bancário e fiscal, são direitos fundamentais previstos expressamente em incisos do art. 5º da Constituição da República⁷³.

Tais direitos são sensíveis à atividade investigativa. Cabe ao Estado, dentro do princípio da legalidade e do devido processo legal, equilibrar o interesse público e coletivo ao se apurar os fatos delituosos, porém sempre com vistas ao respeito aos direitos fundamentais, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana, que “deve nortear os meios de obtenção de prova, os quais devem ser utilizados pelo Estado tendo como critério o menor gravame ao direito fundamental do investigado”⁷⁴.

Não se pode desconsiderar que, com a sofisticação da atividade delitiva e com a complexa estruturação das organizações criminosas, o Estado deva lançar mão de recursos tecnológicos, por vezes compressores de direitos fundamentais, em sua atividade investigativa e na persecução penal e, com isso, coletar elementos de prova que assegurem uma repressão penal mais eficiente.

⁶⁸ SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações tecnológicas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 205.

⁶⁹ Esclarece Gustavo Torres Soares que “o Direito Processual Penal não se preocupa com a prova de fatos, mas, sim, com a prova das afirmações sobre os fatos”. (SOARES, 2017, p. 45).

⁷⁰ Sobre a diversas acepções do termo prova, tais como elementos de prova, meio de prova e resultado de prova, ver também: GOMES FILHO, 2016; GOMES FILHO, 2005; SOARES, 2017.

⁷¹ Meios investigativos, meios de investigação, meios de pesquisa ou meios de obtenção de prova se distinguem de meios de prova, segundo Gustavo Torres Soares, por serem empregados, geralmente, em atividade “pré e extraprocessual, com muito pouca proatividade do imputado”, situando aqui, segundo o autor, busca e apreensões e interceptações telefônicas (SOARES, 2017, p. 54).

⁷² SOARES, 2017, p. 205.

⁷³ Sobre o tema, ver também: COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: a tutela penal do direito à intimidade**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁷⁴ MARCANTE, 2020, p. 87.

Por essa perspectiva, ao lado do direito à liberdade, o mesmo art. 5º da CF assegura o direito à segurança. É o equilíbrio entre efetividade da persecução penal e a efetividade dos direitos fundamentais individuais que deve nortear o exercício do *jus puniendi*⁷⁵.

Sendo o direito à segurança, também, um direito fundamental, o processo penal possui mecanismos processuais destinados à coleta de provas que implicam em limitação ou restrições à direitos fundamentais. Acerca da possibilidade de se restringir um direito, ainda que fundamental, não há maiores questionamentos.

O problema parece não estar no conceito de restrição a um direito fundamental, mas exclusivamente na definição dos possíveis conteúdo e extensão dessas restrições e na distinção entre restrições e outras coisas como regulamentações, configurações e concretizações.⁷⁶

A busca e apreensão domiciliar (art. 240, CPP) limita o direito previsto no inciso XI do art. 5º da CF; a interceptação das comunicações telefônicas prevista na Lei nº 9.296/96⁷⁷ mitiga o inciso XII do mesmo art. 5º; a escuta ambiental, recentemente introduzida na mesma lei, vulnera o direito à intimidade e à vida privada, previstos no inciso V do art. 5º, podendo, ainda ter reflexos no direito à inviolabilidade de domicílio (inciso XI); a quebra de sigilo bancário e fiscal prevista no art. 3º, VI, da Lei nº 12.850/13⁷⁸ excepciona o direito fundamental contido no art. 5º, X, da Carta Magna. São alguns exemplos do que se pretende abordar nesta dissertação.

De todos os ramos do Direito, o processo penal é aquele que fornece tais instrumentos de coleta de prova por demais invasivos, daí porque o material probatório que é produzido tem sido transportado para processos de natureza distinta mas que decorrem do mesmo fato, como ações de improbidade, processos administrativos disciplinares, ações cíveis reparatórias, processo administrativo em Tribunal de Contas, CADE, etc.⁷⁹ Esta circulação da prova penal também pode ocorrer em processos de natureza penal, ou contra o mesmo réu em que se veiculem fatos conexos, ou contra réus distintos⁸⁰.

⁷⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (coords.). **Sigilo no Processo Penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 9.

⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 276.

⁷⁷ BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm>.

⁷⁸ BRASIL, Lei nº 12.850, 2 ago. 2013.

⁷⁹ Sobre o compartilhamento da prova, Marcante traz a noção do processo penal enquanto exportador de prova. (MARCANTE, 2020, p. 234.)

⁸⁰ Acerca da superabundância de vias de responsabilização a partir de um mesmo fato, ver também: capítulo 1 deste.

Na primeira hipótese temos o fenômeno do compartilhamento de prova heterogêneo. Na segunda, quando a prova penal é transportada para outro processo igualmente penal, tem-se o compartilhamento homogêneo.

Esta distinção entre compartilhamento homogêneo e heterogêneo, abordada no capítulo anterior, contribui para a sistematização das hipóteses e limites em que se permite a circulação da prova penal.

Não se pretende analisar os requisitos para, em uma decisão penal, flexibilizar um direito fundamental do investigado ou réu para a produção ou colheita de determinada prova. Essa é a limitação ao direito fundamental proporcionada pela persecução penal. O objetivo é: uma vez decidido, uma vez produzida ou colhida a prova, ainda remanesce algum resquício de direito fundamental a ser preservado? Ao colherem-se extratos bancários do investigado e introduzi-los em um inquérito, não há mais sigilo a ser observado? Ao captar-se áudios de comunicações telefônicas ou ambientais, não há mais sigilo a ser respeitado? Esse resquício de direito fundamental representa algum óbice ao compartilhamento da prova penal, ou uma vez produzida, a prova pode circular livremente? Assim, a pesquisa foca no compartilhamento da prova penal à luz dos limites aos limites dos direitos fundamentais.

3.1. “LIMITES DOS LIMITES”

Para a compreensão do tema desta pesquisa é preciso levar em conta que a restrição à direito fundamental é possível⁸¹, contudo, não é ilimitada. Da mesma forma que se limita as limitações aos direitos fundamentais, é necessário compreender que o limite para o compartilhamento da prova penal é o limite que se impõe às restrições aos direitos fundamentais envolvidos.

A leis restritivas estão sujeitas a uma série de requisitos restritivos dessas mesmas leis. Por isso se fala aqui das restrições às restrições ou de limites dos limites.

[...]

Trata-se de uma das operações metódicas necessárias para se evitar a aniquilação dos direitos, liberdades e garantias através de leis restritivas do respectivo âmbito de protecção. São vários os limites estabelecidos pelas normas constitucionais às leis limitativas de tais direitos (a doutrina alude aqui, na senda da doutrina germânica, a limites de limites, <<Schranken der Schranken>>).⁸²

⁸¹ Sobre a possibilidade lógica de restrição a direito fundamental, ver também: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 276.

⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003. p. 451.

Segundo Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco, a expressão “limites dos limites” (“*Scharanken der Scharanken*”), foi utilizada pela primeira vez por Wernicke, em comentários à Lei Fundamental alemã, dando balizas para a atuação legiferante do Poder Legislativo⁸³.

Lembram esses autores⁸⁴ que, diferentemente da Constituição alemã, a Brasileira não previu expressamente a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, ressaltando, contudo, que em seu art. 60, §4º, IV, veda-se qualquer proposta de emenda tendente a aboli-los⁸⁵.

Desta forma, a teoria dos limites dos limites designa os limites estabelecidos expressa ou implicitamente, pela Constituição às leis limitativas de direitos fundamentais, evitando possíveis arbitrariedades das leis restritivas de direitos fundamentais. Controla-se, assim, a discricionariedade da *interpositio legislatoris* referente à restrição de direitos fundamentais, evitando-se a descaracterização dos mesmos, ou até mesmo, a sua aniquilação, inviabilizando o seu exercício na vida social.⁸⁶

Embora surja com o propósito de impor limites à atuação do Poder Legislativo, por se tratar de restrição à direito fundamental operada por um dos Poderes da República, nada mais adequado do que, também, opor à atuação do Poder Judiciário, no que for cabível, a construção doutrinária acerca dos limites dos limites.

A par das leis restritivas, Canotilho denomina de intervenções restritivas as decisões judiciais que, no caso concreto, comprimem direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais não são apenas restringidos por actos legislativos (“leis restritivas”). A intervenção agressiva no âmbito de proteção de direito pode ser feita através de um acto jurídico (“intervenção restritiva”) concreta e imediatamente incidente sobre um direito, liberdade e garantia. Dois exemplos bastarão para clarificar a distinção entre leis restritivas e intervenções restritivas. A lei que estabelece pena de prisão para o crime de homicídio (cfr. Código Penal, art. 131.º) é uma *lei restritiva* de liberdade; a decisão judicial que decreta a prisão preventiva e a decisão judicial que condene, em termos definitivos, o acusado por um crime de homicídio, são *intervenções restritivas*. A lei que proíbe manifestações a menos de cinquenta metros de uma embaixada é uma lei restritiva da liberdade de manifestação; a ordem proibitiva ou de dissolução de uma manifestação contra a lei é uma intervenção restritiva.⁸⁷

Para preservação do núcleo essencial do direito fundamental, traz-se para as intervenções restritivas – decisões judiciais – as limitações havidas na doutrina para as leis restritivas. Segundo Canotilho,

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 209.

⁸⁴ MENDES, 2017, p. 213.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 386.

⁸⁶ IGREJA, Ricardo de Alencar. **Limites à restrição de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Jaguatirica, 2017. [E-book]. p. 845.

⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003. p. 1265.

embora os princípios constitucionais integrativos dos regimes dos direitos, liberdades e garantias (princípio da proporcionalidade, proibição de retroactividade, princípio da salvaguarda do núcleo essencial) sejam habitualmente convocados para o controlo de leis restritivas, é óbvio que eles são princípios constitucionalmente conformadores das intervenções restritivas.⁸⁸

Assim sendo, a limitação à direitos fundamentais perpassa por alguns requisitos, dentre os quais:

1. Reserva legal;
2. Decisão judicial fundamentada;
3. Respeito ao núcleo essencial do direito, vale dizer, sua não aniquilação;
4. Proporcionalidade.

É o que se depreende da lição de Georges Abboud:

A partir da interpretação da Constituição Federal Suíça, a doutrina tem identificado basicamente quatro requisitos necessários para que seja admitida restrição a direito fundamental. Os requisitos são os seguintes: (i) a restrição deve estar fundada em uma base legal; (ii) a restrição deve ser feita em prol do interesse público ou então com o intuito de proteger outros direitos fundamentais; (iii) a limitação deve ser proporcional e (iv) o direito fundamental não pode ser totalmente aniquilado em sua essência (Kerngehalt).

A partir dos requisitos traçados pela doutrina constitucional suíça, evidenciaremos os requisitos que consideramos necessários para se admitir qualquer limitação a direito fundamental.

Nossos requisitos são os seguintes: (i) a restrição deve estar constitucionalmente autorizada; (ii) a limitação deve ser proporcional; (iii) restrição deve atender ao interesse social, privilegiando assim outros direitos fundamentais; (iv) o ato do poder público, que restringe direito fundamental, deve ser exaustivamente fundamentado; (v) o ato do poder público, que restringe direito fundamental, pode ser amplamente revisado pelo Poder Judiciário.⁸⁹

Com fundamento na Constituição espanhola, na Declaração Universal dos Direitos dos Homens, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁹⁰ e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Teresa Armenta Deu estabelece os pressupostos para a adoção de medidas limitativas de direitos fundamentais:

- a) a disposição normativa (princípio da legalidade formal e material);

⁸⁸ CANOTILHO, 2003, p. 1265.

⁸⁹ ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 735-736.

⁹⁰ Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, art. 17: “1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas”. (BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>).

b) adotar no âmbito de um processo, ou seja, da jurisdicionalidade, bem como da necessidade qualificada de motivação; e

c) a sujeição ao princípio da proporcionalidade *sensu stricto*.⁹¹

O que se propõe, em suma, é que as limitações para a restrição ao direito fundamental para a produção da prova penal, também sejam respeitadas por ocasião do pedido de seu compartilhamento.

3.1.1. Impossibilidade de aniquilação e respeito ao núcleo essencial do direito fundamental

Um limite à restrição de direito fundamental reconhecido pela doutrina é a impossibilidade de sua aniquilação, vale dizer, admite-se a restrição a determinado direito, como por exemplo a inviolabilidade das comunicações telefônicas, mas preserva-se, em alguma medida, a necessidade de resguardo do sigilo das informações ali contidas, em atenção ao resquício de direito fundamental que ainda há de ser observado.

Canotilho sustenta que “a ideia fundamental deste requisito é aparentemente simples: existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado”⁹².

Interessa pontuar essa observação pois a doutrina, ao tratar da utilização, como prova emprestada, da prova coletada mediante interceptação telefônica, ampara-se em criativa alegoria citada por Barbosa Moreira segundo a qual “não se pode arrombar um cofre já arrombado”⁹³.

Defende Barbosa Moreira que poderia haver o empréstimo da prova obtida mediante cautelar de interceptação telefônica pois, a seu ver, o sigilo já teria sido violado e, com isso, não haveria mais intimidade a ser preservada⁹⁴.

No mesmo sentido, Ada Pellegrini, Antonio Fernandes e Gomes Filho:

Mas é possível que, em processo civil, se pretenda aproveitar a prova empresta, derivada de interceptação telefônica lícita, colhia em processo penal desenvolvido entre as mesmas partes.

⁹¹ “a) *la previsión normativa (principio da legalidad formal y material)*; b) *adotarse en el marco de un proceso, es decir, la jurisdiccionabilidad, así como la necesidad cualificada de motivación*; y finalmente, y c) *la sujeción al principio de proporcionalidade sensu stricto*”. (DEU, Teresa Armenta. **Lecciones de Derecho Procesal Penal**. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 2017. p. 183, tradução nossa).

⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003. p. 458.

⁹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. São Paulo: Revista de Processo, n. 84, 1996. p. 105.

⁹⁴ MOREIRA, 1996, p. 151.

[...]

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

As opiniões dividem-se, mas, da nossa parte, pensamos ser possível o transporte da prova. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerando 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.⁹⁵

Ao se referir à prova obtida mediante interceptação telefônica, sustenta Antonio Scarance Fernandes:

Mais discutível é o uso da prova emprestada em processo cível, pois a Constituição Federal não permite a interceptação para se obter prova fora do âmbito criminal. O transplante da prova representaria forma de se contornar a vedação constitucional quanto à interceptação para fins não-criminais.

Há, contudo, razoável entendimento no sentido de que a prova poderia ser aceita porque a intimidade, valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas, já teria sido violada de forma lícita.⁹⁶

Esse mesmo raciocínio amparou o Ministro Cezar Peluso, ao decidir a Questão de Ordem no Inq. nº 2424, em que o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido da possibilidade de empréstimo de prova decorrente de interceptação telefônica. Para o Relator, não haveria porque se falar em violação de uma intimidade que já se teria operado e que, em nome do interesse público, o empréstimo da prova consistiria no que denominou “transferência de sigilo”⁹⁷.

É evidente que essa posição não considera a relevância do direito fundamental em questão e seu caráter indisponível.

⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 219.

⁹⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. rev., atualiz. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 111.

⁹⁷ “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 noutra plano normativo”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 2424/DF**. 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. [...]. Relator: Min. Cezar Peluso, julgado em 25 de abril de 2007, publicado em 24 de agosto de 2007. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=2424&sort=_score&sortBy=desc).

Caso se autorize uma interceptação telefônica em determinado processo penal, é evidente que o “cofre” da intimidade e vida privada do indivíduo “não foi arrombado”, mas apenas e tão somente acessado o seu conteúdo por aqueles personagens específicos do processo em que a medida foi decretada. Tanto assim que o art. 9º da Lei nº 9.296/96 prevê expressamente que as informações colhidas são preservadas pelo sigilo⁹⁸. Dessa forma, tal previsão legal é relevante. Existe justamente para preservar o resquício do direito fundamental flexibilizado.

Canotilho traz a teoria subjetiva para a definição do objeto do núcleo essencial de um direito fundamental. Diz o autor que “em caso algum pode ser sacrificado o direito subjetivo de um homem, a ponto de, para ele, esse direito deixar de ter significado”⁹⁹.

Essa é a crítica que se faz à doutrina autorizativa, representada ilustrativamente pela metáfora de Barbosa Moreira¹⁰⁰. Considerar que, após a decretação de uma escuta telefônica ou autorizar o acesso ao conteúdo de e-mails estar-se-ia diante de um “cofre arrombado”, é sonegar ao investigado o direito a ter respeitado o núcleo essencial do direito fundamental em questão. Por outro lado, a proteção do núcleo essencial não pode se descurar da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, ensejando a necessidade de se evitar restrições conducentes à aniquilação de um direito subjetivo individual.¹⁰¹

Mesmo com a restrição mediante decisão judicial, ainda há um núcleo essencial a ser respeitado, tanto assim que o art. 8º da Lei nº 9.296/96¹⁰² impõe o sigilo sobre o material coletado mediante interceptação telefônica.

A decisão que defere o compartilhamento não pode ser mais um fator de desconstituição do núcleo essencial do direito fundamental, ao revés, quando se exige uma decisão judicial para a circulação da prova penal é justamente como forma de preservá-lo.

Quanto mais se circula esse tipo de prova penal, mais se comprime o núcleo essencial do direito fundamental afetado para a sua produção ou coleta. Sem que essa compreensão seja estampada na decisão judicial que defere o compartilhamento, não há uso legítimo da prova nos processos de destino¹⁰³.

⁹⁸ BRASIL, Lei nº 9.296, 24 jul. 1996.

⁹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003. p. 460.

¹⁰⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. São Paulo: Revista de Processo, n. 84, 1996. p. 151.

¹⁰¹ IGREJA, Ricardo de Alencar. **Limites à restrição de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Jaguatirica, 2017. [E-book]. p. 1137.

¹⁰² BRASIL, Lei nº 9.296, 24 jul. 1996.

¹⁰³ Também por isso que se defende a ideia de que com o elemento de prova deve se seguir cópia da própria decisão que deferiu o compartilhamento. Isso permitirá que no processo importador da prova, se avalie se o compartilhamento foi legal e constitucional (MARCANTE, 2020, p. 218).

Não se aniquila os direitos fundamentais, esgotando-se a zero, com a decisão que autoriza uma interceptação telefônica, ou mesmo uma escuta ambiental, uma quebra de sigilo bancário ou fiscal. Ainda subsiste o dever do Estado de preservar o sigilo das informações coletadas e, com isso, evitar o cerceamento dos direitos em flexibilização.

É possível visualizar a argumentação como círculos concêntricos, que se encolhem de fora para dentro. Quando se determina uma interceptação telefônica, os direitos fundamentais previstos no art. 5º, X e XII, da Constituição, reduzem a sua esfera de proteção, mas não desaparecem, apenas se realocando para um círculo de proteção um pouco menor, afrouxando para que as informações colhidas possam ser utilizadas no processo em que a prova foi produzida.

Quando se circula essa prova para outro processo penal, amplia-se a devassa na vida íntima do cidadão, levando ao conhecimento de um maior número de pessoas informações acobertadas por sigilo constitucional. É necessária essa compreensão para admitir-se que, a cada decisão de compartilhamento de prova, amplia-se o espectro de restrição ao direito fundamental, podendo conduzir à sua aniquilação.

Quando essa prova se transmigra para um processo administrativo disciplinar, por exemplo, o círculo de proteção constitucional se reduz ainda mais, ampliando a restrição ao direito fundamental atingido.

Quando essa prova penal, livremente, sem uma decisão minimamente fundamentada que considere o limite à restrição ao direito fundamental, é levada para a Receita Federal, CGU, Polícia Federal, Ministério Público, CADE, etc, chega-se à conclusão de que a circulação desmedida e sem critérios pode conduzir à aniquilação do direito fundamental.

O que se pretende demonstrar, em síntese, é que, quando da primeira restrição ao direito fundamental para que a prova seja coletada ou produzida, não se esgota, não se aniquila direito vulnerado, persistindo ainda um núcleo essencial a ser preservado. Segundo, que a impossibilidade de aniquilação do direito fundamental restringindo é fator limitativo para o compartilhamento da prova penal.

3.1.2. Previsão Constitucional e Legal como limite à limitação ao direito fundamental

Uma relevante oposição às restrições a direitos fundamentais é a “exigência de previsão constitucional expressa da respectiva restrição”¹⁰⁴.

No que diz respeito às espécies de limitações, registre-se substancial consenso quanto ao fato de que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição.¹⁰⁵

Quando se trata de preservação do sigilo das comunicações telefônicas, é importante pontuar que há, sim, possibilidade, no art. 5º, XII, da CF, de restringi-lo para fins criminais, nos termos da Lei nº 9.296/96. Esse é o limite estabelecido pela Constituição ao próprio direito fundamental.

Seguindo, vê-se que a Constituição também estabelece limite à restrição ao referido direito fundamental, qual seja, o fim específico de instruir investigação criminal. É o que a doutrina denomina de “reserva legal qualificada”; o legislador ordinário pode editar lei restritiva, mas seguindo as restrições previamente indicadas pela própria Constituição¹⁰⁶.

Da mesma forma que a Constituição assegura a inviolabilidade de domicílio, prevê restrições à mesma. São aquelas especificamente previstas no inciso XI do art. 5º. Claramente a Constituição assegura o direito, prevê hipóteses de limitação e, no mesmo dispositivo normativo, ao estabelecer a limitação, pontua a própria restrição à restrição.

Diferentemente de interceptação telefônica, que a Constituição limitou ao âmbito da persecução penal, a inviolabilidade de domicílio limita-se a exigir ordem judicial. Sendo assim, em tese é possível busca e apreensão no âmbito cível, como por exemplo, os artigos 536, §1º, 538 e 625 do CPC¹⁰⁷.

Ao reconhecer que a circulação da prova penal implica em nova e maior restrição ao direito fundamental atingido, é de se questionar a existência de previsão constitucional e legal para tanto, na medida em que essa se apresenta como limite.

Tal circulação probatória impacta não somente no direito fundamental comprimido para a produção da prova, mas também maximiza a superfetação de processos, pelo mesmo fato, contra o indivíduo, inclusive pelo viés do *bis in idem* e da violação à proporcionalidade.

¹⁰⁴ IGREJA, Ricardo de Alencar. **Limites à restrição de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Jaguatirica, 2017. [E-book]. posição 1137.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 391.

¹⁰⁶ SARLET, 2009, p. 392.

¹⁰⁷ BRASIL, Lei nº 13.105, 16 mar. 2015.

Em síntese, a decisão que autoriza a circulação da prova penal em se tratando de prova decorrente de interceptação telefônica, não acarreta problemas de previsão normativa sendo o compartilhamento homogêneo, ou seja, entre processos igualmente penais. O compartilhamento heterógeno esbarraria na restrição imposta pela própria Constituição à restrição do aludido direito fundamental¹⁰⁸.

No tocante à prova penal coletada mediante busca domiciliar, em tese não há restrição constitucional para que circule entre processos de natureza não penais, desde que judiciais. Isso porque a restrição à limitação contenta-se com a necessidade de ordem judicial. Sendo possível a produção da prova em outros ramos do direito além do penal, em tese não há esse óbice para a circulação da prova¹⁰⁹. Se tratando de compartilhamento heterógeno para feito de natureza administrativa, a decisão que o autoriza deve ser ainda mais rigorosa na observância dos demais requisitos, na medida em que é uma prova que, originariamente, não poderia ser produzida em um processo administrativo disciplinar.

Para além da previsão constitucional de restrição ao direito fundamental, os mecanismos processuais de interceptação telefônica, telemática, escuta ambiental (artigos 1º e 8º-A, da Lei nº 9.296/96) e busca e apreensão domiciliar (artigo 240 do CPP) possuem previsão legal para a sua produção. Isso evidencia que a restrição ao direito fundamental, para além da limitação imposta pela própria Constituição, perpassa pela legislação que a regulamenta e, com isso, a limita também.

A circulação da prova penal desmedida pode caracterizar uma burla à tal limite, qual seja, a previsão legal. Produz-se a prova em um processo penal e a transporta para outro, de outra natureza muitas vezes, como administrativo, por exemplo, no qual, originariamente, a prova sequer poderia ser produzida¹¹⁰.

De nada adiantam as proibições de prova estabelecidas constitucionalmente pois, por meio do compartilhamento de provas, acabam sendo indevidamente trasladadas para processos administrativos disciplinares, ações de improbidade administrativa ou ações civis, como tem sido aceito pela jurisprudência brasileira.¹¹¹

Acerca da reserva legal para o compartilhamento da prova, no ordenamento jurídico brasileiro o único dispositivo que tangencia o tema é o art. 3º, VI, da Lei nº 12.850/13, que

¹⁰⁸ Por isso que Marcelo Marcante sustenta que seria vedado o compartilhamento heterogêneo quando o meio de prova atinja direitos fundamentais e seja previsto apenas para o processo penal (MARCANTE, 2020, p. 238).

¹⁰⁹ O art. 536, §1º, do CPC, por exemplo, prevê a busca e apreensão.

¹¹⁰ Calha relembra a advertência de Grinover, Fernandes e Gomes Filho, segundo a qual o juiz deve estar atento para que o processo penal não seja utilizado unicamente como expediente para a produção de prova não permitida no processo civil, como a interceptação telefônica. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2006, p. 220).

¹¹¹ MARCANTE, 2020, p. 237.

prevê “cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal”¹¹², restrito, evidentemente, ao âmbito das organizações criminosas.

No âmbito da persecução penal, é mecanismo cuja conveniência é ditada na atualidade pelas características das modernas formas de criminalidade – especialmente a organizada e multinacional –, que envolvem apreciável multiplicidade de ações delitivas e pluralidade de autores. As legislações contemporâneas têm dado especial atenção à coordenação das atividades de apuração dessas infrações, como no Brasil a inclusão, dentre os meios de obtenção de provas, da ‘cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais, na busca de provas e informações de interesse da investigação e da instrução criminal’ (art. 3.º, inc. VIII, da Lei 12.850/2013).¹¹³

Diz-se que o dispositivo da Lei de Organização Criminosa¹¹⁴ apenas tangencia o tema pois, a rigor, não trata especificamente de compartilhamento de prova.

Recentemente, o então Ministro da Justiça Sérgio Moro encaminhou ao Congresso Nacional o anteprojeto de lei apelidado de Pacote Anticrime¹¹⁵. Nele havia uma previsão específica sobre compartilhamento de prova, que visava a inclusão do art. 3º-A na Lei 12.850/13, porém restrita no âmbito da cooperação internacional, que foi objeto de artigo nosso publicado no Boletim nº 321, do IBCCRIM¹¹⁶. Com a sanção da Lei nº 13.964, em 24 de dezembro de 2019, esse dispositivo não foi aprovado.

Carece, portanto, previsão legal específica ao compartilhamento da prova penal. Considerando que a cada circulação da prova se restringe e vulnera ainda mais o direito afetado para a produção da referida prova, a exigência de lei autorizando tal restrição é um limite ao limite consagrado pela doutrina. A propósito, a previsão do art. 372 do CPC, restrita à prova emprestada, não pode ser considerada como a base legal autorizativa do compartilhamento da prova penal, cuja produção perpassa pela restrição a um direito fundamental.

Conclui-se, portanto, que somente será legítima a limitação ao direito fundamental se essa limitação repousar em previsão Constitucional e legal.

Certo é que a cláusula de reserva de jurisdição é uma garantia ao cidadão de que seus direitos fundamentais somente poderão ser flexibilizados por decisão judicial, fundamentada, de acordo com o devido processo legal.

¹¹² BRASIL, Lei nº 12.850, 2 ago. 2013.

¹¹³ GOMES FILHO, 2016, p. 43.

¹¹⁴ BRASIL, Lei nº 12.850, 2 ago. 2013.

¹¹⁵ BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 24 dez. 2019. Pacote Anticrime. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>.

¹¹⁶ CARVALHO, João Daniel Jacobina B de. **O compartilhamento da prova penal no anteprojeto de lei "anticrime"**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 27, n. 321, p. 14-15, ago., 2019.

3.1.3. Necessidade de decisão judicial

É pressuposto para a adoção de medida limitativa de direito fundamental que se opere mediante atuação do Poder Judiciário.

Sustenta Marcante que “os atos que eventualmente colidam com os direitos fundamentais devem ser de autorização de juiz (reserva jurisdicional) – independente e parcial, sereno e sem o calor emocional da investigação e perseguição criminal”¹¹⁷.

No que diz respeito à jurisdicionalidade (reserva jurisdicional), a medida deve ser adotada por um órgão jurisdicional e em um processo (STC 49/1999, FJ 7º). Também se inclui a exigência de motivar decisões judiciais que limitem direitos fundamentais, que, além de ser um dever geral consagrado em todos os tipos de decisões (arts. 120.3 e 24 EC), atinge maior intensidade quando as medidas adotadas limitam um direito fundamental ou uma liberdade pública (STC 62/1982 e muitos outros posteriores).¹¹⁸

Dois aspectos convergem nesta abordagem:

- i. Primeiro que não podem autoridades administrativas, *moto proprio*, promoverem a livre circulação da prova penal pois esta medida implica em ampliação da mitigação do sigilo constitucional e, por isso mesmo, em redução do espectro de incidência do direito fundamental¹¹⁹. Eis a razão pela qual há necessidade de decisão judicial específica para o compartilhamento.
- ii. Segundo que se exige decisão judicial para o compartilhamento da prova penal justamente porque a primitiva decisão que autoriza a produção da prova não aniquila o direito fundamental, até em respeito ao núcleo essencial. Como ainda há resquício de proteção constitucional, até porque não se admite o esvaziamento do direito, esta nova flexibilização deve decorrer de novo em específico pronunciamento judicial.

Se nem mesmo por emenda constitucional (art. 60, §4º, IV da CF) se admite a eliminação de direito fundamental, *a fortiori* via decisão judicial, ainda que no caso concreto. Repita-se que não se está vendando a produção de determinadas provas – ou mesmo seu

¹¹⁷ MARCANTE, 2020, p. 203.

¹¹⁸ “En atención a la jurisdiccionalidad (reserva jurisdiccional), la medida debe ser adoptada por un órgano jurisdiccional y en seno de un proceso (STC 49/1999, FJ 7º). Se comprende también aquí la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales, que amén de ser un deber general consagrado para todo tipo de resoluciones (arts. 120.3 y 24 CE), alcanza mayor intensidad cuando las medidas adoptadas limitan un derecho fundamental o una libertad pública (STC 62/1982 y otras muchas posteriores)”. (DEU, 2017, p. 184, tradução nossa).

¹¹⁹ No julgamento de Questão de Ordem no Inq. 2424, entendeu o Ministro Gilmar Mendes que a autoridade administrativa que recebe a prova decorrente de empréstimo de interceptação telefônica, tem o dever de guardar o sigilo, pois seria uma hipótese de “transferência da obrigação de preservar o sigilo”, o que reafirma nossa posição de que ela não pode, sem nova decisão judicial, promover mais uma circulação desse elemento de prova (Supremo Tribunal Federal, Inquérito 2424/DF, 2007).

compartilhamento – mediante flexibilização de direito fundamental. Defende-se, apenas e tão somente, que uma vez produzida a prova, reconheça-se que ainda subsiste algum direito fundamental a ser preservado e que as decisões posteriores de compartilhamento considerem essa premissa.

A compreensão do impacto do compartilhamento da prova penal na restrição à proteção conferida pelo direito fundamental em foco é o passo que se dá para se compreender, em seguida, que a circulação da prova penal não pode dispensar decisão judicial, devidamente fundamentada.

Brenno Gimenes Cesca sustenta que:

[...] é possível o empréstimo de prova produzida sob sigilo, mas desde que haja autorização judicial, tanto do juiz do feito originário, que autorize o compartilhamento, estendendo a obrigação de sigilo, quanto do magistrado do novo processo (que deve aquilatar ser viável a sua quebra neste). É o que se denomina transferência de sigilo.¹²⁰

O Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de apreciar o tema e reconhecer que há necessidade de decisão judicial para empréstimo de provas decorrentes de interceptação telefônica pois o Juiz que a deferiu é responsável pela preservação do sigilo.

Informativo nº 0358

Período: 2 a 6 junho de 2008.

SEXTA TURMA

PROVA EMPRESTADA. NECESSIDADE. AUTORIZAÇÃO. JUIZ CRIMINAL.

A interceptação telefônica como meio de prova necessita de expressa autorização do juízo criminal. Sua remessa e utilização em processo disciplinar devem ser autorizadas pelo juízo responsável pela preservação do sigilo de tal prova. Ademais, necessário que se respeitem, ainda, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Caso não observados esses requisitos serão nulos a sindicância e o processo administrativo disciplinar lastreado exclusivamente nas fitas degradadas das interceptações telefônicas. Precedentes citados do STF: RMS 24.956-DF, DJ 10/11/2005; do STJ: MS 9.212-DF, DJ 1º/6/2005, e MS 12.468-DF, DJ 14/11/2007. RMS 16.429-SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 3/6/2008.¹²¹

Posteriormente, esse entendimento foi consolidado pelo STJ através da súmula nº 591: “é permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa”.¹²²

¹²⁰ CESCA, Brenno Gimenes. **Prova Emprestada no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 121.

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 0358, de 2 a 6 de junho de 2008**. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>.

¹²² Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 591, 2017.

No mesmo sentido é a posição do Ministro Gilmar Mendes que, no Inq. 2424, entendeu que o empréstimo de prova decorrente de interceptação telefônica depende de decisão específica nesse sentido¹²³.

Essa posição jurisprudencial também remonta ao subcapítulo 3.1.1. deste, quando reconhece que, mesmo decretando a interceptação telefônica e, com isso, restringido o direito fundamental previsto no art. 5º, XII, da CF, ainda subsiste algum sigilo protegendo as informações ali contidas, vale dizer, não se aniquila o direito em sua completude.

Superando a necessidade de lei específica regulamentando a circulação da prova, é possível admitir a circulação da prova penal, desde que precedida de decisão judicial fundamentada, em que se leve em consideração, antes de mais nada, que a mitigação do direito fundamental para a sua produção não implica em seu esvaziamento completo.

A propósito, no subtópico 3.1.2 deste, sustentamos que a disciplina do art. 372 do CPC¹²⁴, que cuida da prova emprestada, não é suficiente para ser considerada a base legal para o compartilhamento. Dentre outras razões, é silente acerca da necessidade de decisão judicial para autorizar a circulação da prova. Limita-se a afirmar que o Juiz pode admitir a utilização da prova produzida em outro processo, ou seja, é um comando normativo dirigido ao Juiz de destino da prova, em nada se referindo àquele Magistrado responsável pelo processo de origem, no qual a prova foi produzida.

É evidente que, do acusado, não se pode exigir decisão judicial autorizando a utilização da prova penal em uma defesa, por exemplo, a ser apresentada em ação de improbidade administrativa. Primeiro porque ele é o titular do direito fundamental atingido para a produção da prova e, com isso, pode livremente dispor das informações. Segundo porque à amplitude constitucional do direito de defesa não se poderia opor esse óbice.

Assim posta a questão, o compartilhamento deve se submeter a uma espécie de dupla verificação judicial: aquela proferida pelo Juízo Natural exportador da prova, onde ela foi produzida e coletada, e aquela proferida pelo Juízo Natural do processo que receberá a prova, que deverá avaliar se há pertinência entre o elemento de prova e o objeto do processo de importação para, a partir daí, autorizar o seu ingresso.

Renovando-se a premissa segundo a qual a cada novo compartilhamento da prova penal significa uma nova limitação ou restrição ao direito fundamental em xeque, tal

¹²³ Supremo Tribunal Federal, Inquérito 2424/DF, 2007.

¹²⁴ BRASIL, Lei nº 13.105, 16 mar. 2015.

intervenção somente será legítima se decorrer de decisão judicial, até porque essa é mais uma das limitações estabelecidas pela doutrina às restrições aos direitos fundamentais.

3.1.4. Princípio da proporcionalidade

Conforme Ingo Sarlet, “o princípio da proporcionalidade atua aqui, no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais”, ressaltando, ainda, que a doutrina, amplamente aceita, tem sua secção em três elementos distintos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹²⁵.

A proporcionalidade, como bem define Igreja, seria a “idoneidade abstrata do ato à persecução do fim desejado”¹²⁶. Para Gilmar Mendes e Paulo Gonet, “o subprincípio da adequação (*Geeinetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos”¹²⁷.

Para fazer a instrução de um processo, incrementar provas e permitir a reconstrução dos fatos e assegurar decisão de mérito mais justa, em tese o compartilhamento da prova pode ser adequado.

Contudo, no caso concreto, a conclusão pode ser distinta. Por exemplo, não seria adequado compartilhar informações colhidas mediante a quebra de sigilo bancário cujo processo em nada se relaciona com movimentações financeiras, recebimento ou pagamento de valores, etc.

Imagine-se que em face de determinada pessoa tramita uma investigação criminal por sonegação fiscal. Nela, há quebra de sigilo bancário e fiscal. Em paralelo, esse mesmo investigado responde a uma ação penal por homicídio, sem que se impute qualquer questão envolvendo transação financeira, nem mesmo se imputado a qualificadora de ter sido cometido mediante paga ou recompensa. Remeter para a ação penal as informações fiscais e bancárias seria uma desproporcional devassa na vida do investigado, pois a medida não se revela adequada à elucidação do delito de homicídio.

Continuando, ainda que adequada a restrição ao direito fundamental, pode não ser necessária:

¹²⁵ SARLET, 2009, p. 397.

¹²⁶ IGREJA, 2017, p. 950.

¹²⁷ MENDES, BRANCO, 2017, p. 225.

O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.¹²⁸

A utilização da prova penal em um processo disciplinar ou inquérito civil pode vir a ser adequado, pois contribuiria para a elucidação dos fatos, no entanto, faz-se desnecessária pois a informação pretendida pode ser obtida por uma via menos onerosa para o direito fundamental em xeque.

Somente haverá o respeito ao princípio da proporcionalidade, se a decisão de compartilhamento demonstrar que não há meio menos gravoso para se apurar os fatos, no processo de destino.

Essa preocupação em utilizar a prova penal de forma indiscriminada, sem qualquer critério mínimo, pode evitar os problemas decorrentes do que se denominou “fishing expedition”^{129 130}, desvirtuando o procedimento apuratório que deixa de lado o fato motriz e passa a investigar a pessoa, inclusive buscando fatos que sequer são objetos da investigação.

O cuidado com a preservação da proporcionalidade, em seu viés necessidade, impõe à decisão de compartilhamento da prova penal que avalie “se o meio não será necessário se o objetivo puder ser alcançado com a adoção de uma medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa”¹³¹.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito recomenda que a decisão que autoriza a utilização da prova penal em outros feitos deve estar atenta para a ponderação de valores constitucionais naquele caso concreto. Para Ingo Sarlet:

[...] no campo da proporcionalidade em sentido estrito, exige-se a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, examinando, em síntese, se as vantagens produzidas pela adoção do meio superam as desvantagens advindas de sua utilização.¹³²

Esse sopesamento de valores proposto pela proporcionalidade em sentido estrito impõe que o Magistrado mire os propósitos do processo de destino e, em confronto com a

¹²⁸ MENDES, BRANCO, 2017, p. 225.

¹²⁹ O Ministro Celso de Mello, em recente decisão proferida no Inq. 4831, demonstrou séria preocupação com medidas investigativas que vão além do fato objeto da apuração para se fazer uma varredura na vida da pessoa, caracterizando o que convencionou chamar de “fishing expedition”. Para o Ministro, seriam aquelas investigações “meramente especulativas ou randômicas, de caráter exploratório, também conhecidas como diligências de prospecção, simplesmente vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro nega ao presidente da República possibilidade de prestar depoimento por escrito**. 11 set. 2020. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=451495>>).

¹³⁰ Sobre “fishing expedition”, ver também: ROSA, 2020, p. 675; MARCANTE, 2020, p. 90.

¹³¹ MENDES, BRANCO, 2017, p. 225.

¹³² SARLET, 2009, p. 400.

ampliação da restrição do direito fundamental atingido para a produção da prova, sendo esta proporcionada pelo compartilhamento pretendido, se justifique o proveito a ser obtido.

Sacrifica-se direito fundamental, por exemplo, para instruir um processo administrativo disciplinar que, em tese, admitiria uma pena de advertência ou censura. É evidente que o exercício do poder correccional pela administração pública, naquele caso concreto, não justifica o “custo” do direito fundamental a ser sacrificado.

Por outro lado, o compartilhamento de elementos probatórios de uma ação penal, com todas as suas cautelares probatórias, que tem por objeto crime de fraude em licitação e peculato, remetendo ao Ministério Público para que promova a respectiva ação por ato de improbidade administrativa é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito. Adequado porque as provas produzidas na seara criminal são aptas a promover a responsabilização por ato de improbidade; necessário porque somente com aquele acervo probatório penal o fato pode ser delimitado e reconstruído no âmbito cível; e proporcional em sentido estrito pois a gravidade da imputação, associada à imposição constitucional de responsabilização por atos de improbidade (art. 37, §4º), justifica a ampliação do sacrifício aos direitos fundamentais atingidos para a produção da prova penal, no processo de destino.

A decisão de compartilhamento deverá ter atenção tanto à proibição de excesso como à proibição de proteção insuficiente, em respeito ao equilíbrio entre eficiência e garantismo¹³³. Em outras palavras, ao buscarem-se critérios para o compartilhamento da prova penal não se pretende criar óbices que lhe torne inviável, o que poderia redundar em proteção insuficiente dos propósitos a que se presta.

Por fim, arremata Marcante sustentando que o compartilhamento irrestrito da prova penal pode afigurar-se materialmente inconstitucional “por violação ao princípio da proporcionalidade utilizado como parâmetro para delimitar os casos em que os métodos ocultos de obtenção de prova podem (ou não) ser utilizados”¹³⁴.

¹³³ FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (coord.). **Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 9.

¹³⁴ MARCANTE, Marcelo. **Limites à atividade probatória: proibições de prova, conhecimentos fortuitos e compartilhamento de provas no processo penal**. Florianópolis: EMais Editora, 2020, p. 200.

4. LIMITES ÀS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO COMPARTILHAMENTO DA PROVA

4.1. ANÁLISE DO COMPARTILHAMENTO À LUZ DO PROCESSO DE DESTINO

As peculiaridades do processo de destino que receberá a prova penal a ser compartilhada, como já sustentado, é um dos fatores a serem considerados pelo julgador ao apreciar um pedido de utilização externa da prova penal¹³⁵.

Assim, cabe fazer a incidência das limitações ao compartilhamento casuisticamente, considerando as especificidades de alguns processos de destino que, pela sua natureza, são propensos a receberem provas produzidas na esfera penal.

Não custa repetir, a natureza, objeto e finalidade do processo de destino influi sobremaneira no exame acerca do cabimento ou não do compartilhamento da prova penal.

Por essa razão que, propõe-se o estudo individualizado de algumas hipóteses de compartilhamento heterogêneo¹³⁶ da prova penal à luz das particularidades do processo de destino *vis a vis* às limitações aos limites aos direitos fundamentais.

4.1.1. Compartilhamento e processo administrativo fiscal

Uma parte dos crimes de sonegação fiscal são classificados como materiais¹³⁷ e, também por isso, o lançamento definitivo consolidando o débito é pressuposto para a deflagração da persecução penal¹³⁸.

Partindo dessa premissa, supõe-se que o processo administrativo fiscal antecede, ou deveria anteceder, qualquer procedimento penal.

Contudo, o que ora se põe em debate é o inverso: quando se extrai de um processo penal provas penais para deflagrar ou incrementar processos fiscais, ou seja, o processo penal

¹³⁵ Marcante utiliza a expressão “processo importador” para se referir ao processo de destino, aquele que receberá a prova. (MARCANTE, 2020).

¹³⁶ Sobre a distinção entre compartilhamento homogêneo e heterogêneo, ver também capítulo 2.2 deste.

¹³⁷ “Como podemos observar pela simples leitura do art. 1º da Lei 4.729/65, o legislador manteve as condutas de sonegação fiscal existentes na Lei 8.137/90, mas, transpôs a natureza dos tipos penais, que perderam a característica de crimes formais, ou de mera conduta, para os quais não se exige resultado para a sua consumação, para se tornarem crimes materiais, de dano ou de resultado, exigindo a nova lei efetiva supressão ou redução do tributo devido, revelando um grau de reprovabilidade maior que os crimes de sonegação fiscal dispostos na lei anterior, para tanto, majorou a sanção para 2 (dois) até 5 (cinco) anos de reclusão e multa”. (FRAGOSO, Alexandre. WALKER Jr., James. **Direito Penal Tributário: Uma Visão Garantista da Unicidade do Injusto Penal Tributário**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 48).

¹³⁸ Segundo a súmula vinculante nº 24 “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo”. (BRASIL. Superior Tribunal de Federal. **Súmula nº 24**. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 11 dez. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>>).

exportando elementos de prova obtidos mediante métodos investigativos compressores de direitos fundamentais.

Essa constatação inicial é relevante, na medida em que se permite questionar o compartilhamento da prova penal com órgãos fazendários quando sequer existe ainda ação fiscal em curso.

Esse é o primeiro ponto a ser observado em se tratando de circulação da prova penal destinada a procedimentos fiscais: tem o propósito de inaugurar uma ação fiscal ou tem o propósito de agregar elementos de prova a um procedimento fiscal preexistente?

A Receita Federal do Brasil tem incrementado seus processos administrativos fiscais com elementos de prova oriundos de investigações criminais, quer por solicitação direta ao Juízo Criminal, quer porque lhes foram remetidos de ofício pelo Juízo ou a requerimento do Ministério Público ou autoridade policial.

Como ponto de partida para se examinar o compartilhamento da prova penal destinado a instruir processos fiscais, impende compreender os limites constitucionais de atuação da Receita Federal.

4.1.1.1. Compartilhamento e desvio de função da Receita Federal

O compartilhamento de provas subsidiaria a atuação fiscal, a fim de comprovar a existência do fato gerador e, com isso, a incidência da norma tributária? Ou o compartilhamento da prova penal inspira a atuação da Receita como se autoridade policial fosse? Nesta segunda hipótese, deixaria de atuar como agente de arrecadação de tributos e passaria a atuar como o que a Constituição define como Polícia Judiciária, em seu art. 144, §§1º e 4º?

O risco do compartilhamento irrestrito da prova penal é conduzir a Receita a atuar desbordando de suas funções e invadindo esferas de competência das Polícias Judiciárias.

Não sem razão, a Constituição elenca, em seu art. 144, o rol de instituições responsáveis pela persecução penal. Em um Estado Democrático de Direito, o uso do poder se legitima a partir do seu exercício dentro das balizas legais e constitucionais.

Quando se analisa a utilização da prova penal pela Receita Federal – e demais órgãos fazendários dos entes federativos –, deve-se ter como ponto de partida o plexo de atribuições constitucionais e legais, a fim de evitar que o poder fiscalizatório tributário não avance sobre áreas investigativas próprias do Ministério Público ou da Polícia Judiciária.

O Decreto do Presidente da República, de nº 9.745, de 8 de abril de 2019, que estrutura o Ministério da Economia, ao dispor sobre as competências, estabelece:

Art. 63. À Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil compete:

[...]

XX - Planejar, coordenar e realizar as atividades de **repressão aos ilícitos tributários e aduaneiros**, inclusive contrafação, pirataria, entorpecentes e drogas afins, armas de fogo, lavagem e ocultação de bens, direitos e valores, observada a **competência específica de outros órgãos**.¹³⁹

Antes de mais nada, observe-se a ressalva final: a Receita, no exercício da atividade de “repressão aos ilícitos tributários e aduaneiros”, deve observar “a competência específica de outros órgãos”, vale dizer, não invadir a esfera de atribuições constitucionalmente destinadas ao Ministério Público e à Polícia Judiciária para investigar crimes.

As referências aos delitos de contrafação, pirataria, entorpecentes e drogas afins, armas de fogo, lavagem e ocultação de bens, direitos e valores, dizem respeito à sua vinculação direta apenas e tão somente com ilícitos fiscais e aduaneiros.

Sem pretender adentrar na análise pormenorizada desta atribuição, o compartilhamento da prova penal deve guardar observância aos limites indicados pelo art. 63, XX, do Decreto Presidencial mencionado acima, e avaliar a pertinência da prova que se pretende transportar com a finalidade do processo fiscal que a receberá.

A atenção a esses limites tem o propósito de evitar que o órgão fazendário atue com transbordo de suas atribuições legais, avançando sobre pontos sensíveis dos direitos e garantias fundamentais.

4.1.1.2. Aspectos a serem observados para que uma decisão judicial que defira compartilhamento da prova penal destinado aos Processos Administrativos Fiscais seja minimamente fundamentada

Ao se deparar com pedido de compartilhamento de prova penal, destinado à Receita Federal, o primeiro questionamento a ser feito é se as provas cuja transferência se pretende tem relação com o plexo de atribuições do aludido órgão federal. Tal questionamento remonta ao quanto está contido no art. 63, XX, do Decreto Presidencial nº 9.745/2019¹⁴⁰, além das demais disposições constitucionais e legais.

Empós, devem-se avaliar os tipos de prova individualmente e, com isso, a pertinência entre a prova a ser transportada e o fato objeto de apuração no processo administrativo fiscal.

¹³⁹ BRASIL. Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Economia, [...]. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 9 abr. 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9745.htm>. Grifo nosso.

¹⁴⁰ BRASIL, Decreto nº 9.745, 8 abr. 2019.

A pertinência entre a prova penal que se pretende circular e a finalidade do processo fiscal guarda relação não somente com o princípio da vinculação causal da prova¹⁴¹ e da especialidade¹⁴², mas também com o princípio da proporcionalidade, notadamente sob os vieses da adequação e necessidade¹⁴³.

Sendo a investigação criminal permeada por provas das mais diversas – com impactos em direitos fundamentais distintos –, deve-se deitar os olhos em cada uma individualmente. Em tese, seria possível autorizar o compartilhamento de material apreendido em uma busca domiciliar (notas fiscais ou carimbos falsos, por exemplo), porém negar a circulação de provas coletadas em interceptações telefônicas, cujo conteúdo nada diga respeito ao objeto do processo fiscal de destino¹⁴⁴.

A fim de viabilizar esse cotejo de informações, o pedido de compartilhamento deve ser minimamente instruído com peças do processo administrativo fiscal, a permitir que o Magistrado tenha por provada as alegações de quem pede a utilização externa da prova penal, salvo se o indicativo de ilícito de sonegação fiscal surgir nos próprios autos do processo penal, situação em que os elementos necessários para a apreciação do pedido de circulação da prova já estarão diante do Magistrado.

Ainda por esta perspectiva de análise individualizada, *vis a vis* da posição do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a Receita Federal pode acessar diretamente informações bancárias e fiscais, sem decisão judicial¹⁴⁵, para o compartilhamento de tais provas, por acaso produzidas em cautelar penal, não há de se ter o mesmo rigor em sua avaliação.

Diferentemente, não se pode desconsiderar que outras provas somente podem ser produzidas no âmbito penal, como, por exemplo, as interceptações telefônicas¹⁴⁶. Deve-se,

¹⁴¹ Para Danilo Knijnik, “importa saber se existe uma livre circulabilidade de provas entre os diversos procedimentos. O problema é delicado porque tal circulação desvia a finalidade originária do uso de determinadas informações privadas” (KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 77). Mais sobre o princípio da vinculação causal da prova, conferir: LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 15. ed., 2018, p. 385.

¹⁴² MARCANTE, 2020, p. 90.

¹⁴³ A proporcionalidade, adequação e necessidade, foi abordada no capítulo 3.1.4 deste.

¹⁴⁴ Seria o outro lado da moeda da regra contida no art. 400, §2º, do CPP, segundo a qual “[a]s provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”. Da mesma forma que o Juiz pode indeferir o ingresso da prova por impertinência, pode indeferir o seu egresso, também por impertinência. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>.).

¹⁴⁵ Sobre o tema, ver também: BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 601.314/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01**. [...] Relator: Min. Edson Fachin, julgado em 24 de fevereiro de 2016, publicado em 16 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2689108>>.

¹⁴⁶ Sobre o tema, ver também: BRASIL, Lei nº 9.296, 24 jul. 1996.

portanto, também ter atenção para que o compartilhamento não seja uma burla à vedação constitucional ou legal de produção de determinada prova em processo de natureza não penal, como administrativo, cível ou fiscal¹⁴⁷.

Por isso sustentamos que a decisão que defere compartilhamento não pode ser genérica. Deve ser específica não somente ao avaliar os fatos objeto do processo de destino, mas também as próprias provas penais que se pretende transmitir.

Para que a decisão não seja genérica, o pedido de igual modo também não poderá sê-lo. O pedido de compartilhamento de prova deve indicar a prova pretendida especificamente e a relação que cada uma delas possui com os fatos a serem apurados no bojo do processo administrativo fiscal.

Deve ser considerado, ainda, que tipo de delito se apura no procedimento em que a prova penal foi colhida. É necessário exigir que, de uma investigação criminal, emergja a possibilidade real de delito fiscal ou aduaneiro a fim de evitar que toda e qualquer investigação criminal seja incrementada com a atuação de mais um personagem – a Receita Federal, por exemplo – apenas e tão somente para que os órgãos de persecução penal se valham dos mecanismos investigativos próprios das instituições fazendárias.

Se a apuração gira em torno de um homicídio mediante paga (art. 121, §2º, I, CP¹⁴⁸), por exemplo, não há fundamento jurídico e lógico para que se compartilhe a prova penal com a Receita Federal. Nesta singela moldura fática, não se enxerga a mínima possibilidade de haver sonegação fiscal, de interesse do órgão fazendário.

Entender diferente seria desnaturar a essência dos órgãos fazendários e convolá-los à órgãos de persecução penal, fora, inclusive, do rol estabelecido pela Constituição, em seu art. 144. Seria indevido expediente de retroalimentação, em que a autoridade policial ou o Ministério Público provoca a deflagração de procedimento fiscal para que a Receita passe a investigar não mais o fato, mas sim a pessoa, o que remonta à recusa à técnica investigativa do “fishing expedition”.

Situação distinta quando se depara, por exemplo, com uma investigação de organização criminosa, especializada em lavagem de capitais. É factível que, em determinado

¹⁴⁷ Válido, aqui, lembrar advertência nesse sentido formulada por Grinover, Fernandes e Gomes Filho, ao tratar do empréstimo de prova decorrente de interceptação telefônica e o uso do processo penal com a finalidade exclusiva de produzir, para o processo não penal, uma prova que lá não poderia ser produzida. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2006. p. 220). No mesmo sentido, ver também: MARCANTE, 2020, p. 200.

¹⁴⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 31 dez. 1940. CP. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>.

ponto da investigação, reúnam-se elementos suficientes que justifiquem a remessa à Receita Federal para que instaure ação fiscal.

Para além dos dois exemplos citados acima, pode haver determinada situação em que, ao se cumprir mandado de busca e apreensão domiciliar, decretada pelo Juízo Criminal, em investigação que nenhuma relação guarda com sonegação fiscal, como crimes sexuais, por exemplo, encontra-se grande quantidade de notas fiscais falsas, carimbos, selos, estampilhas, contratos sociais, ou seja, documentos que evidenciam a prática, naquele local, de crimes fiscais.

Nesta hipótese, não se trata de compartilhamento de prova, pois não foi uma prova produzida pelo Juízo Criminal. É a hipótese do encontro fortuito de prova¹⁴⁹, que deve ser remetida à autoridade com atribuição para instaurar novo e específico procedimento investigativo¹⁵⁰.

Como o crime fiscal, em geral, depende de lançamento definitivo, em tal hipótese de encontro, ao invés de se remeter à autoridade policial, poder-se-ia encaminhar à autoridade fazendária a fim de apurar previamente a existência de sonegação fiscal. Uma vez concluído o processo fiscal, com a inscrição definitiva do débito, aí sim poderia ser provocada a persecução penal.

Em síntese, a decisão que compartilha a prova penal e a transporta para procedimentos fiscais deve observar:

1. Preexistência ou não de ação fiscal;
2. Qual delito se apura no processo penal em que a prova penal foi produzida;
3. Existência de indícios suficientes de crimes de sonegação fiscal;
4. Estar o pedido de compartilhamento minimamente amparado em lastro probatório;
5. Pertinência entre o fato apurado no processo criminal e o plexo de atribuições legais e constitucionais da autoridade fazendária.

Para além desses cuidados mínimos, chega-se ao ponto em que se depara com a necessária cautela para que o direito fundamental atingido por ocasião da produção da prova

¹⁴⁹ A relação entre compartilhamento de prova, encontro fortuito e “fishing expedition” é tratada mais adiante, no capítulo 5.1.1 deste.

¹⁵⁰ Sobre as críticas ao encontro fortuito da prova, ou serendipidade, ver também: ROSA, 2020, p. 694; ROSA, SILVA, SILVA, 2019; MARCANTE, 2020, p. 151.

penal, não seja mais uma vez sacrificado, ilegitimamente, por ocasião do compartilhamento da prova, daí porque deve se operar com os devidos limites.

Começando pelo princípio da legalidade, em linhas gerais, não há norma que regulamente a utilização da prova penal em processos administrativos fiscais. É ponto mais delicado quando, ao revés, há disciplina em sentido oposto, como a restrição de interceptações telefônicas ao âmbito penal¹⁵¹.

Caso, de algum modo, supere-se a necessidade de normatização legal e constitucional, não se pode deixar de lembrar a necessidade de decisão judicial para autorizar a circulação da prova penal, sendo certo que, uma vez recebida pela autoridade fazendária, deverá respeitar o sigilo que reveste as informações, sendo-lhe vedado promover nova circulação dessa prova penal. De igual modo, a Polícia Judiciária e o Ministério Público jamais podem, diretamente, sem autorização judicial, remeterem para o órgão fazendário cautelares probatórias penais¹⁵².

Também deve-se ter atenção à preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos na produção da prova penal, para que o compartilhamento não implique na aniquilação de tais direitos¹⁵³. Contribui para a preservação do resquício de direito fundamental quando o pedido de compartilhamento é feito de forma pormenorizada e a decisão examina cada prova, de acordo com sua natureza e conteúdo.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade adequação¹⁵⁴ recomenda que somente se compartilhe prova penal se os elementos probatórios forem adequados para contribuir com o funcionamento dos órgãos fazendários, dentro do espectro de atribuições constitucionais e legais. Isso tende a evitar que os órgãos fazendários tenham elementos para atuar com transbordo de suas funções, em nítido desvio de finalidade.

4.1.1.3. Consequências da anulação da decisão de compartilhamento ou do reconhecimento da ilicitude da prova penal e seus reflexos no processo administrativo fiscal

Sendo o compartilhamento mais uma restrição ao direito fundamental atingido para a produção da prova e que, por isso mesmo, há a exigência de que se opere mediante decisão judicial, por ser esse um dos limites às restrições, cabe-nos examinar a possibilidade e consequências da anulação dessa decisão judicial.

¹⁵¹ Sobre o tema, ver também capítulo 5.1 deste.

¹⁵² Sobre a necessidade de decisão judicial, ver também capítulo 3.1.3 deste.

¹⁵³ Sobre o tema, ver também capítulo 3.1.1 deste.

¹⁵⁴ Sobre o tema, ver também capítulo 3.1.4 deste.

A decisão de compartilhamento, como toda e qualquer decisão judicial, até mesmo pela garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), é passível de questionamento, inclusive mediante Mandado de Segurança ou *Habeas Corpus*.

Uma vez anulada a decisão que autoriza o uso da prova penal aliunde, deixa de existir o seu pressuposto legitimador¹⁵⁵. Não custa repetir que se tratam de provas cuja produção – e utilização – pressupõem a restrição de direitos fundamentais, vindo daí a necessidade de atuação do Poder Judiciário, a quem cabe não somente autorizar a sua produção, mas também a sua circulação.

Anulada ou revogada a decisão de utilização externa da prova, deve a Receita Federal restituir integralmente todos os documentos recebidos em decorrência da decisão de compartilhamento, independentemente de haver ou não ordem judicial nesse sentido, sendo certo que essa restituição é uma consequência natural da invalidação da decisão de compartilhamento.

Não se admite, outrossim, a sua utilização indireta ou mesmo informações independentes, porém obtidas mediante as provas compartilhadas¹⁵⁶.

Ao serem retirados do processo fiscal todos os documentos oriundos do feito penal, qualquer decisão administrativa tomada a partir de tais elementos devem ser anuladas, quer por se aplicar à teoria dos motivos determinantes do ato administrativo¹⁵⁷, quer porque o seu lastro probatório deixa de existir.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) teve oportunidade de se debruçar sobre a matéria. Ao julgar o Recurso nº 10580.731723/201276, em 5 de dezembro de 2017¹⁵⁸, contra autuação fiscal escorada em cautelares penais – busca e apreensão e interceptação telefônica, dentre outras – determinou a conversão em diligência a fim de que o auditor fiscal refizesse a atuação, esta feita desconsiderando as provas decorrentes do

¹⁵⁵ Também por isso que Marcelo Marcante defende ser “imprescindível – para que a prova seja considerada no segundo processo – a juntada, além do teor da prova obtida, de toda a sequência de decisões judiciais e requerimentos do Ministério Público ou da Autoridade Policial que ensejaram o uso do respectivo meio de obtenção de prova, bem como preservada a cadeia de custódia da prova”. (MARCANTE, 2020, p. 218).

¹⁵⁶ Fugiria ao escopo deste capítulo aprofundar-nos na “Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados” (art. 157, §1º, CPP), inobstante a sua pertinência com o tema.

¹⁵⁷ “De acordo com esta teoria, os motivos que determinam a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 408).

¹⁵⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF (1. Turma Ordinária). Recurso de Ofício e Voluntário. **Processo nº 10580.731723/201276**. PROVAS EMPRESTADAS. DECISÃO JUDICIAL SUPERVENIENTE. ILICITUDE DAS PROVAS. PROVAS REMANESCENTES REVESTIDAS DE LICITUDE. ALTERAÇÃO DA MOTIVAÇÃO DO LANÇAMENTO ORIGINAL. AUTO DE INFRAÇÃO INSUBSISTENTE. [...] 4. Câmara. Recorrentes Carlos Eduardo Vilares Barral Advogados Associados S/C. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Cleber Alex Friess, sessão em 5 de dezembro de 2017. Acórdão nº 2401-007.102. Disponível em: <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudencia.jsf?idAcordao=8039340>>.

compartilhamento, já que anulado pelo Tribunal de Justiça da Bahia por falta de observância ao contraditório¹⁵⁹.

Do relatório da aludida decisão administrativa, proferida pelo CARF, extrai-se:

7. Por meio do Ofício nº 626/2014, datado de 24/03/2014, o Poder Judiciário do Estado da Bahia comunicou a prolatação de acórdão pelo Tribunal de Justiça da Bahia, nos autos do Mandado de Segurança nº 000267907.2013.8.05.0000, que anulou a decisão de 1º grau, proferida nos autos do Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Interceptação Telefônica tombado sob o nº 009964131.2009.8.05.0000, a qual havia determinado o compartilhamento de prova com a Receita Federal do Brasil, por violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (fls. 5.682/5.688).

[...]

9. Mais adiante nos autos, também verifico a juntada aos autos do Parecer PGFN/CAT nº 669/2015, relacionado à consulta formulada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, com vistas à uniformidade de procedimentos internos, a respeito do correto tratamento processual no caso de processo administrativo fiscal que contenha provas emprestadas e qualificadas como sigilosas pelo Poder Judiciário (fls. 5.763/5.786).¹⁶⁰

Do voto, proferido pelo Conselheiro Relator Cleberson Alex Friess, tem-se que:

13. Nada obstante, há evidente questão prejudicial ao exame dos recursos, tendo em conta o estágio de instrução dos autos.

14. Foi produzida prova no processo penal, através de interceptação telefônica, carreada aos autos pelo agente lançador como elemento probatório da acusação fiscal, considerando a prévia autorização do Poder Judiciário para uso nas atividades de investigação da Receita Federal do Brasil (RFB), cujo compartilhamento da prova emprestada, no entanto, foi posteriormente considerado ilegal pela instância superior, para anular a decisão judicial originária.

14.1 Com efeito, em 09/05/2012, a 1ª Vara Criminal do Poder Judiciário do Estado da Bahia deferiu o pedido da Polícia Civil de remessa de provas colhidas a partir de escutas telefônicas autorizadas pelo Juízo, no âmbito da Operação denominada "Expresso", para fins de utilização em procedimento de investigação em curso pela Receita Federal do Brasil (fls. 1.908/1.910).

14.2 A autoridade policial enviou o Relatório de Inteligência nº 3.354, de lavra da Secretaria de Segurança Pública da Bahia, o qual contém dados do monitoramento dos terminais móveis celulares e fixos interceptados com autorização judicial, no período de agosto/2009 a novembro/2009, relativamente à empresa [omissis], os quais encontram-se reproduzidos em destaque no Termo de Verificação Fiscal, ainda que de forma parcial (fls. 223/864).

14.3 Contudo, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, no julgamento do Mandado de Segurança nº 000267907.2013.8.05.0000, impetrado por [omissis], anulou a decisão do Juízo "a quo", por violação às garantias constitucionais,

¹⁵⁹ MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO PENAL. DECISÃO DO JUÍZO *A QUO* DETERMINANDO O COMPARTILHAMENTO DE PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. ANULAÇÃO DA DECISÃO COMBATIDA É MEDIDA QUE SE IMPÕE. Segundo precedentes dos Tribunais Superiores, não se veda o aproveitamento de provas colhidas em outros processos, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa. PARECER DA DOUTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELA CONCESSÃO DA SEGURANÇA. SEGURANÇA CONCEDIDA, PARA ANULAR A DECISÃO OBJURGADA, NA ESTEIRA DO PARECER DA DOUTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA. Mandado de Segurança nº 2679-07.2013.805.0000, Segunda Câmara Criminal, Relator: Des. Jefferson Alves de Assis, julgado em novembro de 2013.

¹⁶⁰ MINISTÉRIO DA FAZENDA, Processo nº 10580.731723/201276.

relativamente ao Processo nº 009964131.2009.8.05.0000, o qual havia autorizado o compartilhamento de prova sigilosa obtida em interceptação telefônica com o órgão fazendário (fls. 5.682/5.688).

15. Adicionalmente, chegou a notícia que, por meio do Habeas Corpus nº 001767549.2009.805.00000, a mesma Câmara do Tribunal de Justiça da Bahia deferiu a ordem no remédio constitucional para declarar nulo o decreto que autorizou a busca e apreensão no domicílio residencial e no escritório de advocacia de [omissis], com determinação para devolução dos bens apreendidos, além de tornar nulos de pleno direito os atos praticados desde a origem (fls. 5.812/5.824).

16. Não há dúvidas que, caso não ocorra o devido saneamento, a revogação do compartilhamento da prova emprestada acolhida, bem como a nulidade da busca e apreensão, implicam o risco de julgamento deste processo administrativo fiscal com base em prova obtida ilicitamente, nos termos do art. 157 do Código de Processo Penal, veiculado pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941:

[...]

17. Em análise preliminar e, portanto, não exauriente, verifico que a comprovação das infrações objeto do lançamento fiscal aparenta não estar apoiada exclusivamente nos dados colhidos na investigação policial, compartilhados inicialmente com autorização do Poder Judiciário, eis que usados pelo agente fazendário, pelo menos:

(i) documentos e/ou informações obtidos mediante intimações da fiscalização à empresa recorrente, tais como cópias de cheques e livros contábeis, e a terceiros, como extratos bancários, cópias de cheques e contratos de prestação de serviços;

(ii) dados e/ou informações obtidas da quebra do sigilo fiscal e bancário decretado pela autoridade judicial no Processo 27612073/2009, posteriormente Processo nº 009964131.2009.8.05.0000, ao final do ano de 2009 (fls.1.920/1.931);

(iii) cópias de canhotos de cheques apreendidos (fls. 2.434/2.462); e

(iv) documentos compartilhados, decorrentes de interceptação telefônica procedida pela Polícia Civil do Estado da Bahia, conforme autorização judicial (fls. 223/864).

18. O procedimento fiscal levado a efeito na pessoa jurídica recorrente iniciou-se, na forma de diligência fiscal, em 14/10/2011, por intermédio do Termo de Início de Diligência, o que revela a possibilidade, em homenagem a realidade dos fatos, de considerar-se possível que uma parte do lançamento fiscal esteja escorado em provas obtidas por intermédio da colaboração válida do fiscalizado e/ou de terceiros, alheias, em princípio, aos dados e/ou informações contidos nas interceptações telefônicas e no material declarado apreendido ilicitamente.

19. Em verdade, é importante deixar claro, que a mácula no lançamento fiscal não se dá apenas quando caracterizada a origem da prova nas transcrições das conversas telefônicas e/ou material apreendido ilicitamente, mas também quando a convicção da autoridade fiscal sobre a existência de pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado, avaliado caso a caso, deixou de ser corroborada de forma autônoma, necessitando a utilização de provas consideradas imprestáveis.

20. Torna-se imprescindível para o julgamento, portanto, a colaboração da autoridade lançadora para o fim de proceder à separação do lançamento fiscal, de maneira devidamente justificada, em função da prova utilizada para a caracterização das infrações tributárias.

20.1 Por outro lado, é conveniente salientar desde já que a eventual impossibilidade de segregação do elemento probatório tem o potencial de comprometer por completo a exigência fiscal, caso isso já não decorra da própria origem das provas que lastreiam o lançamento tributário.

21. Com as providências administrativas, será permitido ao julgador avaliar com mais profundidade o grau de contaminação da ilicitude da prova no processo administrativo fiscal sob apreço, haja a vista a revogação do compartilhamento de dados obtidos por interceptação telefônica e a decisão de nulidade do decreto que autorizou busca e apreensão domiciliar.

22. Nesse contexto, VOTO POR CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, com a finalidade de que a Fiscalização da RFB:

(i) discrimine em planilha, individualmente, tendo em vista cada valor avaliado como pagamento sem causa e/ou a beneficiário não identificado, nos anos-calendário de 2008 e 2009, se o lançamento encontra ou não fundamento para a constituição do crédito tributário nos dados e/ou informações contidas nas interceptações telefônicas e/ou nos documentos colhidos na busca e apreensão declarada nula pelo Poder Judiciário;

(ii) em todas as situações que o lançamento do tributo não está apoiado em prova considerada ilícita, segundo as decisões juntadas no processo administrativo, o agente fazendário deverá justificar, de forma individual, as razões pelas quais o crédito tributário mantém-se rígido, designando as respectivas provas válidas que já acompanham os autos; e

(iii) manifeste-se sobre a qualificação e o agravamento da multa de ofício, considerando os elementos de prova válidos.

23. Depois do pronunciamento do Fisco, deverá ser oportunizado o contraditório à empresa recorrente, assim como ao devedor solidário, concedendo-lhes prazo para manifestação por escrito sobre o resultado da diligência.

24. Por derradeiro, uma vez finalizadas as medidas elencadas, retorne-se os autos para julgamento no âmbito deste Conselho Administrativo.

Conclusão

Voto, portanto, por converter o julgamento em diligência, nos termos acima propostos.¹⁶¹

Desse precedente observa-se, em primeiro lugar, que houve o respeito à decisão judicial que anulou o compartilhamento. Houve a exata compreensão jurídica segundo a qual a prova penal somente poderia ser utilizada se houvesse decisão judicial autorizando.

Em segundo lugar, que o Conselheiro Cleberson Alex Friess entendeu que a prova cujo compartilhamento veio a ser anulado, equivaleria a prova ilícita.

Em terceiro lugar, observa-se o cuidado em definir o que do lançamento fiscal decorreu da prova penal e o que não decorreu, daí porque a solução de conversão em diligência. Nota-se a abordagem do que poderia ser prova autônoma em relação àquelas penais decorrentes do compartilhamento.

Na impossibilidade de se fazer tal cisão, entendeu o CARF que, assim sendo, restaria comprometida toda a prova e, com isso, toda a autuação.

Algum temperamento poderia haver se, na hipótese, incidissem as teorias que relativizam a contaminação pela prova ilícita, como, por exemplo, a teoria da descoberta

¹⁶¹ MINISTÉRIO DA FAZENDA, Processo nº 10580.731723/201276.

inevitável e a teoria da fonte independente¹⁶², introduzidas no art. 157 do Código de Processo Penal mediante a Lei nº 11.690/08¹⁶³.

Quer pela anulação da decisão de compartilhamento, quer pela anulação da prova penal em si mesma, em se reconhecendo, na origem, a sua ilicitude, a autuação fiscal ainda poderia subsistir se as mesmas informações, inevitavelmente, chegassem ao conhecimento do órgão fazendário.

Se o processo fiscal anteceder o compartilhamento, poderia se sustentar que, em tese, as provas penais seriam possivelmente alcançadas com o avanço do próprio procedimento fiscal. Contudo, como antes do compartilhamento sequer havia procedimento fiscal, a prova penal é o ponto de partida da ação da Receita, de difícil incidência as teorias da descoberta inevitável e da fonte independente.

Em outra oportunidade, o CARF examinou a matéria sob essa perspectiva:

TEORIAS DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA E DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. As planilhas apreendidas foram fundamentais para a fiscalização evidenciar tanto a cobrança de custos financeiros como a concessão de “descontos comerciais”, visto que sem as provas contaminadas pela ilegalidade, essa descoberta não seria “inevitável”, ou seja, não é plausível que seriam descobertas sem os elementos maculados pela ilegalidade, razão pela qual neste caso a teoria dos frutos da árvore envenenada. Processo nº 10480.721430/201128. Recurso nº De Ofício. Acórdão nº 3302006.093. 3ª Câmara/2ª Turma Ordinária. Sessão de 25 de outubro de 2018.¹⁶⁴

Nesse precedente, foi discutida a incidência não somente da teoria da árvore dos frutos envenenados no âmbito do processo fiscal, mas também das teorias que a flexibilizam, como a da descoberta inevitável e a da fonte independente. Ilustrativamente, do voto do Conselheiro Raphael Madeira Abad se extrai:

Para se aplicar a “Teoria da Descoberta Inevitável” é necessário levar em consideração o grau de probabilidade do fato ter sido descoberto sem o auxílio do ato ilícito, que pode variar entre o impossível, remoto, provável e inevitável, sendo este o mais alto grau de probabilidade, o inverso do impossível. Alargar a Teoria da Prova Inevitável para uma hipotética Teoria da Prova “Provável” implicaria estabelecer, por via

¹⁶² “As teorias da descoberta inevitável e da fonte independente atuam quando existe nexos causal (logo, contaminação), mas a prova ‘poderia’ ser obtida de outra forma ou quando a descoberta ‘seria inevitável’. Ambas se situam no campo da futurologia, da perspectiva, da prognose, mas sem qualquer dado de concretude probatória. São efetivamente derivadas, mas como ‘poderiam’ ser obtidas de qualquer forma ou por outra fonte, acabam sendo legitimadas. É, sem dúvida, uma validação de uma prova derivada e ilícita.” (LOPES JR., 2018, p. 402).

¹⁶³ BRASIL. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 10 JUN. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>.

¹⁶⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF (2. Turma Ordinária). Recurso de Ofício. **Processo nº 10480.721430/201128**. TEORIAS DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA E DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. As planilhas apreendidas foram fundamentais para a fiscalização evidenciar tanto a cobrança de custos financeiros como a concessão de “descontos comerciais” [...]. 3. Câmara. Recorrente: Fazenda Nacional. Interessado: CIL – Comércio de Informática LTDA. Relator: José Renato Pereira de Deus, sessão em 25 de outubro de 2018. Acórdão nº 3302006.093. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/carf-afasta-autuacao-feita-provas.pdf>>.

transversa, a permissão da produção de provas ilícitas pois, em última análise, hipoteticamente todo e qualquer fato da vida pode ser descoberto. Portanto, para efeitos de Teoria da Prova Inevitável é necessário que exista ao menos um grande grau de probabilidade de que o fato seria descoberto independente da ilicitude.

No caso concreto, na própria descrição dos fatos e enquadramento legal do Auto de Infração há menção ao fato de que as supostas infrações imputadas foram apuradas em fiscalização realizada em decorrência de investigações realizadas, em conjunto, pela Receita Federal e pela Polícia Federal, sob a denominação "Operação Dilúvio".

A questão nodal do presente processo reside em aferir se era extremamente provável, praticamente certo ou inevitável que a fiscalização chegasse às mesmas provas que foram obtidas, mas que posteriormente foram declaradas pelo Judiciário como contaminadas pela ilicitude dos meios utilizados para produzi-las e, com base nesta análise, aplicar ou não a teoria da descoberta inevitável ao presente caso.¹⁶⁵

O Acórdão nº 3302006.093, identificado pelo nome Operação “Dilúvio”, acima mencionado, também tem a importância de incrementar o debate abordando a necessidade de decisão judicial para o compartilhamento de prova penal.

No mesmo contexto da Operação “Dilúvio”, já no julgamento do Processo nº 19647.011167/200975 (Acórdão nº 9303008.694 – 3ª Turma), o CARF entendeu por bem validar as provas tidas por derivadas de ilícitas aplicando as teorias da descoberta inevitável e da fonte independente.

ATOS PRATICADOS MEDIANTE FRAUDE. COMPROVAÇÃO. PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS. PRINCÍPIO DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PRINCÍPIO DA DESCOBERTA DA INEVITÁVEL. PRINCÍPIO DA FONTE INDEPENDENTE. MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. Não serão consideradas ilícitas as provas derivadas de provas ilícitas, quando ficar demonstrado que elas poderiam ser obtidas por uma fonte independente, bastando, para tanto, que se desse andamento aos trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação fiscal.¹⁶⁶

O CARF, por maioria, reviu sua posição anterior pois entendeu que os procedimentos fiscais de praxe conduziram às mesmas provas, daí encontra-se o porquê de incidir o temperamento da teoria da descoberta inevitável. Argumentou que a autoridade fiscal detém poderes administrativos que, se utilizados naquele caso concreto, conduziram, ao mesmo resultado probatório.

Ao examinar os votos proferidos nos Acórdãos acima mencionados, verifica-se que o CARF tem discutido os alcances da invalidade, na origem, da prova penal. Chama-se a atenção

¹⁶⁵ MINISTÉRIO DA FAZENDA, Processo nº 10480.721430/201128, grifo nosso.

¹⁶⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF (3. Turma). Recurso Especial do Procurador. **Processo nº 19647.011167/200975**. ATOS PRATICADOS MEDIANTE FRAUDE. COMPROVAÇÃO. PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS. PRINCÍPIO DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PRINCÍPIO DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. PRINCÍPIO DA FONTE INDEPENDENTE. MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. Não serão consideradas ilícitas as provas derivadas de provas ilícitas, quando ficar demonstrado que elas poderiam ser obtidas por uma fonte independente [...]. Recorrente: Fazenda Nacional. Interessado: CIL – Comércio de Informática LTDA. Relator: Andrada Márcio Canuto Natal, sessão em 12 de junho de 2019. Acórdão nº 9303-008.694. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/fisco-usar-provas-derivadas-provas.pdf>>.

ao alargamento dado ao alcance da teoria da descoberta inevitável como forma de salvar prova já declarada ilícita pelo Poder Judiciário.

Ademais, a interpretação que restringe a incidência da ilicitude da prova por derivação deve ser excepcionalíssima, sob pena de sufragar atividade ilícita do Estado e de descumprir, por via transversa, decisão judicial que declara a invalidade, na origem, da prova penal.

Sendo a vedação à prova ilícita prevista no art. 5º, LVI, da CF, deve-se atentar para o princípio da máxima efetividade das normas que cuidam de direitos fundamentais¹⁶⁷ e, com isso, compreender que no processo interpretativo, o hermenauta deve optar pela leitura que confira maior amplitude ao direito fundamental, restringindo às exceções que o comprimem.

Ademais, o colegiado administrativo tributário tem aplicado conceitos nascidos *no* processo penal e *para* o processo penal, passando ao largo de uma análise radical dos seus fundamentos.

A exceção da prova independente pode ter sua origem na jurisprudência norte-americana (fonte independente), especificamente no caso Wong Sun de 1963.¹⁶⁸

Colomer traz a noção do Tribunal Supremo espanhol, segundo a qual se deve observar conexão causal entre a prova ilícita e a prova que se pretende ter por lícita como ponto nodal na aferição de incidência da teoria da fonte independente: “[...] a exceção da prova independente pode ter sua origem na jurisprudência norte-americana (fonte independente), especificamente no caso Wong Sun de 1963”.¹⁶⁹

A mesma conexão causal é apontada por esse autor como componente da teoria da descoberta inevitável, valendo-se, pela pertinência com o exame da decisão do CARF, a seguinte crítica:

[...] mas essa exceção também pode ser criticada, pois a presunção de inocência só pode ser refutada por meio de provas lícitas e, além disso, como é o caso com exceção das provas independentes, nem sempre se sabe se a descoberta foi inevitável ou não.

¹⁶⁷ “Pelo princípio da máxima efetividade, entende-se que, ao se interpretar uma norma constitucional, deverá ser-lhe atribuído um sentido que lhe dê maior eficácia, sem, contudo, distorcer o seu conteúdo. Embora se aplique a todas as normas constitucionais, sua utilização, atualmente, está mais difundida no âmbito dos direitos fundamentais.” (AMARAL, Rafael Caiado. **Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 109).

¹⁶⁸ “*La excepción de prueba independiente puede tener su origen, cómo no, en la jurisprudencia norteamericana (independent source), y en concreto en el caso Wong Sun de 1963*”. (COLOMER, Juan Luis Gómez. La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo – Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato. In: COLOMER, Juan Luis Gómez (coord). **Prueba y Proceso Penal: Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y em el derecho comparado**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 124, tradução nossa).

¹⁶⁹ “[...]El efecto expansivo prevenido em el art. 11.1 de la LOPJ unicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir <prueba diferente> (pero derivada), com <prueba independiente> (sin conexión causal)”. (COLOMER, 2008, p. 124, tradução nossa).

Sua maior inconsistência reside no fato de que, dependendo do caso, a descoberta inevitável pode ser baseada em meras hipóteses, suposições ou conjecturas, e não em fatos claramente comprovados.¹⁷⁰

Verifica-se, portanto, que há precedente no CARF reconhecendo a necessidade de decisão judicial autorizando a utilização, em processo fiscal, da prova penal, bem como a impossibilidade de valoração futura pelo órgão fiscal caso a decisão de compartilhamento venha a ser anulada ou revogada.

Verifica-se, ainda, debates candentes no CARF acerca da validade da prova quando, na origem, a prova penal tem sua ilicitude reconhecida.

4.1.2. Compartilhamento e processo administrativo disciplinar

Se é certo que o direito à prova decorre do direito à ampla defesa e ao contraditório, o direito à utilização da prova emprestada possui relação direta com tais postulados constitucionais.

Quando se examina sob a perspectiva da ação penal, estruturada a partir do sistema acusatório, é fácil compreender que o direito à prova é exercido pelo autor e réu. Ocorre que o processo administrativo disciplinar, não obstante componha o mesmo direito sancionatório, possui uma estrutura distinta, em que a administração pública reúne em si mesma a função de acusar, processar, instruir e julgar.

Ao comentar a Lei nº 8.112/90, Romeu Felipe Bacellar Filho esclarece:

A Comissão de Inquérito, órgão responsável pelo inquérito administrativo (art. 149), é designada pela autoridade instauradora do ‘processo disciplinar’. O mesmo se passa com a Comissão de Sindicância (art. 149, §2º). Logo, à Comissão Processante incumbe a fixação do *thema probandum*: quais os fatos considerados relevantes e que devem constituir objeto da prova, a delimitação dos meios de prova cabíveis (podendo, por exemplo, denegar pedido de prova pericial quando a comprovação do fato independer de conhecimento especial de perito - §2º do art. 156) e, o que é mais importante, a avaliação das provas e contraprovas opostas pelo servidor acusado ou litigante.

[...]

A atividade de instrução, levada à cabo pela Comissão de Inquérito, tem como ponto de partida a acusação apresentada pela autoridade instauradora do processo e a defesa do servidor acusado. Porém, ela não se dirige, exclusivamente, à feitura do Relatório, fonte de convencimento da autoridade julgadora. Dirige-se também ao seu próprio

¹⁷⁰ “[...] Pero esta excepción también es criticable, porque la presunción de inocencia solamente puede desvirtuarse mediante pruebas lícitas, y además, como ocurre con la excepción de prueba independiente, no se sabe siempre si el descubrimiento ha sido inevitable o no. Su mayor inconsistencia reside en que en función del caso el descubrimiento inevitable puede basarse en meras hipótesis, suposiciones o conjeturas, no en echos claramente probados”. (COLOMER, 2008, p. 124, tradução nossa).

convencimento quando reavalia a acusação primeiramente formulada, indiciando ou não o servidor (art. 161).¹⁷¹

Por essa razão, ante a concentração de poderes em face do servidor acusado, é que Bacellar Filho externa preocupação com a situação do processado:

Figura, no outro pólo da relação processual, órgão que concentra a função de instruir e acusar, dotado de fortes poderes para, além de determinar todo o curso das provas e alegações, formular novo juízo de acusação quando entender finda a fase probatória.¹⁷²

Conclui o autor que “[é] extremamente difícil desvendar o sentido da incidência da verdade material num processo onde participam da fase probatória e, de resto, instrutória, apenas dois sujeitos – Comissão e servidor – e não três com no processo jurisdicional”¹⁷³.

Dentro dessa ótica, o tema atinente à recepção da prova produzida na esfera penal, sendo autorizada seu ingresso pela própria autoridade – ou comissão – responsável pelo processamento e julgamento, pode comprometer a isenção necessária para aplicar a sanção disciplinar, bem como o equilíbrio entre os sujeitos processuais¹⁷⁴.

Faz-se essa ressalva introdutória a fim de pontuar tal peculiaridade da estrutura do processo administrativo disciplinar que, não obstante integre o sistema repressor e esteja subordinado à Constituição Federal, não reflete a divisão de função dos atores processuais próprias do sistema acusatório.

As deliberações acerca da prova compartilhada advinda do processo penal, quer por solicitação da comissão processante, quer pela remessa pelo Juízo de origem, além de desestabilizar o equilíbrio entre os protagonistas do processo penal, podem comprometer a isenção da autoridade – ou comissão – processante que, como dito, não possui a seção operada pelo sistema acusatório no processo penal.

A concomitância entre as esferas sancionatórias penal e administrativa disciplinar proporciona o que denominamos de compartilhamento heterogêneo¹⁷⁵, vale dizer, o processo penal exporta elementos de prova para o processo administrativo disciplinar.

¹⁷¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 275.

¹⁷² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 275.

¹⁷³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 284.

¹⁷⁴ Para Bacellar Filho, “a igualdade de partes liga-se ao equilíbrio do contraditório: trata-se de proteger a igualdade de oportunidades no processo”. O autor ainda salienta que “a Administração, quando na posição de contraditor, deve equiparar-se ao particular para que ambos os sujeitos possam participar segundo um esquema contraditório: ações, reações e controles recíprocos”. Por fim, traz preocupação com a estabilidade do objeto do processo e, com isso, a vedação à modificação arbitrária do *thema disputandum*. Ao nosso ver, a recepção desmedida de provas exportadas pelo processo penal não somente pode comprometer o equilíbrio entre administração acusadora/julgadora e processado, como também a estabilidade do objeto do processo, criando inovações fáticas que afetam a ampla defesa e a segurança jurídica. (BACELLAR FILHO, 2012, p. 240).

¹⁷⁵ Ver também capítulo 2.2 deste.

Historicamente, o assunto sempre foi tratado pela ótica da prova emprestada que, como salienta Marcelo Marcante, não é suficiente para disciplinar as situações que envolvem meios investigação ou de produção de prova compressores de direitos fundamentais¹⁷⁶.

A prova emprestada possui valor probatório no processo administrativo disciplinar. Geralmente, quando se investiga um ilícito previsto no Código Penal, concomitantemente com o processo administrativo disciplinar, se instaurada a ação penal, a Comissão Disciplinar solicita ao Poder Judiciário, mediante expedição de ofício, devidamente anexado aos autos, cópias de peças processuais tais como, interrogatório do denunciado, depoimentos de testemunhas, prova pericial, laudos técnicos, extratos bancários, avaliação patrimonial etc., realizados no âmbito criminal e que guardam correlação com o objeto do processo administrativo disciplinar.¹⁷⁷

Acrescenta Mauro R. G. Mattos que bastaria a observância dos seguintes requisitos: “que tenha sido colhida em processo entre as partes; que tenham sido observadas as formalidades estabelecidas pela lei para a sua validade; que o fato provado seja idêntico”¹⁷⁸.

Ao se tratar de utilização da prova penal em processos administrativos disciplinares, o STJ consolidou o tema em sua Súmula nº 591: “É permitida a ‘prova emprestada’ no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa”.¹⁷⁹

Justifica o aprofundamento do estudo, pois a referida súmula trata o tema a partir do singelo regramento da prova emprestada, previsto no art. 372 do CPC¹⁸⁰, sem qualquer distinção entre os tipos de provas e as peculiaridades na sua produção.

É bem verdade que em relação à disciplina da prova emprestada, a súmula possui um avanço relevante, qual seja, a exigência de decisão judicial autorizando o empréstimo da prova penal, o que já configura uma limitação abordada neste trabalho no subcapítulo 3.1.3.

Então, vale questionar: é possível se decretar interceptação telefônica em processo administrativo disciplinar? Autorizar escuta ambiental? Busca e apreensão? Quebra de sigilo epistolar ou telemático? Evidente que não, notadamente pela cláusula de reserva de jurisdição.

Para que o compartilhamento da prova penal não seja um expediente para se contornar uma vedação constitucional, devem-se avaliar as vedações probatórias eventualmente encontradas para o processo de destino¹⁸¹.

¹⁷⁶ MARCANTE, Marcelo. **Limites à atividade probatória**: proibições de prova, conhecimentos fortuitos e compartilhamento de provas no processo penal. Florianópolis: EMais Editora, 2020, p. 201.

¹⁷⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 633.

¹⁷⁸ MATTOS, 2010, p. 635.

¹⁷⁹ Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 591, 2017.

¹⁸⁰ BRASIL, Lei nº 13.105, 16 mar. 2015.

¹⁸¹ Válido aqui lembrar advertência nesse sentido formulada por Grinover, Fernandes e Gomes Filho, ao tratar do empréstimo de prova decorrente de interceptação telefônica e o uso do processo penal com a finalidade exclusiva de produzir, para o

Esse é o problema mais grave que, de início, depara-se: além de não haver lei autorizando o compartilhamento da prova penal com a esfera disciplinar, há disciplinas constitucionais e legais que impedem a produção de tais provas no âmbito disciplinar e, outras mais específicas, que impedem a própria utilização, como as interceptações telefônicas.

Há mais de duas décadas, tratando sobre prova emprestada, Talamini já defendia:

Do mesmo modo, a observância no segundo processo das normas que disciplinam a admissibilidade da prova em sua essência originária também é pressuposta de admissibilidade do empréstimo. Exemplificando: em tese, não seria possível o empréstimo de prova testemunhal para a comprovação de fatos que não admitem prova através de testemunha (v.g. CPC, art. 401).¹⁸²

Diante da impossibilidade constitucional de a administração pública determinar interceptação telefônica, por exemplo, e considerando esse requisito de admissibilidade proposto, difícil de compatibilizar com a posição do STF acerca do tema:

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 federal nº 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.” (Inq nº 2424/RJQO segunda, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJ 24/8/2007).¹⁸³

A partir desse precedente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) entende que “o aproveitamento de provas colhidas em sede de investigação criminal e compartilhadas mediante autorização judicial é possível nos processos administrativos disciplinares em trâmite perante o Conselho Nacional de Justiça”¹⁸⁴.

processo não penal, uma prova que lá não poderia ser produzida. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2006, p. 220).

No mesmo sentido, ver também: MARCANTE, 2020, p. 200.

¹⁸² TALAMINI, 1998, p. 102.

¹⁸³ Supremo Tribunal Federal, Inquérito 2424/DF, 2007.

¹⁸⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Processo Administrativo Disciplinar (PAD). **Processo nº 0005021-59.2015.2.00.0000**. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EM FACE DE MAGISTRADO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. COMPARTILHAMENTO DE PROVAS COLHIDAS EM SEDE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE. [...]. Relator: Conselheiro Luciano Frota, julgado em 04 de abril de 2020. 303ª Sessão Ordinária. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=51298&indiceListaJurisprudencia=15&firstResult=7925&tipoPesquisa=BANCO>>.

Não se olvide que se há prova penal, por certo há – ou haverá – ação penal e lá há previsão expressa de perda do cargo ou função pública como efeito da condenação (art. 92, I, CP; art. 1º, §2º, DL 201/67; art. 6º, §3º, Lei nº 4.898/65), não sendo o âmbito administrativo disciplinar necessariamente imprescindível para afastar o servidor público de sua estrutura.

A propósito, a Controladoria-Geral da União editou o Enunciado n.º 18, publicado no DOU de 11/10/2017, Seção I, página 93, nos seguintes termos:

A ADMISSIBILIDADE DA PROVA EMPRESTADA, ORIUNDA DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES. É lícita a utilização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para fins de instrução de procedimento correccional.¹⁸⁵

Este enunciado orienta a CGU – e órgãos que integram a administração pública federal – acerca da possibilidade de utilização de interceptações telefônicas em processos administrativos disciplinares, regidos pela Lei nº 8.112/90¹⁸⁶.

O enunciado foi aprovado pela Comissão de Coordenação de Correição e, do voto da relatora Mileni Fonseca Krubniki Teodoro, Coordenadora Geral de Monitoramento de Processos Disciplinares Substituta, podem se extrair os seguintes aspectos.

Inicia sua fundamentação invocando a “dificuldade” em se alcançar a busca pela “verdade real dos fatos”¹⁸⁷.

A fim de suprir a ausência de lei específica autorizando o que denomina de “prova emprestada”, invoca o art. 372 do Código de Processo Civil. O problema é que se trata de prova *penal*, atrelada à finalidade da persecução *penal*, produzida de acordo com as leis *penais*, que regulamentam um direito fundamental previsto na Constituição. O tratamento conferido à prova emprestada pelo novo art. 372 é adequado para as provas cíveis que, de um modo geral, não possuem a mesma estrutura das provas penais, obtidas mediante meios supressores de direitos fundamentais.¹⁸⁸

¹⁸⁵ BRASIL. Controladoria Geral da União. **Enunciados e demais documentos aprovados**. 26 abr. 2014. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/atividade-disciplinar/enunciados-em-atividade-disciplinar>>.

¹⁸⁶ BRASIL, Lei nº 8.112, 11 dez. 1990.

¹⁸⁷ “O Direito talvez seja a única área do conhecimento que ainda crê na ideia de verdade real, enterrada inclusive nas áreas das ciências exatas, que já reconhecem que o sujeito da relação científica é ativo, tendo influência subjetiva, na formação da conclusão de uma observação. Nas ciências exatas, em poucas palavras, não mais se crê no alcance da Verdade (com V maiúsculo mesmo), mas num grau de certeza e comprovação que permite a reprodução de comportamentos sobre situações iguais ou similares, inclusive reconhecendo a subjetividade do cientista na determinação das características do objeto estudado”. (GARCIA, Rafael de Deus. Verdade real e a impossibilidade de Condenação após Manifestação do Ministério Público por Absolvição. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1043-1070, set./dez. 2017. p. 1055).

Sobre “verdade real”, ver também: MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **Crime cibernético e prova: a investigação criminal em busca da verdade**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 93; BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁸⁸ Aspecto desenvolvido no capítulo 2 deste.

Trata a prova decorrente de uma interceptação telefônica como se fosse um mero depoimento colhido em Juízo e, mediante simples cópia, trasladada para o feito disciplinar. Desconsidera-se que a interceptação telefônica é medida excepcional, supressora de direito fundamental e que, a teor do inciso XII do art. 5º da CF, destina-se à processos penais.

O voto ampara-se em parte considerável da doutrina¹⁸⁹ que considera possível o empréstimo de provas decorrentes de interceptações telefônicas. Escora-se, ainda, em precedente do STF. Contudo, o ponto de maior fragilidade no Enunciado é que, na sua aprovação, não se discutiu a necessidade de autorização judicial para o compartilhamento deste tipo de prova penal.

Aborda-se, apenas e tão somente, a óbvia necessidade de decisão judicial para deferir a interceptação telefônica. Inobstante, o voto que ensejou a aprovação do enunciado não aborda a necessidade de autorização judicial para a remessa para a CGU de tais provas, autorizando a sua utilização.

4.1.2.1. Compartilhamento da prova sob o enfoque da independência de instâncias penal, cível e administrativa

A superabundância de instâncias repressoras no ordenamento jurídico brasileiro, revela-se em razão do que José Armando da Costa denomina de “tríplice responsabilidade funcional”¹⁹⁰, ou seja, cível, penal e administrativa disciplinar. Esse fenômeno deve ser estudado a partir do que se convencionou denominar de independência de instâncias, que afasta a incidência do princípio do *ne bis in idem*.

A possibilidade de sanção a partir de um mesmíssimo fato assenta-se na premissa segundo a qual as instâncias são independentes¹⁹¹. No âmbito normativo, conforme citado acima, o art. 37, §4º, da CF, é claro ao dispor que as sanções decorrentes do ato de improbidade administrativa não excluem a respectiva ação penal.

¹⁸⁹ Doutrina analisada no capítulo 5.1 deste.

¹⁹⁰ COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 5. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005. p. 170.

¹⁹¹ “Em linha de princípio, que decorre naturalmente da independência das diversas instâncias do Direito, vedada é a compensação das sanções na perspectiva da intervenção do Estado sancionador em relação ao particular, agente do ilícito, por isso que não se pode considerar o Estado, nos diferentes planos jurídicos em que atua, como idêntico beneficiário da sanção. Isto é, não há compensar eventual sanção política ou administrativa com a sanção penal, salvo regra expressa nesse sentido, a exemplo do art. 9º, Lei 10.684/03, que instituiu o REFIS II ou PAES, adiante analisado”. (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 de Doutrina da 4ª Região**, n. 4, 17 dez. 2004. p. 3).

Dentro desse contexto, a noção de independência de instâncias pode ser analisada por duas perspectivas distintas: uma sancionatória e outra probatória.

Sob o enfoque sancionatório, parte-se da premissa decantada segundo a qual não caracteriza *bis in idem* a aplicação da sanção penal, disciplinar e improbidade, por exemplo, em razão do mesmo fato¹⁹². Encontraria base normativa, segundo seus defensores, no art. 37, §4º, da Constituição¹⁹³, bem como nos artigos 121 e 125, da Lei nº 8.112/90, ao tratar do processo administrativo disciplinar no âmbito federal¹⁹⁴.

Para Verzola, “o fato que configura o desrespeito ao princípio do *bis in idem* é a pretensão de impor dupla punição às mesmas pessoas, com base nos mesmos fatos e na mesma instância”¹⁹⁵. Segundo a Autora, os pressupostos para a caracterização seriam a identidade subjetiva (o mesmo sujeito passivo), a identidade fática e a identidade de fundamento legal¹⁹⁶. No mesmo sentido, José Armando da Costa, para quem o *bis in idem* somente ocorreria se a punição ocorresse na mesma esfera¹⁹⁷.

Ocorre que a “ideia de independência de instâncias causa, no campo da aplicação do direito, enormes perplexidades, que vêm se tornando, aos poucos, mais visíveis nos tribunais e merecendo maior atenção da doutrina”¹⁹⁸.

Caracterizaria *bis in idem*, por exemplo, segundo Alexandre Macedo Tavares, a incidência da multa fiscal (art. 44, II, da Lei nº. 9.430/96¹⁹⁹) e de sanção penal. Em razão de seu caráter sancionatório, a multa fiscal, segundo o referido autor, teria natureza de sanção penal

¹⁹² Pela doutrina: “A conduta ilícita corresponde uma sanção. Aqui cabe ponderar que uma conduta pode ser qualificada, num só tempo, como ilícito civil, ilícito administrativo ou político e ilícito penal, implicando responsabilidades civil, administrativa ou política e penal, respectivamente. Neste caso, serão impostas sanções civil, administrativa ou política e penal, sem ofensa a qualquer princípio que veda a punição do mesmo fato mais de uma vez (*bis in idem*), que tem seu âmbito de incidência restrito a cada esfera determinada. Trata-se de sanções de natureza diversa e, por isso mesmo, não se compensam”. (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 de Doutrina da 4ª Região, n. 4, 17 dez. 2004, p. 1).

¹⁹³ “Art. 37. [...] § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 5 out. 1988. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

¹⁹⁴ “Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições. [...] Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si” (BRASIL, Lei nº 8.112, 11 dez. 1990).

¹⁹⁵ VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. **Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 156.

¹⁹⁶ VERZOLA, 2011, p. 156.

¹⁹⁷ COSTA, 2005, p. 176.

¹⁹⁸ LOBO, Helena Regina da Costa. Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JUNIOR, Laerte I. (coords.). **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 113.

¹⁹⁹ BRASIL. **Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996**. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 30 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm>.

stricto sensu, “já que inexitem diferenças ontológicas essenciais entre as sanções penais e a administrativas”²⁰⁰ e, por isso mesmo, ao incidir em conjunto com qualquer sanção penal, aplicada em processo penal, violaria o princípio que veda o *bis in idem*.

Uma sinalização de que este dogma tende a ser revisto é o novo artigo 22, §3º, inserido na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655/2018²⁰¹. Em artigo publicado em obra coordenada pelo professor André Callegari sobre Colaboração Premiada, tivemos a oportunidade de pontuar que esse recente dispositivo legal “sinaliza um caminho para uma unidade da resposta estatal para um mesmo fato”²⁰². Não obstante, Gabriel Pinheiro Chagas entende em sentido oposto, defendendo que, em verdade, essa dicção legal terminou por positivizar o *bis in idem*²⁰³.

É bem verdade que, antes mesmo desse recente dispositivo legal, Demo já admitia que as sanções se compensassem quando se tratasse do mesmo beneficiário e fossem da mesma espécie, embora com uma abrangência deveras restrita. Dá como exemplo a indenização paga à vítima em razão de pena de prestação pecuniária, fixada em sentença penal, a ser compensada com a indenização decorrente de ação de reparação civil pelo mesmo fato²⁰⁴.

Importante consignar que, segundo Fábio Medina Osório, o princípio do *ne bis in idem* encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro, “sendo constitucionalmente conectado às garantias da legalidade, proporcionalidade e, fundamentalmente, devido processo legal, implicitamente presente, portanto, no texto da CF/88”²⁰⁵.

Além disso, também encontramos referências ao princípio no Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), em seu art. 8º, item 4; no art. 9º da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (firmada pelo Brasil em 1º de julho de 1994); art. VII, item 1, da Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior; e, finalmente, no art. 20 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promulgado pelo Decreto nº. 4.388/02.²⁰⁶

²⁰⁰ TAVARES, Alexandre Macedo. As vias de repressão dos contribuintes (procedimento administrativo e processo penal) sob o prisma da garantia da *non bis in idem*. São Paulo: **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 138, mar. 2007. p. 18.

²⁰¹ BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 26 abr. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>.

²⁰² CARVALHO, João Daniel Jacobina B. de. Os efeitos da delação premiada nas ações de improbidade administrativa. In: CALLEGARI, André (coord.). **Colaboração Premiada: Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019. (Série IDP). p. 142.

²⁰³ CHAGAS, Gabriel Pinheiro. O “non bis in idem” no Direito Administrativo Sancionador. In: Oliveira, José Roberto Pimenta (coord.). **Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 292.

²⁰⁴ 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 de Doutrina da 4ª Região**, n. 4, 17 dez. 2004. p. 4.

²⁰⁵ OZÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 305.

²⁰⁶ TAVARES, Alexandre Macedo. As vias de repressão dos contribuintes (procedimento administrativo e processo penal) sob o prisma da garantia do *non bis in idem*. São Paulo: **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 138, mar. 2007. p. 20.

Fábio Medina Osório, desde a primeira edição de seu livro sobre Direito Administrativo Sancionador, há vinte anos, abordava a teoria da unidade do *ius puniendi* estatal. Para ele, a “comparação dos elementos entre as infrações penais e administrativas conduziria a uma substancial identidade entre os ilícitos penais e administrativos”²⁰⁷.

O tema foi desenvolvido, recentemente, pelo Ministro Gilmar Mendes ao deferir Medida Cautelar na Reclamação nº 41.557/SP. Sobre a independência de instâncias, sustentou que seria “complexa e deve ser interpretada como uma independência mitigada, sem ignorar a máxima do *ne bis in idem*”. Ao seguir uma linha de “independência mitigada” entre as esferas administrativa e penal, reconheceu que deve haver certa unidade na resposta sancionatória estatal, e que “círculos concêntricos de ilicitude não podem levar a uma dupla persecução e, conseqüentemente, a uma dupla punição, devendo ser o *bis in idem* vedado no que diz respeito à persecução penal e ao direito administrativo sancionador pelos mesmos fatos”²⁰⁸. Também defendeu o Ministro Gilmar Mendes que deveria haver uma certa unidade no exercício do direito de punir²⁰⁹.

Uma exceção que confirmaria a regra seria a vinculação da sentença penal que reconhece a inexistência material do fato ou que nega a autoria, conforme sustenta Mauro Roberto Gomes de Mattos²¹⁰, a exemplo do que dispõe o art. 126 da Lei nº 8.112/90²¹¹. Outra hipótese de comunicação entre a instância administrativa e a penal diz respeito ao reflexo que o processo administrativo fiscal proporciona à caracterização do próprio tipo penal de sonegação fiscal, ou mesmo à ação penal, podendo suspendê-la se houver parcelamento no âmbito administrativo, ou extinguir a punibilidade, se pago o tributo²¹².

Já sob o enfoque processual probatório, as instâncias não são tão independentes quanto se pode supor²¹³. Ao revés, revelam-se altamente interdependentes.

Enquanto que, para legitimar sanções das mais diversas a partir do mesmo fato invoca-se a independência de instância, sob o ponto de vista probatório se pretende utilizar provas

²⁰⁷ OZÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.300.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação nº 41.557/SP. **Processo nº 0095236-89.2020.1.00.0000**. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 10 de julho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5934358>>.

²⁰⁹ Para Verzola, tanto “as sanções administrativas quanto as penas judiciais passam a ser expressão do *ius puniendi* estatal”, reafirmando a noção de unidade ampla do Direito Sancionatório. (VERZOLA, 2011, p. 134)

²¹⁰ MATTOS, 2010, p. 305.

²¹¹ “Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”. (BRASIL, Lei nº 8.112, 11 dez. 1990).

²¹² 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 de Doutrina da 4ª Região, n. 4, 17 dez. 2004, p. 8.

²¹³ DEMO, 2004, p. 19.

produzidas em outras instâncias, justamente com o mesmo desiderato, qual seja, a aplicação de sanções diversas. Assim, as instâncias repressoras são independentes, autônomas e não se comunicam para fins sancionatórios, mas, por outro lado, comunicam-se para compartilharem elementos probatórios e, com isso, viabilizarem a incidência das sanções. É a conclusão a que se chega quando se examina a forma indiscriminada com que a jurisprudência trata o compartilhamento de prova²¹⁴.

Em outras palavras, a circulação da prova penal, transmigrando-a para uma ação de improbidade ou processo disciplinar, por exemplo, viabiliza o exercício efetivo dessas instâncias repressoras. Detecta-se, outrossim, uma dependência a nível probatório, até porque certos tipos de prova só podem ser obtidos na instância penal.

Nesse aproveitamento de prova, a questão que se nota mais proeminente é a tentativa de transporte da prova penal para outros processos não penais. Há uma razão objetiva para tanto: provas cuja produção ou coleta que restringem direitos fundamentais somente são admitidos no processo penal, a exemplo de interceptação telefônica, escutas ambientais e buscas domiciliares. É o que Marcelo Marcante denomina de “processo penal exportador” de prova²¹⁵.

Se pela perspectiva sancionatória pretende-se elevar a grau máximo a independência de instâncias, sob a ótica probatória não se verifica o mesmo rigor em manter as instâncias independentes e autônomas, apartadas entre si.

A doutrina, em sua grande maioria, aceita no processo disciplinar qualquer prova penal como se tudo se resumisse à prova emprestada.

A jurisprudência, de igual modo, firmou posição nesse sentido, a exemplo da súmula nº 591 do STJ. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, no Inquérito n. 2424/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, admitiu a possibilidade de utilização de interceptação telefônica produzida em inquérito policial em processo disciplinar, sendo esse precedente utilizado em diversas outras decisões que lhes seguiram²¹⁶.

É preciso enxergar por outra ótica essa tentativa de criação de canais intercomunicantes entre o processo penal e o processo disciplinar, tendente a promover a transmigração de provas que, a rigor, só podem ser produzidas naquele processo.

Para além da ausência de previsão legal autorizando esse compartilhamento da prova penal destinada ao âmbito disciplinar, também devemos levar em conta o custo de se aumentar

²¹⁴ MARCANTE, Marcelo. **Limites à atividade probatória**: proibições de prova, conhecimentos fortuitos e compartilhamento de provas no processo penal. Florianópolis: EMais Editora, 2020, p. 197.

²¹⁵ MARCANTE, 2020, p. 234.

²¹⁶ Ver também capítulo 5.1 deste, o qual foi dedicado a examinar essa decisão do STF.

a restrição ao direito fundamental em xeque, podendo conduzir aos esvaziamento de seu núcleo essencial, notadamente quando o próprio processo penal possui mecanismos para sancionar, integralmente, um servidor público pela prática de um ilícito.

Ademais, o compartilhamento com a esfera administrativa da prova obtida por interceptação telefônica não é indispensável ou urgente, pois constituirá efeito da condenação criminal a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, nos termos do art. 92, I, do Código Penal.²¹⁷

Assim sendo, é de se questionar seriamente a necessidade de se incrementar mais um processo sancionatório, ampliando o espectro de violação da intimidade dos envolvidos, se o processo penal já seria suficiente para atingir o mesmo resultado que um processo disciplinar.

Essa argumentação permite trazer à hipótese a incidência do princípio da proporcionalidade, em seus desdobramentos. Mesmo que se supere a adequação, na medida em que, em tese, a prova penal pode contribuir para a boa consecução do poder correccional da administração pública, pode-se encontrar óbice na necessidade: não seria proporcional sacrificar ainda mais o direito fundamental do processado circulando informações sigilosas suas, se no processo penal de origem o Estado pode conferir efetividade às sanções, inclusive, ao que equivaleria no âmbito disciplinar à demissão a bem do serviço público.

A questão, por fim, é que de um modo geral, quando a doutrina aborda o *bis in idem*, o faz primordialmente sob a ótica sancionatória, sobre a possibilidade – ou impossibilidade – de sanções a partir do mesmo fato²¹⁸. Ocorre que o princípio que veda o *bis in idem* projeta, também, efeitos no âmbito processual, vale dizer, veda a múltipla persecução a partir de um mesmo fato.

Para Keity Saboya, “a dimensão processual do *bis in idem*, indicada pela máxima ‘*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*’, pode ser traduzida pelo impedimento, pelos mesmos fatos e fundamentos, da submissão do indivíduo a mais de um processo, como também ao risco dele”²¹⁹.

Quanto à trilha histórica do princípio do *ne bis in idem*, destaca-se, inicialmente, que a nomenclatura de tal axioma decorre dos aforismos *bis de eadem re ne sit actio* e *bis de eadem re agere ne liceat* relacionados, comumente, a institutos processuais, podendo também ser relacionados aos aforismos *nemo debet bis vexari pro una et*

²¹⁷ ALENCAR, Claudio Demczuk. O uso da prova emprestada no processo penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 49, n. 193, jan./mar., 2012, p. 294.

²¹⁸ Mauro Roberto Gomes de Mattos aborda o princípio do *bis in idem* sobre a perspectiva da multiplicidade de sanções, não se referindo às múltiplas deflagrações de processos sancionatórios distintos, embora esse autor traga um precedente do Tribunal Constitucional da Espanha que fala sobre a limitação à abertura de procedimentos sancionatórios. (MATTOS, 2010, p. 269).

²¹⁹ SABOYA, Keity. **Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 226.

eadam causa e nemo debet bis puniri pro uno delicto, que foram reduzidos à locução latina *ne bis in idem* – “não duas vezes o mesmo”, em uma tradução literal.²²⁰

Embora, como visto, nasça por uma perspectiva processual, tem sido tímida a abordagem sobre essa faceta e seus reflexos na produção e utilização da prova. Quando ocorre, aborda-se no âmbito do próprio processo penal, ou seja, dele para ele mesmo. Por isso que a doutrina e a jurisprudência quando o fazem, examinam pela ótica da coisa julgada²²¹. A abordagem que pretendemos fazer é a da vedação ao *bis in idem* processual, entre processos penais e não penais, quando têm por objeto um mesmo fato. Walter Bittar, por exemplo, entende que a instauração simultânea de inquérito penal e civil a fim de apurar o mesmo fato implica em *bis in idem*, por terem a mesma natureza e o mesmo objetivo²²².

Outros ordenamentos jurídicos não deixam de lado essa problemática. Na Alemanha, se houver coincidência ou similitude entre a sanção penal e a administrativa, há prevalência da penal, havendo a possibilidade de que a multa administrativa seja anulada, caso posteriormente ocorra uma condenação criminal. A Espanha, por sua vez, confere prevalência à jurisdição penal: havendo atuação da esfera penal, suspende-se o processo administrativo. Na Itália, “não havendo elemento especial, o ilícito penal absorve o conteúdo do ilícito administrativo”²²³.

A multiplicidade de processos sancionatórios pelo mesmo fato desafia o exame da matéria à luz do princípio da proporcionalidade, sendo certo que o compartilhamento heterogêneo da prova penal aguça a violação aos direitos fundamentais do processado, fomentando a instauração de outros processos sancionatórios, além da ação penal.

Há uma relação direta entre independência de instâncias, *ne bis in idem* e compartilhamento da prova penal. Sob a ótica processual e probatória, as instâncias se comunicam, compartilham prova entre si e, com isso, proporcionam múltiplos processos a partir do mesmo fato, o que conduz à discussão à violação ou não do princípio que veda o *bis in idem*.

²²⁰ SABOYA, 2014, p. 7.

²²¹ Keity Saboya traz como exemplo a doutrina de Rogério Schietti Cruz, além de diversos precedentes jurisprudenciais sobre o *bis in idem* processual e a coisa julgada. (SABOYA, 2014, p. 226).

²²² BITTAR, Walter Barbosa. Instauração simultânea de inquérito penal e civil: *bis in idem*?. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 13, n. 156, novembro, 2005.

²²³ SABOYA, 2014, p. 270-276.

4.1.3. Compartilhamento, controladoria-geral da união e lei anticorrupção

A Controladoria-Geral da União é um órgão criado pela Lei Federal nº 10.683, de 28 de maio de 2003²²⁴, integrante da estrutura da Presidência da República, com estrutura de Ministério, tendo como “missão precípua a defesa do patrimônio público, o que faz por meio do combate e da prevenção à corrupção”²²⁵. Sucessivos atos normativos alteraram sua estrutura administrativa. Atualmente, é regida pela Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019²²⁶, decorrente da Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019.

Dentro de seu espectro de atribuições, insere-se a apuração de fatos relacionados à administração pública que, em tese, podem subsidiar investigações criminais e cíveis.

A multiplicidade de responsabilidades, que redundam em superfetação de órgãos de persecução, faz com que órgãos como a CGU empreendam procedimentos apuratórios de fatos que, também, possuem conotação penal.

A partir daí tem-se observado um entrelaçamento umbilical com órgãos que integram o sistema de persecução penal, como a Polícia Federal e o Ministério Público Federal²²⁷. Não obstante, a ação conjunta entre a CGU e outros órgãos da administração deva ocorrer de maneira excepcional e mediante autorização do Presidente da República²²⁸.

Conforme destacada Alzira Ester Angeli, um dos princípios que orienta a atuação da CGU é “a articulação permanente com os órgãos de controle e fiscalização do Estado brasileiro”²²⁹. Parte-se da concepção segundo a qual as agências de combate à corrupção devem se unir, em ação integrada, formando um sistema integrado.

Na definição de Luís Sousa, a

²²⁴ BRASIL. **Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003**. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 29 maio 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.683.htm>.

²²⁵ ANGELI, Alzira Ester. Visão geral das agências norte-americanas contra a corrupção numa análise comparativa com a Controladoria-Geral da União. **Revista da CGU**, Brasília, ano 4, n. 7, p. 79-95, dez., 2009. p. 87.

²²⁶ BRASIL. **Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019**. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera as Leis [...]. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 18 jun. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13844.htm>.

²²⁷ Sobre entrelaçamento entre os órgãos, ver também exemplo colhido do próprio site da CGU: **CGU e PF combatem fraudes em serviços de infraestrutura no município de Itambé (BA)**. 30 maio 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2019/05/cgu-e-pf-combatem-fraudes-em-servicos-de-infraestrutura-no-municipio-de-itambe-ba>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

²²⁸ Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019, dispõe em seu art. 54 que a “**ação conjunta entre órgãos da administração pública**” ocorrerá “nas hipóteses de calamidade pública ou de necessidade de especial atendimento à população, o Presidente da República poderá dispor sobre a ação articulada entre órgãos, inclusive de diferentes níveis da administração pública”. Quando da conversão da referida MP na Lei nº 13.844/2019, a redação desse artigo foi mantida. BRASIL. **Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019**. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 1 jan. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm>. Grifo nosso).

²²⁹ ANGELI, Alzira Ester. Visão geral das agências norte-americanas contra a corrupção numa análise comparativa com a Controladoria-Geral da União. **Revista da CGU**, Brasília, ano 4, n. 7, p. 79-95, dez., 2009. p. 88.

agência anticorrupção é um órgão (de financiamento) público e de natureza durável, com uma missão específica de combate à corrupção e de redução das estruturas de oportunidade propícias para a sua ocorrência através de estratégias de prevenção e repressão.²³⁰

Essa atuação em mútua cooperação é salutar e confere maior eficiência à fiscalização da gestão dos recursos públicos federais e otimizam a persecução penal. A questão que se põe em debate diz respeito ao manejo de instrumentos probatórios que afetam diretamente direitos e garantias fundamentais.

A atuação coordenada com a Polícia Judiciária ou o Ministério Público, segundo Alzira Ester Angeli, é realizada pela Secretaria Federal de Controle Interno da CGU²³¹.

Periodicamente, a CGU tem celebrado Acordo de Cooperação Técnica com o Ministério da Justiça e Polícia Federal, com a finalidade específica de compartilhamento de informações. O mais recente, celebrado em 17 de junho de 2019, estabelece o objeto em sua cláusula primeira:

O presente Acordo tem por objeto a cooperação com vista ao desenvolvimento de projetos e ações de interesse comum, voltados ao compartilhamento de dados e informações entre os partícipes para a consecução de suas atribuições institucionais e ao encaminhamento célere de representações que possam configurar ilícitos administrativos, civis ou criminais ou capazes de instruir procedimentos administrativos ou processos judiciais de natureza cível ou criminal, bem como o intercâmbio de dados e informações necessárias à instrução preliminar de denúncias e também de processos de seleção e avaliação de integridade dos candidatos a cargos em comissão e funções comissionadas no Ministério da Infraestrutura e suas unidades vinculadas, conforme Programa de Prevenção à Corrupção desenvolvido pelo Ministério da infraestrutura.²³²

Em sua cláusula quinta, nota-se uma preocupação com o sigilo das informações, vinculando a utilização da prova estritamente à atribuição do órgão que a recebeu. Na cláusula sexta há preocupação com a licitude do compartilhamento, vedando-se quando decorrer de ato ilícito. A mesma cláusula traz a exigência de autorização da autoridade competente, o que remonta ao quanto desenvolvido no subcapítulo 3.1.3. Esses acordos de cooperação têm sido celebrados com prazo de vigência determinado. Segundo a cláusula décima terceira, terá vigência pelo prazo de sessenta dias, a contar de sua publicação.

²³⁰ SOUSA, Luís de. As agências anticorrupção como peças centrais de um sistema de integridade. **Revista da CGU**, Brasília, ano 3, n. 4, jun. 2008. p. 23.

²³¹ ANGELI, Alzira Ester. Visão geral das agências norte-americanas contra a corrupção numa análise comparativa com a Controladoria-Geral da União. **Revista da CGU**, Brasília, ano 4, n. 7, p. 79-95, dez., 2009. p. 88.

²³² BRASIL. Ministério Da Infraestrutura; Ministério Da Justiça E Segurança Pública; Controladoria-Geral Da União; Advocacia-Geral Da União; Polícia Federal. **Acordo de Cooperação Técnica nº 001/2019**. Brasília: Ministério da Infraestrutura, 17 jun. 2019. Disponível em: <<https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/32813/24/Acordo%20de%20Coopera%20c3%a7%20c3%a3o%20T%20c3%a9cnica%20n%20c2%ba%20001.2019%20%281%29.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

Mais recentemente, em 06 de agosto de 2020, foi celebrado Acordo de Cooperação Técnica incluindo o TCU, com foco mais específico no acordo de leniência²³³. Vale o registro de que, sobre o compartilhamento da prova penal, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal emitiu a Nota Técnica nº 2/2020 em que aborda a “inadequada previsão de compartilhamento de informações obtidas em investigações criminais com a CGU e AGU”:

Embora as outras Instituições fiscalizatórias estejam legalmente jungidas à obrigação de comunicar eventual ilícito penal ao Ministério Público, a reciprocidade encontra limitações, inclusive de ordem constitucional. Nos exatos termos do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas pode ser relativizado apenas por decisão judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Assim, a colaboração prevista na primeira ação operacional encontra restrição no campo das investigações criminais, especialmente aquelas em que haja quebra de sigilo de comunicações ou de dados. Não há obstáculo ao compartilhamento do sigilo de informações em procedimentos apuratórios cíveis, que estão inseridos no âmbito do objeto do Acordo de Cooperação, mas a partilha de dados obtidos em investigação criminal poderia representar uma violação à garantia do sigilo dessas informações e deve ser avaliada pelo promotor natural, em cada hipótese, considerando-se a conveniência para a apuração, a oportunidade e os eventuais riscos existentes na hipótese específica.²³⁴

Pois bem.

Na prática, o compartilhamento entre Polícia Federal e CGU tem se desenvolvido da seguinte forma:

1. Remessa de inquéritos policiais ou procedimentos investigativos criminais, instruídos com cautelares probatórias para que a CGU examine seu conteúdo e forneça subsídios à autoridade investigante;
2. Remessa de inquéritos policiais ou procedimentos investigativos criminais, instruídos com cautelares probatórias para que a CGU instaure procedimento administrativo próprio, no âmbito de suas atribuições.

A partir daí se questiona: de posse de informações obtidas mediante a flexibilização de sigilo constitucional, pode a autoridade policial ou Ministério Público, submetê-las ao exame de agentes da CGU? Há previsão legal para tanto? Depende de autorização judicial?

²³³ BRASIL. Tribunal De Contas Da União. **Cooperação técnica define protocolo para compartilhamento de informações nos acordos de leniência**. 06 ago. 2020. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/cooperacao-tecnica-define-protocolo-para-compartilhamento-de-informacoes-nos-acordos-de-leniencia.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

²³⁴ Tribunal de Contas da União, 2020.

Quando a autoridade investigante encaminha à CGU cautelares penais probatórias, ou para que se faça uma análise técnica e subsidie a própria investigação criminal, ou para que o aludido órgão administrativo deflagre ou instrua procedimento próprio, está a circular a prova penal.

Essa circulação da prova penal, entre autoridade policial e CGU é uma hipótese de compartilhamento heterogêneo da prova penal e, por ampliar a restrição aos direitos fundamentais atingidos para a coleta da prova, depende de decisão judicial autorizando. Esse é um dos “limites dos limites”.

Destaque-se que a CGU não integra a estrutura de qualquer das Polícias Judiciárias, razão pela qual não pode funcionar como espécie de órgão consultivo. Por ser outra instância administrativa, a remessa, para ela, da prova penal, não dispensa autorização judicial.

A quebra de sigilo constitucional não significa seu esvaziamento, havendo um núcleo essencial do direito fundamental comprimido a ser preservado. Ao ser introduzido nos autos do inquérito, elementos de informação oriundos de cautelares penais, tais informações se encontram disponíveis para os protagonistas da persecução penal que conduzem o procedimento investigativo.

A CGU, por não integrar a estrutura Constitucional de persecução penal e não possuir lei expressa autorizando lhe agir como tal, ao ter acesso a essas cautelares penais, viola o sigilo que ainda subsiste e recobre as informações. Quando esse acesso se procede sem autorização judicial, a violação ao sigilo adquire contornos de maior gravidade.

O Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de examinar – e rechaçar – a participação em investigação criminal de agentes estranhos à estrutura da persecução penal. Ao julgar o *Habeas Corpus* nº 149.250-SP, a Quinta Turma, por maioria, decidiu que é ilegal a participação de agentes da Agência Brasileira de Informação (ABIN) em investigação conduzida pela Polícia Federal:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO SATIAGRAHA. PARTICIPAÇÃO IRREGULAR, INDIVIDUOSAMENTE COMPROVADA, DE DEZENAS DE FUNCIONÁRIOS DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) E DE EX-SERVIDOR DO SNI, EM INVESTIGAÇÃO CONDUZIDA PELA POLÍCIA FEDERAL. MANIFESTO ABUSO DE PODER. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR-SE A ATUAÇÃO EFETIVADA COMO HIPÓTESE EXCEPCIONALÍSSIMA, CAPAZ DE PERMITIR COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PRECEITO LEGAL AUTORIZANDO-A. PATENTE A OCORRÊNCIA DE INTROMISSÃO ESTATAL, ABUSIVA E ILEGAL NA ESFERA DA VIDA PRIVADA, NO CASO CONCRETO. VIOLAÇÕES DA HONRA, DA IMAGEM E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INDEVIDA OBTENÇÃO DE PROVA ILÍCITA, PORQUANTO COLHIDA EM DESCONFORMIDADE COM PRECEITO LEGAL. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. AS NULIDADES VERIFICADAS NA FASE

PRÉ-PROCESSUAL, E DEMONSTRADAS À EXAUSTÃO, CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL. INFRINGÊNCIA A DIVERSOS DISPOSITIVOS DE LEI. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPARCIALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INQUESTIONAVELMENTE CARACTERIZADA. A AUTORIDADE DO JUIZ ESTÁ DIRETAMENTE LIGADA À SUA INDEPENDÊNCIA AO JULGAR E À IMPARCIALIDADE. UMA DECISÃO JUDICIAL NÃO PODE SER DITADA POR CRITÉRIOS SUBJETIVOS, NORTEADA PELO ABUSO DE PODER OU DISTANCIADA DOS PARÂMETROS LEGAIS. ESSAS EXIGÊNCIAS DECORREM DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS E DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO. NULIDADE DOS PROCEDIMENTOS QUE SE IMPÕE, ANULANDO-SE, DESDE O INÍCIO, A AÇÃO PENAL.

1. Uma análise detida dos 11 (onze) volumes que compõem o HC demonstra que existe uma grande quantidade de provas aptas a confirmar, cabalmente, a participação indevida, flagrantemente ilegal e abusiva, da ABIN e do investigador particular contratado pelo Delegado responsável pela chefia da Operação Satiagraha.

2. Não há se falar em compartilhamento de dados entre a ABIN e a Polícia Federal, haja vista que a hipótese dos autos não se enquadra nas exceções previstas na Lei nº 9.883/99.

3. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual, como nos ensina a Prof^ª. Ada Pellegrini Grinover, in "Nulidades no Processo Penal", "o direito à prova está limitado, na medida em que constitui as garantias do contraditório e da ampla defesa, de sorte que o seu exercício não pode ultrapassar os limites da lei e, sobretudo, da Constituição." 4. No caso em exame, é inquestionável o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, e não convalescem, sob qualquer ângulo que seja analisada a questão, porquanto é manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelos agentes da ABIN e um ex-agente do SNI, ao arpejo da lei.

5. Insta assinalar, por oportuno, que o juiz deve estrita fidelidade à lei penal, dela não podendo se afastar a não ser que imprudentemente se arrisque a percorrer, de forma isolada, o caminho tortuoso da subjetividade que, não poucas vezes, desemboca na odiosa perda da imparcialidade. Ele não deve, jamais, perder de vista a importância da democracia e do Estado Democrático de Direito.

6. Portanto, inexistem dúvidas de que tais provas estão irremediavelmente maculadas, devendo ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam destituídas de qualquer eficácia jurídica, consoante entendimento já cristalizado pela doutrina pacífica e lastreado na torrencial jurisprudência dos nossos tribunais.

7. Pelo exposto, concedo a ordem para anular, todas as provas produzidas, em especial a dos procedimentos nº 2007.61.81.010208-7 (monitoramento telefônico), nº 2007.61.81.011419-3 (monitoramento telefônico), e nº 2008.61.81.008291-3 (ação controlada), e dos demais correlatos, anulando também, desde o início, a ação penal, na mesma esteira do bem elaborado parecer exarado pela douta Procuradoria da República.

(HC 149.250/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 05/09/2011).²³⁵

Segundo o Relator, Ministro Adilson Vieira Macabu, o art. 144 da Constituição delimita as atribuições da Polícia Judiciária:

²³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 149250/SP**. Processo nº 2009/0192565-8. Relator: Min. Adilson Vieira Macabu, julgado em 7 de junho de 2011.

Dentro desse contexto, delimitado pela Constituição Federal, entendo que a atividade investigatória deve ater-se aos ditames fixados. Apenas em casos excepcionalíssimos e desde que preenchidos os requisitos legais do art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal, permitir-se-á que essa atividade seja exercida por órgão diverso da Polícia Judiciária.²³⁶

A seu ver, a partir da leitura da Lei nº 9.883/99²³⁷, a ABIN possui atribuição legal específica, não se inserindo dentre elas a função de Polícia Judiciária.

Mais adiante, invoca o princípio da legalidade como norte de um Estado Democrático de Direito:

Vivemos em um Estado Democrático de Direito regido por um conjunto de leis que disciplinam e estabelecem os comportamentos permitidos ou proibidos, visando como finalidade principal a tranquilidade pública e garantindo a convivência harmônica dos mais variados grupos sociais. Dentro desse conjunto de normas, destaca-se o Princípio da Legalidade, consagrado em nossa Constituição no art. 5º, inciso II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

[...]

A observância dos princípios processuais não significa a busca da impunidade e nem mesmo um incentivo à criminalidade. Se o Estado estiver devidamente aparelhado este conseguirá por meio de procedimentos lícitos produzir as provas necessárias que possam demonstrar a culpabilidade de um acusado, ainda que o crime praticado pelo infrator possa causar repulsa aos seus semelhantes em razão de preceitos éticos ou morais.²³⁸

Da mesma forma que não se permite que agentes da ABIN atuem em transbordo de suas atribuições legais, o mesmo se aplica à questionada atuação da CGU em investigações criminais. É válido transcrever passagem do voto do ilustre Ministro:

Ora, se uma lei determina, expressamente, frise-se bem, as funções e o modus operandi da ABIN, não é aceitável que tais limitações sejam extrapoladas, ainda mais, porque o rol de funções disposto na Lei não permite uma interpretação elástica e em desconformidade com o espírito do legislador.

[...]

Não foi por motivo diverso que o douto Procurador da República, que opinou nos autos, asseverou de forma categórica:

... omissis...

‘13. Sim, porque como órgão central do Sistema Brasileiro de Inteligência (Lei nº 9883, de 1999, atr. 3º, caput), a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN - não deve, sob nenhum pretexto, atuar além de sua competência institucional, que se encerra: (i) no conhecimento e na execução de ações, sigilosas ou não, destinadas à colheita e à análise de informes, que vierem a ser considerados necessários ou úteis ao assessoramento da Presidência da República; (ii) no planejamento, na execução e na proteção de conhecimentos sensíveis, relativos à segurança do Estado e da sociedade; (iii) na avaliação de ameaças, internas e externas, à ordem constitucional; e (iv) na

²³⁶ Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus 149250/SP, 2011.

²³⁷ BRASIL. **Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999**. Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 8 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19883.htm>.

²³⁸ Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus 149250/SP, 2011.

formação e desenvolvimento de recursos humanos, na elaboração de uma doutrina de inteligência e na realização de estudos em ordem a aprimorá-la (Lei nº 9883, de 1999), art. 4º, caput, I a IV)

14. **À natureza exauriente** desse elenco de atribuições, cabe agregar o óbice ao compartilhamento dos dados, coligidos em razão do seu exercício, que só pode ser removido pelo Chefe do Gabinete Institucional da Presidência da República, em benefício das autoridades dotadas de poderes para solicitá-los, que, mesmo assim, comprometem-se com a guarda do sigilo legalmente imposto, pena da triplíce responsabilidade administrativa, civil e criminal (Lei nº 9893, de 1999, art. 9º, caput, e § § 1º e 2º).

...omissis...

16. Remarque-se: uma coisa é a Agência Brasileira de Inteligência – ABIN – representar ao Departamento de Polícia Federal, sugerindo que as autoridades, nele lotadas, cuidem de desvendar um fato de que os seus agentes vieram a tomar conhecimento; outra, bem diferente, é ocultar pessoas a seu serviço em investigações em curso, com o fito de propiciar a prática, por elas, de atos reservados a agentes policiais, a exemplo da manipulação e da análise de diálogos captados por eficiência de interceptações telefônicas, como ocorreu no caso vertente (fls. 2.731/2.733 - vol. 11)²³⁹.

Ao final, conclui em seu voto “que todas as provas colhidas por agentes da ABIN e pelo investigador particular contratado indevidamente, no curso da operação, são ilícitas”²⁴⁰, reconhecendo, ainda, a usurpação das atribuições da Polícia Judiciária:

Assim, no caso em exame, indubitoso que as investigações efetivadas pela ABIN, fora de suas atribuições legais elencadas e limitadas, expressamente, no art.4º, da Lei 9.883/99, em verdadeira usurpação de suas funções e com indisfarçável desvio de poder, na medida em que foi contratado um ex-agente do SNI para realizar atos próprios da polícia judiciária e, o que é mais grave, pago com verbas secretas, ou seja, dinheiro público, sem previsão legal para tanto, constituem uma das mais graves violações ao Estado Democrático de Direito.

Portanto, inexistem dúvidas de que as referidas provas estão irremediavelmente maculadas, devendo ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam destituídas de qualquer eficácia jurídica, consoante já demonstrado acima pela doutrina pacífica e lastreada na torrencial jurisprudência dos nossos tribunais.²⁴¹

Importante consignar que o voto vencido, proferido pelo Ministro Gilson Dipp, não reconheceu a legalidade da atuação de tais agentes, mas apenas entendeu que o *Habeas Corpus* não comportaria esta alegação:

Por isso, toda a questão relacionada a essa suscitação, apesar das reconhecidas limitações legais legitimamente alegadas pelos impetrantes, é bom que se registre desde logo, diz respeito a matéria naturalmente sujeita à discussão mediante produção ou avaliação fática da prova.

Com efeito, a extensão, intensidade, modo, grau de autonomia ou desenvoltura, e, sobretudo, grau e intensidade do suposto desvio de suas finalidades institucionais, da colaboração da ABIN com a Polícia Federal, por certo reclamam o esquadrinhamento e a demonstração das ditas ações com ampla discussão dos personagens, objetivos e

²³⁹ Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus 149250/SP, 2011, grifo nosso.

²⁴⁰ Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus 149250/SP, 2011.

²⁴¹ Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus 149250/SP, 2011.

principalmente dos resultados das atividades assim caracterizadas para neles verificar a pretensa ilicitude.

Em outras palavras, para saber se, em face da exclusividade da atuação de polícia judiciária pela Polícia Federal, a atividade da ABIN em colaboração excedeu os limites constitucionais seria necessário avaliá-la e cotejá-la miudamente.²⁴²

O paralelo argumentativo com a situação da CGU é evidente. Dentre as atribuições da Controladoria-Geral não se encontra a de exercer o papel de Polícia Judiciária, órgão auxiliar da persecução penal, muito menos de executar, ainda que em conjunto com a autoridade competente, mandados de busca e apreensão. Não há previsão legal alguma que autorize servidores da CGU a adentrarem em domicílio alheio sem o consentimento do proprietário.

O acesso da CGU às provas penais revestidas de sigilo constitucional somente se legitimaria se houvesse lei específica prevendo tal possibilidade, não podendo, ainda que por analogia, ser admitida como uma espécie de assistente da Polícia Judiciária ou do Ministério Público.

Para além da ausência de previsão legal autorizativa, a remessa de cautelares penais probatórias, diretamente, pela Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público, à CGU para avaliação técnica, não é mera transferência de sigilo, mas verdadeiro compartilhamento tácito, burlando a necessidade de decisão do Juiz responsável pelas ditas cautelares.

Não custa repisar que nessa hipótese, por ampliar o espectro de violação ao direito fundamental atingido para a produção da prova - por ainda haver sigilo constitucional revestindo a informação - é sim, hipótese de compartilhamento de prova e, para tanto, não dispensa decisão judicial.

Na hipótese de haver decisão judicial autorizando a remessa da prova penal para a CGU, deve se observar o alcance da decisão: se autorizou a remessa para exame do órgão técnico ou se autorizou também o seu uso pela CGU, o que concederia aval para uso da prova penal em processos administrativos internos.

Interessa ao presente estudo o Enunciado n.º 20, de 26 de fevereiro de 2018, editado pela CGU, segundo o qual:

ADMISSIBILIDADE DO COMPARTILHAMENTO DE PROVAS ENTRE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS. O compartilhamento de provas entre procedimentos administrativos é admitido, independentemente de apurarem fatos imputados a pessoa física ou a pessoa jurídica, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça.

- Exposição de Motivos: Possibilidade de utilização de provas constantes de processo administrativo em face de pessoa física em processo administrativo contra pessoa

²⁴² Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus 149250/SP, 2011.

jurídica e vice-versa. Admissibilidade, excetuados nos casos protegidos por reserva de jurisdição ou sigilo legal.²⁴³

Esse enunciado se refere expressamente à circulação da prova entre processos administrativos conduzidos pela própria CGU.

É interessante pontuar que a CGU já tinha editado o enunciado nº 18, acerca da utilização de interceptação telefônica em seus processos administrativos como prova emprestada. Quando, em seguida, edita o de nº 20, amplia a admissão do compartilhamento de prova, inclusive aquelas revestidas de sigilo constitucional, como o bancário e o fiscal.

Não obstante o enunciado nº 20, ressalva a “reserva de jurisdição ou sigilo legal”²⁴⁴, o voto do Relator, condutor da aprovação do enunciado, nada diz a respeito de qualquer limitação nesse sentido.

É bem verdade que demonstra uma preocupação com a utilização de provas sigilosas, que possam afetar a intimidade do indivíduo. Contudo, a consequência dessa preocupação não é não utilizar a prova ou mesmo exigir decisão judicial para a sua utilização, mas apenas e tão somente impor o sigilo ao processo administrativo, inclusive com base na Lei de Acesso à Informação²⁴⁵.

Eis o que consta no voto do Corregedor Setorial das Áreas da Integração Nacional e Cidades Edilson Francisco da Silva:

18. Ocorre que não raras vezes a prova emprestada pode dizer respeito à vida privada e à intimidade do administrado, sendo, por essa razão, o acesso de terceiros não interessados deve ser limitado, a exemplo de informações fiscais, bancárias, diagnósticos médicos e outras informações pessoais.

19. Como medida de proteção à intimidade do administrado, postulado constitucional insculpido no art. 5º da Carta Magna, a Administração, após obter tais elementos por meio da prova emprestada, ainda estará legalmente impedida de dar-lhes publicidade, como determina, por exemplo, a própria Lei de Acesso à Informação:

[...]

20. Ora, é justamente a preocupação com a proteção dessas garantias fundamentais que justificam condicionantes legais mais severos para a própria obtenção de tais informações, sendo vedada a sua divulgação. O impeditivo legal da divulgação, no entanto, não se confunde com a proibição do uso de tais elementos dentro da própria Administração Pública no exercício do seu poder, ainda que em procedimentos

²⁴³ Controladoria Geral da União, 2014.

²⁴⁴ BRASIL. Controladoria Geral da União. **Voto do relator**. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/atividade-disciplinar/enunciados-em-atividade-disciplinar/arquivos/exposicao_motivos_enunciado_20.pdf>.

²⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 29 maio 2003. Lei de Acesso à Informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm>.

administrativos distintos, sendo indiferente a quem estão destinados, se pessoa física ou jurídica.²⁴⁶

Não obstante à louvável preocupação com a intimidade e vida privada do administrado, nada é dito acerca de como esse tipo de prova é obtido, muito menos se aborda qualquer necessidade de decisão judicial para que a prova penal circule no âmbito da administração pública.

Em suma, o compartilhamento da prova penal com a CGU enfrenta, de início, um problema de legalidade, haja vista a inexistência de lei prevendo tal hipótese. Segundo que, superado o problema da legalidade, jamais poderia ocorrer sem decisão do Juiz de Direito responsável pela cautelar probatória penal, cuja fundamentação não pode deixar de observar o princípio da proporcionalidade, em suas três acepções, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Terceiro que, a se guiar pelos seus próprios enunciados nº 18 e 20, ao circular livremente a prova penal, a CGU pode esvaziar por completo a proteção constitucional que recai sobre aquelas informações, pondo em risco o núcleo essencial do direito fundamental limitado para a produção da prova penal.

O problema pode se aguzar com a proeminência dada à CGU pela Lei nº 12.846/2013²⁴⁷, conhecida como Lei Anticorrupção. Isso porque esse diploma legal trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica a partir de fatos típicos ali definidos, em sua relação com a administração pública e, nesse contexto, celebrar acordos de leniência²⁴⁸.

A Lei Federal 12.846, de 01/08/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, trata da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas que praticaram atos contra a administração pública nacional ou estrangeira. Antes dessa lei, só se punia quem recebesse propina, isto é, o corrupto. A inovação está na responsabilização e possibilidade de punição do corruptor, do corruptor identificado como pessoa jurídica.²⁴⁹

Muitos de seus tipos, previstos nos incisos do art. 5º, possuem relação direta com tipos penais, de modo que a responsabilização administrativa da pessoa jurídica certamente pode redundar em uma ação penal contra algum integrante seu, ou vice-versa.

²⁴⁶ Controladoria Geral da União, Voto do relator.

²⁴⁷ BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 2 ago. 2013. Lei anticorrupção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>

²⁴⁸ “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. (BRASIL, Lei nº 12.846, 1 ago. 2013).

²⁴⁹ SADEK, Maria Tereza Aina. Combate à corrupção: novos tempos. *Revista da CGU*, Brasília, v. II, n. 20, 2019. p. 1281.

Justamente por esta relação umbilical entre processo penal e processo de processo administrativo de responsabilização, previsto no art. 8º da Lei nº 12.846/2013, é que surge o interesse em analisar, sob esse prisma, o compartilhamento da prova penal.

Segundo Renee do Ó Souza, a Lei nº. 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção, ao atribuir à CGU a legitimidade exclusiva, no âmbito da União, para celebrar acordo de leniência, conferiu-lhe protagonismo no combate à corrupção²⁵⁰.

Na hipótese de haver negociações em paralelo, de um lado um acordo de colaboração premiada, no âmbito penal, de outro o acordo de leniência, conduzido pela CGU, é preciso ter atenção para que eventual intercâmbio de elementos de prova se situe no plano do compartilhamento, com as limitações propostas neste trabalho.

Não custa renovar a crítica que se lança à multiplicidade de sanções e de agências de controle punitivo. Lembrando que, antes dessa Lei, já existia a responsabilidade penal, a responsabilidade administrativa com sanções previstas na Lei de Licitações, a responsabilidade por atos de improbidade, bem como a responsabilidade administrativa disciplinar. Sob a perspectiva do *ne bis in idem*, Keity Saboya registra:

No caso do Estado Brasileiro, chega a ser paradoxal a pouca funcionalidade do princípio do *ne bis in idem*, cuja operatividade vem, desde sempre, relegada a um plano secundário, reprimida pela realidade perversa das fragmentadas e desorganizadas estruturas estatais responsáveis pela criação e aplicação das normas punitivas.²⁵¹

É fato que a responsabilização estabelecida na Lei Anticorrupção recai sobre a pessoa jurídica que, em tese, não se confunde com a pessoa física, o que pode representar uma possibilidade de que não haveria, na hipótese, violação ao *ne bis in idem*.

Seja como for, é preciso estar atento para que o compartilhamento da prova penal não caracterize mais um fator de supressão de direitos fundamentais, não somente por ampliar o acesso a informações sigilosas do investigado, mas também por viabilizar uma resposta sancionatória do Estado com um matiz deveras desproporcional.

Sob a ótica probatória, o problema que surge é o transporte da prova penal, extraída da ação penal, para a esfera administrativa, a fim de que lá se instrua o processo de responsabilização.

Duas perspectivas se abrem, portanto:

²⁵⁰ SOUZA, Renee do Ó. **Os efeitos transversais da colaboração premiada e do acordo de leniência**. Belo Horizonte: editora D'Plácido, 2020. p. 41.

²⁵¹ SABOYA, Keity. **Ne bis in idem**: história, teoria e perspectivas. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 272.

A primeira é se a prova transportada diz respeito ao réu, pessoa física. Seu sigilo bancário, fiscal, telefônico, telemático, epistolar, documentos apreendidos em sua residência, seriam levados para um processo administrativo que, em tese, tem no polo passivo outra pessoa, a jurídica.

A segunda é mais simples, pois se a prova colhida diz respeito à própria empresa, o problema não é o mesmo, já que ela será a parte que integra o polo passivo do processo administrativo.

Além da responsabilidade administrativa, a Lei prevê, em seu art. 18 e seguintes, a responsabilização judicial para algumas sanções específicas, previstas no art. 19.

É possível notar alguma diferença entre o transporte da prova penal para um processo administrativo e para um processo judicial, sendo certo que para aquele deve se exigir um rigor maior na fundamentação da decisão que defere o compartilhamento.

Se a responsabilização é da empresa, é preciso ter cuidado ao se transportar a prova penal e, com isso, expor indevidamente informações sigilosas de pessoas físicas, investigadas no procedimento criminal, sem que haja a efetiva necessidade de acesso a essas informações para se processar a pessoa jurídica.

Por fim, o problema da ausência de previsão legal prevendo e regulamentando o transporte da prova penal para o processo administrativo de responsabilização é um problema que recai sobre todo o tipo de compartilhamento, notadamente o heterogêneo.

Nenhuma autoridade administrativa, como Polícia Judiciária ou Ministério Público, está autorizada a remeter cópia das cautelares penais probatórias para o órgão administrativo com atribuição para o Processo de Responsabilização, previsto na Lei Anticorrupção. Por implicar em nova restrição ao direito fundamental atingido pela produção da prova, jamais pode dispensar decisão judicial.

A decisão judicial que autoriza o transplante da prova penal para o processo administrativo de responsabilização deve considerar aspectos do processo de destino, até para avaliar a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida pretendida, sempre cuidando para que a intimidade e vida privada do investigado continue sendo respeitada em seu núcleo essencial.

Certo é que os Acordos de Cooperação Técnica, celebrados pela CGU, que disciplinam o compartilhamento da prova penal não são leis em sentido estrito e, por isso mesmo, não atendem ao postulado do princípio da legalidade. A circulação da prova penal para a CGU pode propiciar, além da violação ao sigilo constitucional da informação contida no elemento de

prova, um desvirtuamento de sua função, na medida em que, por melhores que sejam os propósitos, não há lei específica a definindo e estruturando como agência anticorrupção.

Na construção de um sistema de combate efetivo à corrupção é importante o fortalecimento de agências especializadas. O problema, *ab ovo*, que surge é a inexistência de regramento legal para que a CGU assim atue, principalmente para que manuseie provas penais obtidas mediante supressão de direitos fundamentais, passando a agir como mais um protagonista do sistema de repressão penal como se polícia judiciária fosse.

5. ANÁLISE DO COMPARTILHAMENTO À LUZ DO PROCESSO DE ORIGEM

5.1. COMPARTILHAMENTO E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA

No capítulo anterior as hipóteses de compartilhamento da prova penal foram examinadas à luz das especificidades do processo de destino. No presente, pretende-se examinar uma hipótese específica de compartilhamento a partir de um específico meio de investigação ou de obtenção de prova, qual seja, a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas.

Justifica-se essa abordagem na medida em que, para as interceptações telefônicas e telemáticas, a Constituição teria, para alguns, permitido tão somente para fins de investigação criminal, sendo certo que, a confirmar essa assertiva, a circulação do elemento de prova obtido mediante interceptação telefônica encontraria vedação constitucional expressa.

Esclareça-se, a propósito, que a recente Lei nº 13.964/19, conhecida como Pacote Anticrime²⁵², adicionou na Lei nº 9.296/96 o art. 8º-A, normatizando a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. Ao receber o mesmo tratamento legal da interceptação telefônica, segundo o art. 8º-A, §5º, as considerações ora tecidas também se aplicam àquele meio investigativo de obtenção de prova.

5.1.1. Breve confronto com o encontro fortuito de provas²⁵³

O elemento de prova obtido mediante interceptação telefônica pode circular para outras searas ante o regramento próprio do encontro fortuito de prova, ou mesmo a partir de seu compartilhamento.

Para Marcelo Marcante

os conhecimentos fortuitos (descoberta ocasional ou achado causal) são aqueles adquiridos durante a execução de um meio de obtenção de prova invasivo ao direito fundamental (intimidade, inviolabilidade domiciliar, sigilo telefônico e outros), os quais não correspondem à finalidade imediata da investigação criminal que autorizou a respectiva medida, podendo afetar tanto as pessoas alvo da investigação como terceiros. Assim, está-se diante de uma medida de obtenção de prova legalmente

²⁵² BRASIL, Lei nº 13.964, 24 dez. 2019.

²⁵³ Não sem razão o “encontro fortuito de provas” é abordado no capítulo que trata da interceptação telefônica. Embora a discussão tangencie qualquer meio investigativo ou probatório que atinja direito fundamental, segundo Marcante, foi com a edição da Lei nº 9.296/96 que o assunto passou a ser discutido no Brasil. Isso porque, ainda segundo o autor, “as interceptações telefônicas consistem no meio de obtenção de prova mais fértil para o desenvolvimento da temática”. (MARCANTE, 2020, p. 163).

executada que, ocasionalmente, implica a descoberta de informações novas, até então desconhecidas, e para as quais a medida investigativa não se destinava.²⁵⁴

Escaparia aos propósitos deste trabalho enveredar-se pelo instituto do encontro fortuito de provas. Contudo, traz-se conceituação básica acerca do que se fazer quando se encontra prova no curso de um meio investigativo ou meio probatório, a fim de fazer a devida distinção em face do compartilhamento da prova penal.

Luiz Francisco Torquato Avolio aborda a divergência doutrinária acerca do encontro fortuito de provas em interceptação telefônica. Traz doutrina que veda qualquer uso da prova encontrada fortuitamente, passando pelos defensores de que se deve dar à prova o tratamento de notícia crime, chegando àqueles que defendem seu uso somente nas hipóteses de conexão, continência e concurso de crimes²⁵⁵.

Em semelhante abordagem, Alexandre Moraes da Rosa, Philippe Benoni Melo Silva e Viviani Silva:

Três são os possíveis entendimentos quanto à prova fortuitamente obtida: 1) é válida, 2) é válida somente se houver vinculação causal e 3) pode ser empregada como *notitia criminis* para futura investigação. A ideia de validade tem base no ‘interesse público’, acolhendo amplo conhecimento. O segundo entendimento exige que se evidencie a pertinência entre o bem apreendido e a causa ensejadora da realização da busca, considerando que o excesso no cumprimento da medida (*fishing expedition*) pode contaminar a prova e que a decisão que não delimita a diligência torna toda apreensão ilegal. O terceiro raciocínio sugere a legalidade da prova, que, todavia, deverá ser aplicada na investigação de eventual crime.²⁵⁶

Pretende-se, sinteticamente, demonstrar que nem todo encontro fortuito implica em compartilhamento. Na primeira hipótese, o elemento de prova pode ser transferido para o processo de destino sem qualquer utilização no processo de origem onde a prova foi produzida, caracterizando mera circulação do elemento de prova. Já o compartilhamento pressupõe a utilização do elemento de prova tanto no processo de origem como no destino²⁵⁷, vale dizer, além de circular para ser utilizado em um processo importador da prova, o elemento de prova continua sendo utilizado no processo que a exportou.

Sendo assim, nos vemos diante de alguns exemplos:

²⁵⁴ MARCANTE, Marcelo. **Limites à atividade probatória**: proibições de prova, conhecimentos fortuitos e compartilhamento de provas no processo penal. Florianópolis: EMais Editora, 2020, p. 151.

²⁵⁵ AVOLIO, Luiz Francisco T. **Provas ilícitas**: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6. ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 200.

²⁵⁶ ROSA; SILVA; SILVA, 2019, p. 60.

²⁵⁷ Segundo o dicionário Houaiss, compartilhar significa “repartir, partilhar”, já “partilhar” significa “dividir, usar junto com”. Assim, compartilhar a prova é permitir que ela seja utilizada, conjuntamente, pelo menos em dois locais distintos; e partilhar, dividir seu uso, usar a prova tanto no processo em que foi produzida como naquela para a qual foi transportada. (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Pequeno Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. São Paulo: Moderna, 2015. p. 231).

- Situação 1: no curso de uma interceptação, encontram-se elementos de prova que não guardam qualquer relação com o fato objeto de investigação. Tais elementos podem ser tratados como “notitia criminis”, encaminhando-se para que a autoridade com atribuição instaure procedimento investigativo²⁵⁸.
- Situação 2: elementos de prova obtidos, que tenham relação direta com o fato objeto de investigação, tangenciam pessoas até então não investigadas ou processadas²⁵⁹. Esses elementos podem ser utilizados no próprio processo, caso haja a inserção desses novos personagens, ou migrar para outro feito, de natureza criminal, caracterizando a hipótese de compartilhamento homogêneo. A rigor, sequer seria encontro ou conhecimento fortuito, mas sim conhecimento de investigação²⁶⁰.
- Situação 3: colhem-se elementos de prova relacionados diretamente com os fatos e pessoas do próprio procedimento investigativo. Ocorre que tais fatos também podem interessar a outras instâncias sancionatórias, como a administrativa disciplinar, improbidade administrativa ou mesmo a fiscal.

5.1.2. Da circulação do elemento de prova obtido em interceptação telefônica e telemática

A Constituição, em seu art. 5º, XII, consagra o direito fundamental à inviolabilidade das comunicações telefônicas e telemáticas, ressaltando a possibilidade de sua restrição,

²⁵⁸ Defende Avolio que eventuais elementos de prova descobertos fortuitamente não poderiam ser utilizados em processo penal distinto, salvo se houver conexão ou continência. (AVOLIO, 2015, p. 203).

Já para Ricardo Sidi, “a prova fortuitamente encontrada por meio de interceptação só terá validade se o crime que ela revelar for daqueles que admita interceptação, independentemente denexo causal ou de conexão com o crime que ensejou a medida”. (SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 293).

²⁵⁹ Para Avolio, haveria diferença em relação à situação 1, na medida em que seria o mesmo objeto da prova e, por isso, não seriam fatos descobertos fortuitamente. Lembra o autor que a interceptação pode se dar até mesmo em face de pessoa indeterminada, se a investigação visar justamente descobrir a autoria delitiva. (AVOLIO, 2015, p. 202). O STJ teve oportunidade de enfrentar o tema ao julgar o RHC 28.794, decidindo que: “É certo que a descoberta de fatos novos advindos do monitoramento judicialmente autorizado pode resultar na identificação de pessoas antes não relacionadas no pedido da medida probatória, mas que possuem estreita ligação com o objeto da investigação. Tal circunstância não invalida a utilização das provas colhidas contra esses terceiros - fenômeno da serendipidade”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 84.426/DF**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 4 de outubro de 2018).

²⁶⁰ A doutrina, escorada nas lições de Manuel da Costa Andrade, distingue conhecimento de investigação de conhecimento fortuito. “Para Andrade, conhecimentos de investigação seriam os fatos apurados numa interceptação que tenham relação com os crimes que são diretamente objeto da investigação e que ensejaram o deferimento da medida, enquanto conhecimentos fortuitos se refeririam a outros crimes verificados na comunicação captada”. (SIDI, 2016, p. 288).

mediante decisão judicial, nos termos da lei, “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Ao longo das últimas três décadas, a possibilidade de empréstimo²⁶¹ dos elementos de prova obtidos mediante interceptação foi objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial, culminando em certa pacificação nos Tribunais. Alencar sintetiza as duas posições doutrinárias mais destacadas sobre a possibilidade de empréstimo para processos não penais:

A doutrina se dividiu na interpretação do dispositivo constitucional. Enquanto Talamini (1998, p. 158), Gomes (1997, p. 76-74) e Greco Filho (2009, p. 23) têm como impossível o empréstimo das gravações obtidas por interceptação telefônica para procedimento de natureza não penal, Barbosa Moreira (apud TALAMINI, 1998, p.157), Grinover, Scarance e Magalhães (1997, p. 183) admitem o transporte da prova nas mesmas circunstâncias, porque, uma vez rompida a intimidade, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar.²⁶²

Os autores que defendem a possibilidade de circulação do material probatório produzido em interceptação telefônica recorrem àquela criativa metáfora de Barbosa Moreira²⁶³, segundo a qual “não se pode arrombar um cofre já arrombado”²⁶⁴.

Embora criativa e, por que não, irreverente, essa alusão ao “cofre arrombado”, com a devida vênia ao grande Jurista, não é a melhor forma de se abordar o tema atinente à flexibilização de direitos fundamentais²⁶⁵.

O Superior Tribunal de Justiça tem admitido, sob a ótica da prova emprestada, a utilização em processo administrativo disciplinar de provas produzidas em outras esferas²⁶⁶. Não obstante, essa súmula não se refere especificamente à interceptação telefônica e telemática; o STJ tem amparado o empréstimo desse tipo de prova naquele enunciado²⁶⁷.

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir a questão de ordem no Inq. 2424, firmou jurisprudência no sentido da possibilidade de empréstimo, para processo administrativo disciplinar, de prova decorrente de interceptação telefônica:

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.

²⁶¹ Sobre prova emprestada e sua distinção em face do compartilhamento, ver também capítulo 2.1 deste.

²⁶² ALENCAR, Claudio Demczuk. O uso da prova emprestada no processo penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 49, n. 193, jan./mar., 2012, p. 293.

²⁶³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. São Paulo: Revista de Processo, n. 84, 1996. p. 151.

²⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 219.

²⁶⁵ Sobre o aspecto acerca da preservação ao núcleo essencial do direito fundamental, ver também capítulo 3.1.1. deste.

²⁶⁶ Segundo a Súmula nº 591: “É permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa. (Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 591, 2017).

²⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 25.131/DF. Processo nº 2019/0103915-9. Relator: Min. Herman Benjamin, julgado em 27 de novembro de 2019. **Diário da Justiça**: seção 1, 8 de maio de 2020.

Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos. (Inq 2424 QO, Relator: CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2007).²⁶⁸

Pretende-se, assim, examinar o compartilhamento da prova penal decorrente de interceptação telefônica, à luz da teoria dos “limites aos limites”, para, ao final, concluir pela impossibilidade em sua modalidade heterogênea, haja vista o regramento constitucional e legal claramente restritivo ao âmbito penal.

5.1.3. Da reserva legal qualificada para a restrição ao direito fundamental à inviolabilidade das comunicações telefônicas, telemáticas e epistolares

Uma das limitações às restrições dos direitos fundamentais é o princípio da legalidade, vale dizer, a restrição ao direito fundamental apenas se legitima se houver amparo em lei.

Deve-se rememorar que a restrição ao direito fundamental pode ser simples ou qualificada²⁶⁹. Ensina Virgílio Afonso Da Silva que:

Direitos fundamentais submetidos a reserva legal simples são aqueles direitos garantidos por dispositivos constitucionais que mencionam de forma genérica a possibilidade de intervenção legal em seu âmbito. O que se quer dizer com isso é que a constituição não impõe parâmetros para a lei interventora, apenas menciona a possibilidade dessa intervenção.²⁷⁰

O mesmo autor vale-se da doutrina de Canotilho e Vital Miranda para definir a reserva legal qualificada, segundo a qual "a Constituição remete para a lei apenas a delimitação de um aspecto específico do âmbito de um determinado direito fundamental, cabendo então à lei executar essa delimitação"²⁷¹.

Interessante que Virgílio Afonso da Silva, ao explicar o conceito de reserva legal qualificada na Constituição brasileira, traz como exemplo doutrinário justamente a garantia prevista no art. 5º, XII, da qual se trata no presente tópico:

No caso da constituição brasileira, Gilmar Ferreira Mendes menciona os seguintes dispositivos constitucionais como garantidores de direitos fundamentais submetidos

²⁶⁸ Supremo Tribunal Federal, Inquérito 2424/DF, 2007.

²⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 392.

²⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso. **Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 607.

²⁷¹ CANOTILHO, MIRANDA apud SILVA, 2009, p. 607.

a reserva legal qualificada: art. 5º, XII (sigilo de correspondência), XIII (liberdade profissional) e LX (restrição da publicidade processual).²⁷²

Ao votar na Questão de Ordem no Inq. nº 2424, *leading case* sobre empréstimo de prova produzida mediante interceptação telefônica, não obstante ter sido favorável à utilização externa da prova, como se verá adiante, o Ministro Gilmar Mendes reafirmou sua posição acerca da reserva legal qualificada:

Na doutrina, dizemos que este é um típico, clássico caso de reserva legal qualificada, tal como ocorre em relação à própria liberdade de exercício profissional. O Tribunal também reconheceu que aqui há a necessidade de uma reserva de lei qualificada. Esse é o embaraço que suscita o tema. Claro, se uma lei autorizasse a interceptação telefônica, para fins processuais civis ou de investigação administrativa, não teríamos dúvida em considerá-la claramente, chapadamente inconstitucional.²⁷³

O Poder Legislativo brasileiro, atento aos limites impostos pela Constituição, cômico de que se trata de reserva de lei qualificada, editou a Lei nº 9.296/96²⁷⁴ limitando-se a executar o que o inciso XII estabeleceu: a regra é a inviolabilidade; a exceção admite-se, para fins penais.

De início, o seu artigo 1º foi claro ao estabelecer que a interceptação de comunicações telefônicas seria para obter prova em investigação criminal e em instrução processual penal. Mais adiante, incluiu a regra do art. 8º, que impõe o sigilo justamente para que o resultado da prova fique jungido àquele processo ou procedimento criminal²⁷⁵.

Em resumo, a Constituição erige a proteção ao sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas à condição de direito fundamental e, excepcionalmente, delega ao Poder Legislativo a competência apenas para disciplinar a sua restrição, para fins de investigação criminal, já que se trata de reserva legal qualificada.

Se o Poder Legislativo recebeu do Constituinte originário âmbito de atuação limitado, assim também deve ser para o Poder Judiciário, até porque as limitações às restrições aos direitos fundamentais também lhes são oponíveis.

²⁷² SILVA, Virgílio Afonso. **Os direitos fundamentais e a lei**: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 607.

²⁷³ Supremo Tribunal Federal, Inquérito 2424/DF, 2007.

²⁷⁴ BRASIL. Lei nº 9.296, 24 jul. 1996.

²⁷⁵ É evidente que o sigilo ali previsto não pode ser oposto ao investigado e seu defensor, com a ressalva de haver diligência em curso, conforme a súmula vinculante nº 14. Justamente por isso, como ressalva Sidi, que a cautelar probatória deve ser autuada em apenso, a fim de evitar que seja óbice ao acesso ao inquérito em si mesmo, pelo investigado, enquanto a diligência estiver em curso (SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 278).

5.1.4. O empréstimo da prova nas interceptações telefônicas na Questão de Ordem nº 2424

Em abril de 2007, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da Questão de Ordem no Inq. 2424, em que se assentou a possibilidade de empréstimo de prova decorrente de interceptação telefônica. Esse precedente serve de *leading case* para todos os julgados posteriores, inclusive contribuiu para a formulação da súmula 591, do STJ.

O Relator, Ministro Cezar Peluso, inicia seu voto apresentando a cizânia doutrinária acerca da possibilidade de utilização em processo não penal de provas decorrentes de interceptação telefônica. Em seguida, estabelece a distinção entre a produção da prova e a sua utilização. Acerca da produção, sustenta que o combate a crimes graves não pode ser obstado pela preservação irrestrita da intimidade do indivíduo, devendo ceder em face do interesse público em se conferir eficiência na persecução penal. Segue o Ministro Peluso:

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 mingua 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 consequências 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 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 taxonomia diversa.²⁷⁶

Sustentou o Ministro Peluso que a utilização de tais provas em processos cíveis ou administrativos disciplinares não implicaria em nova ruptura da intimidade atingida para a produção da prova:

[...] isso, 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.²⁷⁷

Invoca, ainda, o mesmo interesse público que justificou, no âmbito penal, a restrição ao direito à intimidade, como fundamento para a utilização do resultado da prova em âmbito não penal, ressaltando, ainda, que entendimento diverso impediria o Estado de aplicar a sanção adequada ao ilícito administrativo para a “restauração da integridade do ordenamento jurídico”, bem como obstaría a atuação dos órgãos correcionais.

²⁷⁶ Supremo Tribunal Federal, Inquérito 2424/DF, 2007.

²⁷⁷ Supremo Tribunal Federal, Inquérito 2424/DF, 2007.

Arremata o ínclito Ministro Peluso afirmando que o fato já seria de conhecimento do Estado, de um modo geral, e o que o empréstimo de tais provas nada mais representaria do que uma “transferência de sigilo”.

A tese do Relator foi acompanhada pelos demais julgadores, à exceção do Ministro Marco Aurélio Mello, para quem não se poderia tornar a exceção – interceptação telefônica – em regra. Para o Ministro, a Constituição foi clara ao estabelecer a finalidade de investigação criminal ou processo penal para que se flexibilize o direito fundamental previsto no inciso XII.

De seu voto extrai-se o seguinte excerto:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, não vejo como posso abandonar a leitura que faço dessa Constituição tão mal-amada, a Carta de 1988, para chegar praticamente à transformação da exceção em regra; a generalização de algo que se quer restrito, que se quer voltado ao objetivo único: a investigação criminal ou instrução processual penal. Que se aguarde, sem precipitações, sem atropelos, sem a eleição de gênese da vida, o desfecho de uma possível – que ainda não existe – ação penal para que, a partir do que estampado no título “executivo condenatório”, chegar-se a providências. Ou, então, que se levantem meios legítimos – e, para mim, a extensão da quebra do sigilo não o é – no campo administrativo. A não ser assim, a limitação contida na parte final do mencionado inciso XII não terá significado que a ela, limitação, é própria.²⁷⁸

O voto condutor do Ministro Peluso segue a linha da doutrina citada diversas vezes nesse trabalho, especialmente quando se tratou da preservação do núcleo essencial do direito fundamental²⁷⁹, segundo a qual estaria permitido o empréstimo de prova decorrente de interceptação telefônica pois a intimidade já teria sido devassada, não havendo mais nenhum sigilo a ser preservado²⁸⁰.

Essa abordagem defende a necessidade de preservação do núcleo essencial do direito fundamental atingido para a produção da prova, e que a sua supressão não deve se traduzir em aniquilação. Em outras palavras, mesmo com a autorização para realizar-se uma interceptação telefônica ou telemática, ainda assim há sigilo e intimidade a serem preservados no conteúdo dos elementos de prova obtidos.

A circulação desse tipo de elemento de prova, conforme já desenvolvido, implica em novas e sucessivas mitigações do âmbito de proteção do direito fundamental previsto no art. 5º, XII, da CF.

²⁷⁸ Supremo Tribunal Federal, Inquérito 2424/DF, 2007.

²⁷⁹ Ver também capítulo 3.1.1 deste.

²⁸⁰ É a doutrina de: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. São Paulo: Revista de Processo, n. 84, 1996. p. 151. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 219.

Entender que se permite o empréstimo desse tipo de prova porque não haveria mais intimidade a ser preservada, é admitir que o direito fundamental foi esvaziado em seu núcleo essencial²⁸¹.

Merece atenção o art. 8º, da Lei nº 9.296/96, que é expresso ao determinar a preservação do sigilo das diligências, gravações e transcrições das informações colhidas mediante a interceptação. Não houvesse sigilo a ser preservado após a interceptação, não haveria razão de ser a existência do art. 10, da mesma Lei, que tipifica a conduta de “quebrar segredo de Justiça”²⁸².

O sigilo previsto no art. 8º, inicialmente, é imposto ao sujeito interceptado, temporariamente, como forma de se conferir efetividade à medida²⁸³. Em nome do direito à ampla defesa e ao contraditório, é o primeiro que se levanta em favor do investigado, persistindo em face daqueles que não guardam relação com o procedimento criminal.

O art. 8º da Lei de Interceptação Telefônica possui estrutura de regra e não de princípio, por isso, segundo Vieira, incide no modo “tudo ou nada”²⁸⁴. Segundo o Autor, há uma ordem

²⁸¹ O Boletim do IBCCRIM nº 218, de Janeiro de 2011, veiculou decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região - 3ª Turma - AI 2008.05.00.001982-4 (0001982-92.2008.4.05.0000) Relator Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima, donde se extrai o seguinte excerto, em que se sustenta o respeito ao sigilo remanescente das informações contidas nos elementos de prova obtidos em interceptação telefônica: “[...] No caso dos autos, deferida, em juízo criminal, a quebra do sigilo telefônico e, ao final, absolvido o réu, pretende o Ministério Público, ao ensejo da propositura de ação de improbidade, em derredor de fatos afins, a utilização da prova produzida no juízo penal. É verdade que na hipótese não ocorre a coisa julgada impeditiva do agir ministerial em sede administrativa ou civil, daí a regularidade do manejo da ação de improbidade. Os fatos argüidos aqui, na ação de improbidade, são mais amplos do que aqueles de que cuidou o processo penal findo. Resolvido, pela sentença penal, a não configuração do peculato atribuído ao réu, tal não significa que os fatos não configurem ato de improbidade. Afinal, a absolvição não se fundou em pretensão negativa de autoria. Mas o assunto específico de que cuida o agravo é outro. É que o juízo de primeiro grau, embora haja admitido a propositura da ação de improbidade, indeferiu a pretensão do Parquet de transladar para os autos da ação de improbidade as transcrições das conversas telefônicas colhidas no processo penal. Não é possível. O interesse na preservação do sigilo das comunicações telefônicas, assegurado na constituição, só cede diante do interesse maior existente na apuração dos crimes e de sua persecução. A distinção pretendida pelo Ministério Público, entre o sigilo das comunicações e o das transcrições já convertidas em documento é artificial e, com todo o respeito, impertinente, ainda que tenha em seu favor precedente de voto proferido por ilustre integrante do Supremo Tribunal Federal. Penso, porém, que não errou o julgador planicial. **O fato do sacrifício do sigilo haver sido decretado no juízo penal não converte as comunicações telefônicas em públicas ou utilizáveis no juízo cível. O sigilo permanece**, ainda que com a mácula deixada pelo processo penal. Permitir, no juízo cível, o uso de conversas telefônicas interceptadas mediante autorização judicial egressa de feito criminal constitui afronta clara ao texto explícito da Carta Política. **A conversão da comunicação em documento escrito não lhe altera a natureza nem lhe reduz a proteção que o texto constitucional lhe dá**. Ao ensejo é sempre útil lembrar que as normas constitucionais interpretam-se extensivamente, ou dito da forma clássica: delas se deve extrair o maior conteúdo e significado possível. D’outra parte, em juízo preliminar de agravo não seria mesmo razoável sacrificar o sigilo, sabido que tais sacrifícios são irrevogáveis e irreparáveis”. (BOLETIM [do] Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, São Paulo, n. 218, jan. 2011 – Mensal).

²⁸² “Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas. Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”. (BRASIL, Lei nº 9.296, 24 jul. 1996.).

²⁸³ VIEIRA, Renato Stanziola. Art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.296/96: considerações sobre sigilo, admissibilidade e valoração de elementos de informação. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. (orgs.). **Interceptação telefônica**: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 369-403. p. 375.

²⁸⁴ VIEIRA, 2017, p. 385.

clara para que se preserve o sigilo, o que motivou o Conselho Nacional de Justiça a editar a Resolução 59/2008 criando mecanismos práticos para preservar as informações. Houve uma escolha legislativa clara em favor do direito à intimidade, de modo que a ponderação de interesses foi resolvida no plano legislativo, anteriormente à edição da própria norma.

O princípio previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal admite ponderação. Mas a norma específica em comento (art. 8º, parágrafo único) tem estrutura de regra, que não a admite.²⁸⁵

Se partirmos da premissa segundo a qual o sigilo legal tem natureza de regra, ao recobrir e proteger as informações constantes nos elementos de prova obtidos mediante interceptação telefônica, telemática ou mesmo escuta ambiental, não cabe qualquer tipo de ponderação a fim de flexibilizá-lo e, com isso, promover a circulação de tais provas penais. Assim sendo, a jurisprudência contraria a Lei editada para regulamentar a interceptação telefônica e, conseqüentemente contraria texto expresso da Constituição, não somente o art. 5º, XII, mas também o próprio princípio da legalidade.

Após a quebra do sigilo das comunicações, ainda há resquícios de direito fundamental a ser preservado, na medida em que, segundo a teoria dos “limites aos limites”, as restrições aos direitos fundamentais não podem conduzir à sua aniquilação.

Defender que não existe mais sigilo a ser preservado, ou mesmo que se trata apenas de transferência de sigilo, é uma forma de potencializar a restrição ao direito fundamental, não somente sem amparo legal, o que violaria o princípio da legalidade, mas agindo contra lei expressa e, pior, contra texto constitucional expresso que limita o uso²⁸⁶ da prova ao âmbito penal.

Não sem razão Marcelo Marcante externa preocupação, sustentando que

[...] a legislação constitucional e infraconstitucional estabelece um limite taxativo para a utilização e destinação das informações obtidas por meio dos métodos ocultos de obtenção de prova ou, em outras palavras, verdadeiras proibições de provas que devem ser respeitadas no momento da investigação preliminar e da persecução penal, razão pela qual a admissibilidade irrestrita do seu compartilhamento configura uma distorção dos parâmetros previamente estipulados pelo legislador no momento da opção legislativa.²⁸⁷

²⁸⁵ VIEIRA, 2017, p. 386.

²⁸⁶ No Inq. 2424, o Ministro Peluso faz distinção entre “produção” da prova e seu “uso”. Segundo ele, a Constituição teria vedado a produção daquela prova em processos não criminais. Contudo, uma vez produzida, violada a intimidade, seu uso em outras esferas estaria permitido. Ora, com a devida vênia o inciso XII do art. 5º é claro ao dizer que se permite a interceptação para *fins* penais, ou seja, a finalidade da prova, ou seu uso, é para aparelhar a persecução penal. (Supremo Tribunal Federal, Inquérito 2424/DF, 2007).

²⁸⁷ MARCANTE, Marcelo. **Limites à atividade probatória**: proibições de prova, conhecimentos fortuitos e compartilhamento de provas no processo penal. Florianópolis: EMais Editora, 2020, p. 200.

Por mais que se utilize teses utilitaristas²⁸⁸, “no sentido de eficiência antigarantista”²⁸⁹, que se queira eficiência na resposta estatal *vis a vis* determinado ilícito, não se pode fugir da patente restrição constitucional à produção e, conseqüentemente, utilização da prova produto da interceptação no âmbito penal. Não é demais lembrar que o limite da eficiência da persecução penal é o respeito às garantias do investigado ou processado²⁹⁰.

De nada adiantaria proibir a produção dessa prova em processo não penal, mas assegurar a utilização de seu resultado probatório, mediante compartilhamento. É uma forma indireta de contornar a vedação constitucional²⁹¹.

A eventual importação/exportação de provas obtidas por meio dos métodos que acarretam violação aos direitos fundamentais deve ser tratada com maior rigor no âmbito processual penal, justamente para ser evitada a usurpação dos limites legais por uma via transversa, vale dizer, o compartilhamento de provas. Isso pois, o uso de provas obtidas por métodos que dependem de autorização judicial e que possuem destinação específica à persecução criminal – por exemplo – em sede de ação de improbidade administrativa, deve ser vedado, pois configura uma proibição de prova estabelecida pelo legislador.²⁹²

Difícil conceber a possibilidade de compartilhamento heterogêneo do produto da interceptação telefônica, por mais nobre que sejam os argumentos que busquem a eficiência das instituições sancionatórias não penais.

A impossibilidade de compartilhamento dessa prova não sufraga a impunidade. O sistema repressor penal possui institutos que permitem responder a qualquer infração grave. O que se poderia atingir com uma sanção disciplinar ou com as sanções previstas na lei de improbidade administrativa já compõem a resposta penal, tais como a perda do cargo público, função pública ou mandato eletivo como efeito da condenação (art. 92, I, CP), reparação dos danos (art. 91, I, CP e art. 387, IV, CPP), afastamento cautelar do servidor público (art. 319, CPP), suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, CF).

²⁸⁸ Marcante esclarece que “atualmente, o compartilhamento de provas funciona segundo uma lógica eficientista e utilitária, agravada pela introdução dos sistemas de informações e do processo eletrônico”. (MARCANTE, 2020, p. 197).

²⁸⁹ LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 116.

²⁹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (coords.). **Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 9.

²⁹¹ Grinover, Fernandes e Gomes Filho, há muito já advertiam do risco de utilização do processo penal apenas e tão somente para produzir a prova, como estratégia para se contornar a vedação para sua produção em procedimentos não penais. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2006, p. 220).

²⁹² MARCANTE, 2020, p. 200.

Por fim, a doutrina traz mais uma hipótese interessante: é possível compartilhar os elementos obtidos em cautelar de interceptação telefônica, vinculada à procedimento investigativo arquivado?

Por isso, inexistente a viabilidade jurídica de aproveitamento de elementos probatórios apurados em medida excepcional de interceptação telefônica agregados a um inquérito policial arquivado, em desobediência a chancela institucional que foi deferida ao Ministério Público, com exclusividade, pela Constituição Federal de 1988, sendo ilegal e abusivo o manuseio fora dos parâmetros normativos há muito conquistados.²⁹³

Agregue-se à discussão o princípio da vinculação causal da prova ao procedimento para a qual foi produzida, defendido por Aury Lopes Junior, ou mesmo o princípio da especialidade da prova, que possui o mesmo sentido, sustentado por Marcelo Marcante²⁹⁴.

5.1.5. Compartilhamento e interceptação telefônica à luz da teoria dos “limites aos limites”

Sendo a cautelar probatória de interceptação telefônica ou telemática meio de prova – ou de investigação – altamente compressor de direito fundamental²⁹⁵, interessa examinar a circulação dos elementos de prova colhidos a partir dele à luz da teoria dos limites às limitações aos direitos fundamentais, desenvolvida no Capítulo III deste trabalho.

O primeiro ponto a se considerar é que, mesmo se autorizando interceptação telefônica, sobre os elementos de prova obtidos ainda recai âmbito de proteção constitucional, na medida em que a intervenção no aludido direito fundamental somente se legitima se se respeita o seu núcleo essencial²⁹⁶.

Segundo que, ao se compreender que a cada nova circulação da prova se amplia a restrição ao direito fundamental atingido pela produção da prova, na hipótese de compartilhamento homogêneo, vale dizer, entre processos igualmente penais, não se depara com óbice constitucional. Contudo, em sendo o heterogêneo, aqui cabem todas as críticas tecidas sobre a utilização da prova em esferas não penais, notadamente aquelas desenvolvidas no subcapítulo anterior.

²⁹³ HORA, Nilo Cesar Martins Pompílio da. Empréstimo dos dados obtidos em medida cautelar de afastamento de sigilo telefônico. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. (orgs.). **Interceptação telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 367.

²⁹⁴ LOPES JR., 2018; MARCANTE, 2020.

²⁹⁵ SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações tecnológicas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

²⁹⁶ Ver também capítulo 3.1.1 deste.

Sendo a circulação probatória nova restrição ao direito fundamental, deve decorrer de expressa previsão legal²⁹⁷, bem como de decisão judicial devidamente fundamentada²⁹⁸.

Em resumo, a produção de prova mediante interceptação telefônica não convola as informações obtidas em documentos públicos²⁹⁹, na medida em que o âmbito de proteção constitucional não foi aniquilado. Admite-se o compartilhamento homogêneo desse elemento de prova, mediante decisão fundamentada proferida pelo Juízo que autorizou a produção da prova e, por isso, é o responsável pelo sigilo das informações ali contidas. Não obstante a forma pacífica com que a jurisprudência, hoje, cuida do tema, entendemos que o compartilhamento heterogêneo colide com a regra constitucional, segundo a qual o meio de prova somente pode ser utilizado para fins de persecução penal³⁰⁰.

5.2. COMPARTILHAMENTO E COLABORAÇÃO PREMIADA

Há relação direta entre a circulação da prova penal com a multiplicidade de instâncias sancionatórias, notadamente quando se está a falar em compartilhamento heterogêneo³⁰¹.

Se a partir de um mesmo fato diversas instâncias sancionatórias são acionadas, cada uma atuando a partir de seu processo próprio, não se pode deixar de analisar, ainda que perfunctoriamente, os efeitos em âmbito extra penal de um acordo de colaboração premiada.

Não obstante a colaboração premiada traga consequências diretas na sanção penal, é meio de prova, conforme exposto texto do art. 3º-A, da Lei nº 12.850/13. Assim, o acordo possui, ao menos, dois desdobramentos: um sancionatório e o outro probatório. O enfoque, portanto, restringe-se à projeção probatória nas instâncias sancionatórias não penais, como a improbidade e a administrativa disciplinar³⁰².

Vinicius Gomes de Vasconcellos levanta a problemática,

²⁹⁷ Ver também capítulo 3.1.2 deste.

²⁹⁸ Ver também capítulo 3.1.3 deste.

²⁹⁹ Interessante a distinção feita por Fábio Ramazzini Bechara entre “documento” e “documentação” da prova. As informações obtidas mediante interceptação telefônica possuem a força probante que lhe é probatória. O fato de ser registrada em documento, a sua documentação, não lhe atribui o valor probante de um documento, muito menos autoriza ser tratada como se mero documento fosse. (BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. Ciências Penais: **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, v. 8, n.14, p.315-343, jan./jun. 2011.).

³⁰⁰ MARCANTE, Marcelo. **Limites à atividade probatória: proibições de prova, conhecimentos fortuitos e compartilhamento de provas no processo penal**. Florianópolis: EMais Editora, 2020.

³⁰¹ Sobre compartilhamento heterogêneo da prova penal, ver também capítulo 2.2 deste.

³⁰² Sob o enfoque sancionatório, ao examinar os efeitos do acordo de colaboração na esfera não penal, Anamaria Prates Barroso sustenta que “não pode o colaborador se ver surpreendido com pena de demissão em processo administrativo disciplinar ou em ação de improbidade em razão da alegação do postulado da independência de instâncias”. (BARROSO, Anamaria Prates. A transversalidade do acordo de colaboração premiada e seus efeitos na demissão do servidor público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 157, p. 175-208, jul. 2019. p. 204).

além do compartilhamento das informações entre processos penais, aqui também surge a questão dos impactos do acordo de colaboração premiada em distintas esferas do Direito. Uma conduta ilícita, tipificada penalmente, pode ocasionar reflexos sancionatórios também nos âmbitos civil, administrativo e tributário, por exemplo.³⁰³

Walter Bittar traz em sua obra os reflexos extrapenais de um acordo de colaboração, tratando especificamente da improbidade administrativa, além de analisar os reflexos penais do acordo de leniência³⁰⁴.

Falando-se em compartilhamento homogêneo, vale dizer, para feitos de igual natureza criminal, quatro situações podem ocorrer, no que diz respeito à utilização da prova fornecida pelo colaborador.

A primeira é a frustração das negociações, antes mesmo de se formalizar e homologar o acordo. Caso, durante as negociações, o colaborador ultrapasse os limites cognitivos que o momento comporta e forneça alguma informação ou algum elemento de prova³⁰⁵, estabelece o art. 3º-B, §6º, da Lei nº 12.850/13, com redação dada pela Lei nº 13.964/19, que o celebrante dele não poderá fazer uso³⁰⁶.

A segunda diz respeito à rescisão do acordo, regularmente celebrado, por descumprimento ou inefetividade do colaborador. Nessa hipótese, o acordo é válido e, por isso, os elementos de prova apresentados podem ser utilizados.

Na terceira hipótese, o acordo é anulado e, com o reconhecimento de sua ilicitude, os elementos de prova obtidos também são considerados ilícitos, razão pela qual não podem ser utilizados³⁰⁷.

A quarta hipótese é disciplinada pelo art. 4º-B, §10, da Lei nº 12.850/13, que permite a utilização da prova contra terceiros quando houver retratação do acordo³⁰⁸.

Em se tratando de compartilhamento heterogêneo, é preciso ter atenção para que o instituto da colaboração premiada não se esvazie pela perspectiva de risco com o acionamento de outras instâncias sancionatórias, vale dizer, o colaborador fornece elementos de prova que, posteriormente, vêm a ser utilizados contra ele próprio em uma ação por ato de improbidade

³⁰³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Compartilhamento de Provas na Colaboração Premiada: Limites à Persecução Penal Baseada nos Elementos de Autoincriminação Produzidos pelo Delator. Porto Alegre: **RDU**, v. 15, n. 87, maio-jun. 2019. p. 11.

³⁰⁴ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 291.

³⁰⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Colaboração premiada no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 224.

³⁰⁶ “Art. 3º-B. [...] § 6º Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade. (BRASIL, Lei nº 12.850, 2 ago. 2013).

³⁰⁷ VASCONCELLOS, 2020, p. 129.

³⁰⁸ “Art. 4º-B [...] § 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. (BRASIL, Lei nº 12.850, 2 ago. 2013).

administrativa³⁰⁹ ou em processo administrativo disciplinar, com reflexos diretos no princípio que veda a não autoincriminação³¹⁰.

Justamente almejando conferir tratamento coeso entre os diversos seguimentos sancionatórios, a Lei nº 13.964/19, além de aprimorar a disciplina da colaboração premiada havida na Lei nº 12.850/13, altera a Lei de Improbidade Administrativa para inserir o art. 17, §1º e, com isso, admite acordo de não persecução cível.

Ocorre que idêntico dispositivo não existe para fins de responsabilidade disciplinar. Não obstante a doutrina traga a possibilidade de consenso na administração pública, reafirmada com as alterações inseridas na LINDB pela Lei nº 13.655/18, o Superior Tribunal de Justiça entende não ser possível estender ao âmbito disciplinar os benefícios firmados em colaboração premiada, a exemplo do que foi decidido no RMS 48.925/SP³¹¹.

No cenário ideal, o acordo de colaboração deve contemplar as diversas esferas sancionatórias, como aquele previsto na Lei de Improbidade, Acordo de Leniência, etc. Contudo, não sendo possível, a doutrina traz a possibilidade de se prever cláusula impeditiva de que a confissão, bem como os demais elementos de prova fornecidos pelo colaborador, não possa ser utilizada contra o próprio colaborador em outras esferas sancionatórias³¹². Essa posição encontra amparo no Estudo Técnico nº 01/2017, da 5ª Câmara de Coordenação de Revisão do MPF, bem como na Orientação Conjunta nº 1/2018 do MPF³¹³.

Agregue-se, ainda, a incidência do princípio da especialidade da prova, defendido por Marcante, segundo o qual a prova – e sua utilização – estaria vinculada ao processo na qual foi produzida ou obtida³¹⁴. De igual modo, Knijnik admite a circulação da prova penal, desde que “não esteja atrelada a uma finalidade específica”, sob pena de caracterizar desvio de finalidade em sua utilização³¹⁵.

³⁰⁹ “Para que se tenha como válido o compartilhamento da prova penal, advinda de acordo de colaboração, é necessário que haja pactuação integral, que envolva outros ramos do Direito, como forma de conferir segurança jurídica ao delator – e eventualmente à pessoa jurídica a qual integre –, além de eficácia ao instituto da delação. Seja como for, somente se admite a utilização, em ações de improbidade, da prova advinda, ainda que indiretamente, de acordo de colaboração, se a avença contemplou os atos ímprobos e previu benefícios também naquela seara, sob pena de se corromper a legitimidade da utilização da prova, cujo uso está condicionado à contrapartida estatal”. (CARVALHO, 2019b, p. 163).

³¹⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Compartilhamento de Provas na Colaboração Premiada: Limites à Persecução Penal Baseada nos Elementos de Autoincriminação Produzidos pelo Delator. Porto Alegre: **RDU**, v. 15, n. 87, maio-jun. 2019, p.12.

³¹¹ BARROSO, Anamaria Prates. A transversalidade do acordo de colaboração premiada e seus efeitos na demissão do servidor público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 157, p. 175-208, jul. 2019, p. 197-198.

³¹² VASCONCELLOS, 2020, p. 310.

³¹³ VASCONCELLOS, 2019, p. 16/17.

³¹⁴ MARCANTE, Marcelo. **Limites à atividade probatória**: proibições de prova, conhecimentos fortuitos e compartilhamento de provas no processo penal. Florianópolis: EMais Editora, 2020.

³¹⁵ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 81.

Em resumo, a circulação da prova penal decorrente da colaboração premiada deve observar a validade do acordo, se houve retratação, anulação ou rescisão, bem como se será utilizada contra o próprio colaborador ou contra terceiros, em processo penal ou mesmo não penal.

Especificamente em face do colaborador, defende Vasconcellos a impossibilidade de utilização das provas em outras instâncias sancionatórias:

diante disso, a ideia de compartilhamento de provas deve se compatibilizar com a lógica da justiça negocial, em respeito à confiança, à previsibilidade e à segurança jurídica. Não se pode aceitar que o Estado incentive e prometa um determinado tratamento ao imputado com o objetivo de que ele produza provas contra si mesmo, e depois, em processo ou esfera distinta, promova um sancionamento mais gravoso, utilizando das próprias provas produzidas pelo colaborador.³¹⁶

Ressalta, ainda, o autor que a jurisprudência do ST³¹⁷ tem admitido o compartilhamento da prova com esferas não penais, mas sempre preservando o colaborador, como forma de “fortalecimento da segurança do acordo” em relação a ele³¹⁸.

Poder-se-ia admitir a utilização da prova penal, obtida mediante acordo de colaboração, em um processo administrativo disciplinar se o acordo contemplasse algum benefício na esfera disciplinar. Como sustentamos em outra ocasião, a utilização da prova está vinculada a alguma contrapartida estatal³¹⁹, o que conduz a discussão para outra plaga, qual seja, a possibilidade de composição na esfera disciplinar³²⁰.

As hipóteses de exportação da prova decorrente de acordo de colaboração para fins de processo penal se repetem quando o processo de destino não ostentar natureza penal, a exemplo

³¹⁶ VASCONCELLOS, 2019, p. 15.

³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4420/DF**. Penal e Processual Penal. 2. Compartilhamento de provas e acordo de leniência. 3. A possibilidade de compartilhamento de provas produzidas consensualmente para outras investigações não incluídas na abrangência do negócio jurídico pode colocar em risco a sua efetividade e a esfera de direitos dos imputados que consentirem em colaborar com a persecução estatal. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 28 de agosto de 2018, publicado em 3 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22Inq%204420%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>>.

³¹⁸ VASCONCELLOS, 2019, p. 19.

³¹⁹ CARVALHO, João Daniel Jacobina B. de. Os efeitos da delação premiada nas ações de improbidade administrativa. In: CALLEGARI, André (coord.). **Colaboração Premiada: Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019. (Série IDP). p. 163.

³²⁰ Sobre o tema, ver também a recomendação 21, de 2 de dezembro de 2015, da Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ) e as seguintes obras: BARROSO, Anamaria Prates. A transversalidade do acordo de colaboração premiada e seus efeitos na demissão do servidor público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 157, p. 175-208, jul. 2019. ALMEIDA, Tiago Bockie. **A administração pública consensual como meio substitutivo da imposição de sanção administrativa disciplinar**: a efetivação do princípio constitucional da eficiência administrativa como postulado do neoadministrativismo. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/24683>>. Acesso em: 30 out. 2019.; SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, ano 9, n. 34, p. 01-02, Belo Horizonte, abr./jun. 2011.

do processo disciplinar, inquérito civil que trate de atos de improbidade ou processo administrativo fiscal. Deve-se, a tais hipóteses, adicionar outros questionamentos:

- i. Se em face do colaborador, somente se o acordo contemplar cláusulas que prevejam benefícios no âmbito disciplinar;
- ii. Se em face de terceiros, deve se questionar se os elementos de prova fornecidos pelo colaborador são daqueles que sua utilização – e circulação – afetam direitos fundamentais, até para que se evite a exposição indevida da intimidade e vida privada do colaborador.
- iii. Se o colaborador fornece extratos bancários, correspondências pessoais e familiares, históricos de conversa via aplicativo de celular, etc..., informações acobertadas por sigilo constitucional, a remessa de tais elementos de prova para a seara administrativa disciplinar, ainda que em face de terceiros, exorbita os propósitos da utilização da prova que o colaborador estava disposto a se submeter, ampliando o espectro de restrição ao direito fundamental voluntariamente por ele flexibilizado.
- iv. Pressupondo que não se trata de prova acobertada pelo sigilo, ou que sendo, no acordo com isso anuiu o colaborador, deve-se avaliar se o acordo foi homologado. Não sendo, eventuais provas fornecidas prematuramente pelo colaborador, da mesma forma que não podem ser utilizadas no âmbito penal [art. 3º-B, §6º, da Lei nº 12.850/13], não poderão ser transportadas para o processo administrativo disciplinar;
- v. Na hipótese de homologado, mas posteriormente vir a ser rescindido, é admissível a utilização dos elementos de prova fornecidos pelo colaborador. Contudo, essa utilização deve ficar adstrita ao âmbito penal, já que era essa a expectativa do colaborador ao negociar. Assim, a rescisão, ainda que por culpa do colaborador, não autoriza o compartilhamento da prova para a esfera disciplinar, ainda que para uso contra terceiros;
- vi. Em sendo o acordo anulado, com conseqüente reconhecimento da ilicitude da prova, não há que se falar em compartilhamento, para quaisquer fins, de prova ilícita;
- vii. Havendo retratação do acordo, há clara disposição legal autorizando o uso da prova, ressalvando o próprio colaborador [art. 4º-B, §10, da Lei nº 12.850/13], que não seria óbice para o compartilhamento dos elementos obtidos;

- viii. Para além dessas considerações, deve-se analisar cada elemento de prova individualmente a fim de aquilatar a sua pertinência temática com o processo de destino, bem como com o espectro de atribuições funções da autoridade responsável pela condução do processo que irá receber as provas oriundas do acordo de colaboração.

No cipoal de instâncias sancionatórias, a colaboração premiada, como mais um meio de prova, sem dúvida impulsionará ainda mais a atuação das demais esferas repressoras, como a disciplinar e a improbidade administrativa, de forma que o estudo do compartilhamento dos elementos fornecidos pelo colaborador contribui para a reafirmação do próprio instituto e para que não seja fator de desequilíbrio entre a eficiência do sistema sancionatório e o garantismo que assegura direitos do investigado ou processado.

6. CONCLUSÃO

A discussão sobre a qual assenta-se a ideia de compartilhamento da prova diz respeito à multiplicidade de processos. Essa multiplicidade de processos ocorrendo no âmbito da esfera criminal, notadamente em razão dos denominados “maxiprocessos”, que envolvem complexas organizações criminosas, promovem a circulação da prova penal entre si, dando ensejo ao que se denominou de compartilhamento homogêneo.

De processo penal para processo penal, pode acontecer a fim de subsidiar investigações contra pessoas distintas, mas em razão do mesmo fato, ou mesmo quando são fatos distintos, porém unidos por fenômenos processuais como conexão ou continência.

A multiplicidade de processos a partir de um mesmo fato, em face da mesma pessoa, desafia o tema à luz da faceta processual do *ne bis in idem*, de modo a se perguntar se a tão decantada noção de independência de instâncias sancionatórias é compatível com o princípio da proporcionalidade.

Nesse contexto de múltiplas instâncias repressoras, como a penal, civil, administrativa disciplinar, fiscal, dentre outras, surge o compartilhamento heterogêneo da prova penal.

Quando se trata das provas tradicionais, previstas no Código de Processo Penal, como a testemunhal, por exemplo, a disciplina da prova emprestada, desenvolvida pela doutrina, embasada pela jurisprudência e, recentemente, plasmada no art. 372 do CPC, é satisfatória.

O problema assume contornos de maior gravidade quando se está diante de meios investigativos, ou de obtenção de prova, compressores de direitos fundamentais, vale dizer, a coleta ou produção da prova pressupõe a flexibilização um direito fundamental.

Por isso tivemos a preocupação de situar o compartilhamento da prova penal em um ponto adiante da mera prova emprestada: estamos face a mecanismos cuja atuação pressupõe uma limitação a um direito fundamental.

Ordinariamente, são mecanismos encontrados no processo penal, como por exemplo, buscas domiciliares, interceptações telefônicas e telemáticas, captações ambientais, colaboração premiada e quebra de sigilo financeiro.

Eis a razão para o nosso recorte de estudo: o compartilhamento da prova penal; o processo penal enquanto exportador de prova.

O primeiro passo para a compreensão do nosso propósito é o reconhecimento de que a decisão de compartilhamento implica em nova restrição ao direito fundamental atingido para, na origem, produzir a prova.

A partir daí, procuramos trazer para a decisão de compartilhamento os requisitos empregados pela doutrina para as restrições aos direitos fundamentais, tendo como marco teórico a teoria dos “limites dos limites”.

É admissível, por exemplo, a restrição ao direito fundamental à inviolabilidade das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal. Mas essa restrição, por ser excepcional, é pautada em rígidos limites:

- i. Impossibilidade de aniquilação e respeito ao núcleo essencial do direito fundamental;
- ii. Previsão Constitucional e Legal como limite à limitação ao direito fundamental;
- iii. Necessidade de decisão judicial;
- iv. Princípio da proporcionalidade.

Tais requisitos representam o que a doutrina denominou de “limites dos limites” dos Direitos Fundamentais.

Ao compreender que a restrição ao direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas não pode implicar no esvaziamento de seu núcleo essencial de modo a aniquilá-lo, compreendemos que ainda existe sigilo constitucional a ser preservado. A limitação ao sigilo ocorreu naquele procedimento criminal específico, subsistindo, ainda, âmbito de proteção constitucional que impõe severos limites à circulação dessa prova, notadamente quando se pretende transmigrá-la para instância não penal.

Essa deve ser a primeira limitação a um pedido de compartilhamento da prova penal. A decisão que impulsiona a circulação da prova renova as restrições ao direito fundamental atingido na origem.

Em sendo novas restrições, ao se ampliar o leque de acessos ao conteúdo sigiloso, amplia-se também a devassa na vida íntima. Justamente por isso que não se pode prescindir de decisão judicial autorizando o compartilhamento da prova, a ser proferida pelo Juízo responsável pelo processo na qual ela foi produzida. Não se confunde com mero dever de avaliar a pertinência da prova, a ser exercido pelo Juízo do processo de destino, com fundamento no art. 400, §1º, do CPP.

É como se houvesse uma dupla certificação judicial para a circulação da prova penal: uma do Juízo de origem, responsável pela preservação do núcleo essencial do Direito

Fundamental, e outra pelo Juízo de destino que, além de tudo, deve avaliar a pertinência entre os elementos de prova e o objeto do processo que os receberá.

Ao se trazer para a decisão de compartilhamento da prova penal as restrições impostas pela teoria dos “limites dos limites”, cria-se uma óbice de difícil transposição: se cada circulação da prova representa nova limitação ao direito fundamental atingido para a sua produção, não se pode prescindir de expressa previsão legal ou constitucional autorizando.

O art. 372 do CPC, em sua tísica disciplina limita-se ao empréstimo de provas, de matiz cível, cuja produção não decorre de um meio supressor de direito fundamental.

O problema da necessidade – e inexistência – de norma autorizando o compartilhamento da prova penal é elevado ao cubo quando, especificamente em relação ao direito contido no art. 5º, XII, da CF, há disposição expressa limitando o uso à finalidade criminal.

Em outras palavras, não somente não há previsão autorizando o compartilhamento como, na hipótese de sigilo das comunicações, há vedação expressa para finalidades não penais, o que representa, a nosso ver, um óbice intransponível para o compartilhamento heterogêneo dessa prova penal.

Ao largo dessa situação específica da prova obtida mediante interceptação telefônica e seu compartilhamento heterogêneo, procuramos analisar, por fim, à luz do princípio da proporcionalidade, em suas três acepções: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Para que haja respeito mínimo ao princípio da proporcionalidade, os pedidos de compartilhamento não devem ser genéricos, a fim de permitir que a decisão que o aprecie considere cada prova isoladamente, fazendo o devido cotejo com o processo de destino.

Isso permitirá avaliar a necessidade, adequação ou mesmo proporcionalidade em sentido estrito de cada elemento de prova que se deseja transportar, até porque cada um implica em mitigação de direitos fundamentais distintos e, casuisticamente, devem ser analisando isoladamente.

Inegavelmente, o processo de destino, que receberá a prova a ser compartilhada, influencia decisivamente no próprio compartilhamento.

Em sendo homogêneo, a circulação da prova penal no âmbito do próprio processo penal encontra menos amarras do que a versão heterogênea, em que se exporta prova penal para feitos cíveis ou administrativos.

Nas hipóteses de compartilhamento heterogêneo, procuramos examinar a partir do processo administrativo fiscal. Inicialmente, propõe-se um confronto entre o objeto do processo

penal de origem e o objeto do processo administrativo fiscal de destino, a fim de aquilatar se há pertinência entre a transmigração probatória. Segundo, se a remessa da prova penal permitirá que o órgão fiscal atue dentro dos limites legais de suas atribuições e, com isso, evitar que haja desvio de finalidade em sua atuação.

Trouxemos precedentes do CARF em que o tema foi abordado, inclusive examinando os reflexos no processo fiscal da anulação, na origem, da decisão de compartilhamento, o que reaviva a noção de que o uso externo da prova penal pressupõe a existência de uma decisão judicial válida.

Como o processo penal anda de mãos dadas com o processo administrativo disciplinar, é fundamental o exame do uso, no feito administrativo, da prova penal.

Inicialmente, não obstante a demonstrada posição jurisprudencial e doutrinária em sentido contrário, defendemos que o compartilhamento das provas decorrentes de interceptação telefônica, telemática ou captação ambiental encontra vedação expressa no art. 5º, II, da CF. Tivemos o cuidado de advertir que o compartilhamento desse tipo de prova poderia ser uma burla – como de fato o é – à expressa vedação constitucional.

E essa vedação não deve ficar limitado a processo administrativo disciplinar, mas a todo e qualquer processo sancionatório que não seja especificamente o penal.

O tema tangencia a independência de instâncias, que permite que processos sancionatórios, a partir de um mesmo fato, tramitem em paralelo, sem que isso represente qualquer violação à lei ou a Constituição. Nessa perspectiva de coisas, procuramos demonstrar que a independência de instâncias se restringe às sanções, a fim de assegurar a sua cumulatividade, mas do ponto de vista probatório, as instâncias são e estão altamente entrelaçadas, de modo que o compartilhamento da prova penal suprime ainda mais os direitos fundamentais vulnerados na origem e apequena ainda mais a condição do processado enquanto sujeito de direitos.

A partir desse enfoque, procuramos demonstrar que o princípio do *ne bis in idem* não se resume ao aspecto material sancionatório, havendo o seu desdobramento processual. Em se reconhecendo que a múltipla persecução sancionatória a partir de um mesmo fato colide com o *ne bis in idem*, o compartilhamento heterogêneo da prova penal aguça ainda mais a desproporção na reação repressora do Estado, ao custo do aniquilamento do direito fundamental atingido na origem para a produção da prova.

Por fim, ainda no âmbito administrativo, procuramos trazer a atuação da Controladoria-Geral da União no âmbito penal e como o compartilhamento da prova penal tem lhe proporcionado uma atuação com visível desvio de função e finalidade, passando a agir como

se fosse um órgão que compusesse o sistema brasileiro de persecução penal, mesmo sem estar indicada no art. 144 da CF. Inobstante a ausência de lei em sentido estrito assim a definindo, a CGU tem atuado, em ações conjuntas com a Polícia Judiciária e Ministério Público, como se fosse uma agência anticorrupção, saindo de sua posição original de órgão de controle interno.

Após analisar o compartilhamento *vis a vis* do processo de destino, examinamos duas hipóteses específicas de compartilhamento a partir do processo de origem com relação ao seu meio de obtenção de prova: a interceptação telefônica e a colaboração premiada.

Justifica-se essa dupla abordagem. Primeiro porque a interceptação possui uma expressa restrição à finalidade criminal, de modo que o compartilhamento heterogêneo colide com texto expresso do art. 5º, II, da CF. Sobre a colaboração premiada, enquanto moderno meio de prova, seus efeitos transversais para as esferas não penais, quer em face do colaborador, quer em face de terceiros, nos motivou, ainda que perfunctoriamente, a debruçar sobre a questão.

Sem pretender esgotar o tema, tivemos o propósito de analisar a utilização externa da prova penal, aquela cuja produção pressupõe a vulneração de um direito fundamental e, na ausência de normatização específica, trazer para a decisão que aprecia um pedido de compartilhamento a teoria dos “limites aos limites” dos Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

ALENCAR, Cláudio Demczuk. O uso da prova emprestada no processo penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 49, n. 193, jan./mar. 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

AMARAL, Rafael Caiado. **Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

ANGELI, Alzira Ester. Visão geral das agências norte-americanas contra a corrupção numa análise comparativa com a Controladoria-Geral da União. **Revista da CGU**, Brasília, ano 4, n. 7, p. 79-95, dez., 2009.

ANDRADE, Manoel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

ARÊDES, Sirlene Nunes. Âmbito constitucional de aplicação do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 129, ano 25, p. 435- 477, mar. 2017.

_____. O dever constitucional de não incorrer em bis in idem: identificação do concurso aparente entre normas penais e administrativas e a prevalência da esfera penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 155, ano 27, p. 175-212, maio, 2019.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./fev./mar. 2009. ISSN 1981-187X.

AVOLIO, Luiz Francisco T. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018.

_____. **Processo Penal**. 5 ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em

comissões parlamentares de inquérito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 106, p. 157-179, jan./mar. 2014.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BARROSO, Anamaria Prates. A transversalidade do acordo de colaboração premiada e seus efeitos na demissão do servidor público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 157, p. 175-208, jul. 2019.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. Ciências Penais: **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, v. 8, n.14, p.315-343, jan./jun. 2011.

BITTAR, Walter Barbosa. Instauração simultânea de inquérito penal e civil: *bis in idem*. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 13, n. 156, novembro, 2005.

_____. **Delação premiada: direito, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Processo Administrativo Disciplinar (PAD). **Processo nº 0005021-59.2015.2.00.0000**. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EM FACE DE MAGISTRADO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. COMPARTILHAMENTO DE PROVAS COLHIDAS EM SEDE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE. [...]. Relator: Conselheiro Luciano Frota, julgado em 04 de abril de 2020. 303ª Sessão Ordinária. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=51298&indiceListaJurisprudencia=15&firstResult=7925&tipoPesquisa=BANCO>>.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 5 out. 1988. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Controladoria Geral da União. **CGU e PF combatem fraudes em serviços de infraestrutura no município de Itambé (BA)**. 30 maio 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2019/05/cgu-e-pf-combatem-fraudes-em-servicos-de-infraestrutura-no-municipio-de-itambe-ba>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

_____. Controladoria Geral da União. **Enunciados e demais documentos aprovados**. 26 abr. 2014. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/atividade-disciplinar/enunciados-em-atividade-disciplinar>>.

_____. Controladoria Geral da União. **Voto do relator**. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/atividade-disciplinar/enunciados-em-atividade-disciplinar/arquivos/exposicao_motivos_enunciado_20.pdf>.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>.

_____. **Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro

Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Economia, [...]. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 9 abr. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9745.htm>.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 31 dez. 1940. CP. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 13 out. 1941. CPP. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>.

_____. **Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003.** Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 29 maio 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.683.htm>.

_____. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008.** Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 10 JUN. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 29 maio 2003. Lei de Acesso à Informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>.

_____. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 2 ago. 2013. Lei anticorrupção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>.

_____. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; [...]. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 5 ago. 2013. Lei do Crime Organizado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 17 mar. 2015. Novo CPC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

_____. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 26 abr. 2018. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>.

_____. **Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019.** Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera as Leis [...]. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 18 jun. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13844.htm>

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 24 dez. 2019. Pacote Anticrime. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>.

_____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 19 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>.

_____. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.** Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>.

_____. **Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.** Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 30 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm>.

_____. **Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999.** Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 8 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9883.htm>.

_____. **Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019.** Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 1 jan. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm>.

_____. MINISTÉRIO DA FAZENDA. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF (1. Turma Ordinária). Recurso de Ofício e Voluntário. **Processo nº 10580.731723/201276.** PROVAS EMPRESTADAS. DECISÃO JUDICIAL SUPERVENIENTE. ILICITUDE DAS PROVAS. PROVAS REMANESCENTES REVESTIDAS DE LICITUDE. ALTERAÇÃO DA MOTIVAÇÃO DO LANÇAMENTO ORIGINAL. AUTO DE INFRAÇÃO INSUBSISTENTE. [...]. 4. Câmara. Recorrentes Carlos Eduardo Vilares Barral Advogados Associados S/C. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Cleber Alex Friess, sessão em 5 de dezembro de 2017. Acórdão nº 2401-007.102. Disponível em: <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudencia.jsf?idAcordao=8039340>>.

_____. MINISTÉRIO DA FAZENDA. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF (2. Turma Ordinária). Recurso de Ofício. **Processo nº 10480.721430/201128.** TEORIAS DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA E DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. As planilhas apreendidas foram fundamentais para a fiscalização evidenciar

tanto a cobrança de custos financeiros como a concessão de “descontos comerciais” [...]. 3. Câmara. Recorrente: Fazenda Nacional. Interessado: CIL – Comércio de Informática LTDA. Relator: José Renato Pereira de Deus, sessão em 25 de outubro de 2018. Acórdão nº 3302-006.093. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/carf-afasta-autuacao-feita-provas.pdf>>.

_____. MINISTÉRIO DA FAZENDA. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF (3. Turma). Recurso Especial do Procurador. **Processo nº 19647.011167/200975**. ATOS PRATICADOS MEDIANTE FRAUDE. COMPROVAÇÃO. PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS. PRINCÍPIO DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PRINCÍPIO DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. PRINCÍPIO DA FONTE INDEPENDENTE. MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. Não serão consideradas ilícitas as provas derivadas de provas ilícitas, quando ficar demonstrado que elas poderiam ser obtidas por uma fonte independente [...]. Recorrente: Fazenda Nacional. Interessado: CIL – Comércio de Informática LTDA. Relator: Andrada Márcio Canuto Natal, sessão em 12 de junho de 2019. Acórdão nº 9303-008.694. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/fisco-usar-provas-derivadas-provas.pdf>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 149250/SP**. Processo nº 2009/0192565-8. Relator: Min. Adilson Vieira Macabu, julgado em 7 de junho de 2011.

_____. Ministério Da Infraestrutura; Ministério Da Justiça E Segurança Pública; Controladoria-Geral Da União; Advocacia-Geral Da União; Polícia Federal. **Acordo de Cooperação Técnica nº 001/2019**. Brasília: Ministério da Infraestrutura, 17 jun. 2019. Disponível em: <<https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/32813/24/Acordo%20de%20Coopera%c3%a7%c3%a3o%20T%c3%a9cnica%20n%c2%ba%20001.2019%20%281%29.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo no Recurso Especial nº 1714914/RS**: 2017/0320115-8. PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. COMPARTILHAMENTO DE PROVAS OBTIDAS LEGALMENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. É firme o entendimento jurisprudencial deste Sodalício no sentido da possibilidade de utilização, na seara cível, para fins de apuração de improbidade administrativa, de prova produzida na esfera penal. 2. Agravo regimental improvido. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 27 de fevereiro de 2018, publicado em 08 de março de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 84.426/DF**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 4 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 0358, de 2 a 6 de junho de 2008**. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 25.131/DF. Processo nº 2019/0103915-9. Relator: Min. Herman Benjamin, julgado em 27 de novembro de 2019. **Diário da Justiça**: seção 1, 8 de maio de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 591**. É permitida a "prova emprestada" no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa. Diário da Justiça: seção 1, julgado em 13 de setembro de 2017. Publicado em 18 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj>>.

_____. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 601.314/SP**. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. [...] Relator: Min. Edson Fachin, julgado em 24 de fevereiro de 2016, publicado em 16 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2689108>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 2424/DF**. 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. [...]. Relator: Min. Cezar Peluso, julgado em 25 de abril de 2007, publicado em 24 de agosto de 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=2424&sort=_score&sortBy=desc>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4420/DF**. Penal e Processual Penal. 2. Compartilhamento de provas e acordo de leniência. 3. A possibilidade de compartilhamento de provas produzidas consensualmente para outras investigações não incluídas na abrangência do negócio jurídico pode colocar em risco a sua efetividade e a esfera de direitos dos imputados que consentirem em colaborar com a persecução estatal. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 28 de agosto de 2018, publicado em 3 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22Inq%204420%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação nº 41.557/SP. **Processo nº 0095236-89.2020.1.00.0000**. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 10 de julho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5934358>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ministro nega ao presidente da República possibilidade de prestar depoimento por escrito**. 11 set. 2020. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=451495>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 24**. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 11 dez. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>>.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Cooperação técnica define protocolo**

para compartilhamento de informações nos acordos de leniência. 06 ago. 2020. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/cooperacao-tecnica-define-protocolo-para-compartilhamento-de-informacoes-nos-acordos-de-leniencia.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Comentários à Lei 12.850/2013: Lei de Enfrentamento às Organizações Criminosas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

CALLEGARI, André; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal: Parte Geral.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____; WEBER, Ariel Barrazzetti. Da impossibilidade de cúmulo material entre o delito de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. In: PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião dos. **Direito Penal e Processual Penal Contemporâneos.** São Paulo: Atlas, 2019.

CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FÉLIX, Yuri (org.). **Pacote Anticrime: reformas processuais – reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019.** Florianópolis: EMais Editora, 2020.

CANESTRARO, Anna Carolina. **As investigações internas no âmbito do Criminal Compliance e os direitos dos trabalhadores: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal.** São Paulo: IBCCRIM, 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003.

_____. et al. **Comentários à Constituição do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP).

CARVALHO, João Daniel Jacobina B de. O compartilhamento da prova penal no anteprojeto de lei "anticrime". **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 321, p. 14-15, ago., 2019.

_____. Os efeitos da delação premiada nas ações de improbidade administrativa. CALLEGARI, André (coord.). **Colaboração Premiada: Aspectos Teóricos e Práticos.** Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019. (Série IDP).

CASSIBBA, Fabio Salvatore. I limiti oggettivi del ne bis in idem in italia tra fonti nazionali ed europee. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto alegre, v. 4, n. 3, p. 953-1002, set./dez. 2018.

CESCA, Brenno Gimenes. **Prova Emprestada no Processo Penal.** Curitiba: Juruá, 2016.

CHAGAS, Gabriel Pinheiro. O “non bis in idem” no Direito Administrativo Sancionador. In: Oliveira, José Roberto Pimenta (coord.). **Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP.** São Paulo: Malheiros, 2019, p. 286-300.

CHIAVARIO, Mario, et al. **Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: un problema cruciale per la civiltà e l’efficienza del processo e per le garanzie dei diritti.** Milano: Giuffrè Editore, 2007.

COLOMER, Juan Luis Gómez. La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Uma meditação sobre su desarrollo futuro inmediato. In: COLOMER, Juan Luis Gómez (coord.). **Prueba y Proceso Penal: Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y em el derecho comparado**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só: a tutela penal do direito à intimidade**. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2007.

COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 5. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005.

DAVID, Décio Franco; INCOTT JR, Paulo R. Colaboração premiada: natureza jurídica e possibilidade de comunicação dos efeitos da colaboração para as esferas extrapenais. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella (org.). **Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

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 de Doutrina da 4ª Região**, n. 4, 17 dez. 2004.

DEU, Teresa Armenta. **Lecciones de Derecho Procesal Penal**. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 2017.

_____. **Prova ilícita: um estudo comparado**. Tradução: Nereu José Gioacomolli. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DINO, Nicolau. A colaboração Premiada na Improbidade Administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs). **A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade**. Salvador: JusPodivm, 2016.

EDINGER, Carlos. Cadeia de Custódia, rastreabilidade da prova. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 120, p. 237-257, maio/jun. 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. rev., atualiz. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (coord.). **Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (coords.). **Provas no Processo Penal: Estudo Comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Sergio. DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo:

Malheiros, 2020.

FERRUA, Paolo. La prova nel processo penale. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 81-128, jan./mai. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.130>>.

_____. **La prova nel processo penale: Struttura e procedimento**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017. v. 1.

FRAGOSO, Alexandre. WALKER Jr., James. **Direito Penal Tributário: Uma Visão Garantista da Unicidade do Injusto Penal Tributário**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Rafael de Deus. Verdade real e a impossibilidade de Condenação após Manifestação do Ministério Público por Absolvição. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1043-1070, set./dez. 2017.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 122, p. 43-61, ago. 2016.

_____. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303-318.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 4, out./dez., 1993.

_____. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HORA, Nilo Cesar Martins Pompílio da. Empréstimo dos dados obtidos em medida cautelar de afastamento de sigilo telefônico. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. (orgs.). **Interceptação telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/90**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Pequeno Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. São Paulo: Moderna, 2015.

IGREJA, Ricardo de Alencar. **Limites à restrição de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Jaguatirica, 2017. E-book.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOBO, Helena Regina da Costa. **Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: a**

necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JUNIOR, Laerte I. (coords.). **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **Crime cibernético e prova: a investigação criminal em busca da verdade**. Curitiba: Juruá, 2012.

MARCANTE, Marcelo. **Limites à atividade probatória: proibições de prova, conhecimentos fortuitos e compartilhamento de provas no processo penal**. Florianópolis: EMais Editora, 2020.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: Limites à Licitude Probatória**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MEZZAROBBA, O.; MONTEIRO, C. S. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORALES, Ricardo Martín. **El Regimen Constitucional del Seguimiento Directo de Personas**. Comares: Granada, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 84, 1996.

_____. **O Novo processo civil brasileiro**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. Provas atípicas. **Revista de Processo**, n. 76, p.114-126, out./dez. 1994.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: Direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

OZÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª ed., 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

PARISIO, Isabela de Oliveira. **Independência entre esferas x comunicabilidade de instâncias: como o STF considera esses conceitos quando se trata de esferas administrativas e penal**. Monografia – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2016.

PRATES, Fernanda; BOTTINO, Thiago. **Megaprocessos e o exercício do direito de defesa: uma abordagem empírica**. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 162, ano 27, p. 145-170. São Paulo: Ed. RT, dez. 2019.

ROMBI, Natalia. **La circolazione delle prove penali**. Padova: CEDAM, 2003.

ROSA, Alexandre Moraes da; SILVA, Philipe Benoni Melo; SILVA, Viviani. **Fishing expedition e o encontro fortuito na busca e na apreensão**. Florianópolis: EMais editora, 2019.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais, 2020.

SABOYA, Keity. **Ne bis in dem em tempos de multiplicidade de sanções e de agências de controle punitivo**. **Jornal de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 71-92, jul./dez. 2018.

_____. **Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Combate à corrupção: novos tempos**. **Revista da CGU**, Brasília, v. II, n. 20, 2019.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. (orgs.). **Interceptação telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/90**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHMITZ, Leonard Zieseimer. **Fundamentação das decisões judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SIDI, Ricardo. A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SILVA, Jardel Luís da. FELIX, Yuri. Dos limites à atividade probatória no Processo Penal: ilicitude e compartilhamento de provas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: RBCCrim, v. 22, p. 209-226, n. 111, nov./dez. 2014.

SILVA, Rodrigo Monteiro da. Colaboração premiada em ações de improbidade administrativa: uma releitura do princípio da indisponibilidade do interesse público em prol do fortalecimento do princípio da máxima proteção da tutela do patrimônio público. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella (org.). **Colaboração premiada**: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso. **Os direitos fundamentais e a lei**: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. **O Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção**: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações tecnológicas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SOUSA, Luís de. As agências anticorrupção como peças centrais de um sistema de integridade. **Revista da CGU**, Brasília, ano 3, n. 4, jun. 2008.

SOUZA, Renee do Ó. Os efeitos transversais da colaboração premiada e do acordo de leniência. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

TALAMINI, Eduardo. A prova emprestada no processo civil ou penal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 91, 1998.

TARUFFO, Michele. **A Prova**. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TAVARES, Alexandre Macedo. As vias de repressão dos contribuintes (procedimento administrativo e processo penal) sob o prisma da garantia do *non bis in idem*. São Paulo: **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 138, mar. 2007.

TAVARES, João Paulo Lordelo. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella (org.). **Colaboração premiada**: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

VARGAS, José Cirilo. **Do tipo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Colaboração premiada no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

_____. Compartilhamento de Provas na Colaboração Premiada: Limites à Persecução Penal Baseada nos Elementos de Autoincriminação Produzidos pelo Delator. Porto Alegre: **RDU**, v. 15, n. 87, maio-jun. 2019.

VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. **Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIEIRA, Renato Stanziola. Art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.296/96: considerações sobre sigilo, admissibilidade e valoração de elementos de informação. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. (orgs.). **Interceptação telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/90**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 369-403.

VILELA, Augusto Tarradt. A proibição de obtenção das provas produzidas por requisição em processo administrativo fiscal no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 142, abr. 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2014.

ANEXO A



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DA BAHIA

Autos n. 29235-45.2017.4.01.3300

Fls: 58 *mmf*

AUTOS N. 29235-45.2017.4.01.3300
QUEBRA DE SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS
REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
JUÍZO: 17ª VARA FEDERAL – ESPECIALIZADA CRIMINAL

DECISÃO

Trata-se de pedido de quebra de sigilo bancário formulado pela Delegada de Polícia Federal Luciana Matutino Caires, com vistas a instruir o inquérito policial n. 0758/2017, que investiga o suposto cometimento dos crimes descritos no art. 90 da Lei n. 8.666/93 e no art. 312, do CP.

Segundo o reportado pela d. Autoridade Policial, haveria indícios da existência de Organização Criminosa estruturada para fraudar contratos com a Administração Pública Municipal, com o objetivo de desviar recursos públicos da saúde.

Diante das constatações acima referidas, requereu o afastamento do sigilo bancário de todos os bens, direitos e valores mantidos em instituições financeiras, no período de 01.06.2015 a 31.08.2017, pelas pessoas físicas e jurídicas A.A. SERVIÇOS LTDA, ALINE RIBAS FLORÊNCIO, ALUISIO ALMEIDA SANTOS, CLÁUDIO COLAVOLPE BARBOSA ME, ELBA VIVIANE SANTANA DO NASCIMENTO, INSTITUTO MÉDICO DE GESTÃO INTEGRADA, LUCIANA TORRES PEIXOTO, MARA S. FOGOS SANTOS ME, NYJMA SERVIÇOS LTDA, VIVIANE DUPLAT ALVES SANTOS e VLC – SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO E LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS LTDA – ME.

Pugnou, ainda seja autorizado o compartilhamento de dados e documentos obtidos nesta investigação com a CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO.

O Ministério Público Federal, em pronunciamento às fls. 38/43, opinou favoravelmente ao pleito formulado pela autoridade policial.

Por entender inexistir indícios mínimos do crime de lavagem de dinheiro, o Juízo da 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária da Bahia determinou a remessa dos autos à livre distribuição (fl. 49).



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DA BAHIA

Autos n. 29235-45.2017.4.01.3300

Fls: 64

internacionais e de operações de câmbio, bem como outros registros de manutenção de recursos no exterior, relacionados aos requeridos;

b) Efetuar consulta no Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS), para que se identifique com quais Instituições Financeiras as citadas pessoas física e jurídica mantiveram relacionamento no período de 01.06.2015 a 31.08.2017.

c) Após, deverá o BACEN encaminhar o teor desta decisão às instituições financeiras com as quais os investigados mantêm ou mantiveram relacionamento durante o período indicado, fazendo constar o **Código Identificador do Caso – 002-PF-003259-57;**

d) As Instituições financeiras com as quais os investigados mantiveram relacionamento no período sob apuração deverão prestar as informações - a exemplo de contas correntes, contas de poupança e outros tipos de conta (incluindo os casos em que os investigados apareçam como co-titulares, representantes, responsáveis ou procuradores), além de aplicações financeiras, informações referentes a cartões de crédito e outros produtos existentes -, conforme o disposto na Carta Circular n. 3454/2010, do BACEN, como requerido pela autoridade policial às fls. 23-v/24-v;

e) As Instituições financeiras identificadas deverão enviar os dados bancários solicitados diretamente à SR/DPF/BA, no prazo de 10 (dez) dias, via rede mundial de computadores, utilizando-se dos programas validador bancário SIMBA e, transmissor bancário SIMBA, disponibilizados no sítio <https://www.dpf.gov.br/simba> ou <https://www.dpf.gov.br/servicos/sigilo-bancario>.

As informações obtidas não poderão ser utilizadas para fim diverso da investigação em curso e **deverão ser mantidas sob sigilo, que ora decreto.**

Quanto ao **pedido de compartilhamento** de provas com a CGU, temos que, de acordo com o entendimento pacificado no Colendo Supremo Tribunal Federal, não há óbice para o compartilhamento de dados sigilosos obtidos lícitamente em investigação criminal para instruírem procedimento não criminal a ser eventualmente instaurado contra os próprios investigados. Além disso, a possibilidade de compartilhamento de dados sigilosos para instruir procedimentos extrajudiciais também é permitida pelos demais Tribunais.

Nessa linha, não se vislumbrando qualquer óbice ao compartilhamento das provas produzidas no presente feito para a instrução de



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DA BAHIA

procedimentos investigatórios e administrativos, bem como de outras ações penais, é de ser deferido o pleito formulado pela autoridade policial.

Assim, autorizo o compartilhamento de provas obtidas na presente investigação com a CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO.

Intime-se o Ministério Público Federal.

Salvador, 28 de novembro de 2017.

A blue ink signature of Antônio Oswaldo Scarpa, consisting of a large, sweeping loop followed by several smaller strokes.

ANTÔNIO OSWALDO SCARPA
JUIZ FEDERAL DA 17ª VARA
ESPECIALIZADA CRIMINAL



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

Numeração Única: 340442120164010000
 PEDIDO DE BUSCA E APREENSÃO CRIMINAL 0034044-21.2016.4.01.0000/BA

RELATOR(A) : DESEMBARGADORA FEDERAL NEUZA MARIA ALVES DA SILVA
 RELATOR(A) : JUIZ FEDERAL HENRIQUE GOUVEIA DA CUNHA (CONV.)
 CONVOCADO(A)
 REQUERENTE : JUSTICA PUBLICA
 REQUERIDO : SIGILOSO

DECISÃO

Trata-se de representação pela decretação de prisão preventiva cumulada com pedidos de busca e apreensão, condução coercitiva e de aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319, VI, do CPP, na forma pormenorizada no requerimento do Delegado da Polícia Federal responsável pelas investigações (fls. 03/179) e da representação trazida pelo MPF a fls. 569/592.

Em sua manifestação, ora referida como se integralmente transcrita estivesse, o *Parquet* sustenta a necessidade de adoção das medidas acima referidas em razão do estágio atual das investigações realizadas e das provas já obtidas no IPL nº1520/2016 (autos nº 0004136-21.2013.4.01.0000/BA).

Do arrazoado apresentado pelo MPF, considero importante destacar o seguinte trecho, porquanto mais relevante para a análise ora levada a efeito:

"Nos termos já devidamente retratados por este parquet e pela Autoridade Policial que preside o inquérito nos autos da quebra de sigilo em epígrafe, o monitoramento telefônico deferido por essa d. Relatoria foi imprescindível para desvendar o ardiloso e estruturado esquema de fraudes e desvio de recursos públicos federais destinados à saúde, por intermédio de contratações direcionadas e fraudulentas, especialmente do Instituto Médico Cardiológico da Bahia - IMCB, contratado pelo município de Candeias e outras prefeituras do Estado da Bahia, para prestação terceirizada do serviço de saúde. Após o encerramento do terceiro período da interceptação telefônica logrou-se êxito em apurar que o verdadeiro responsável pelo IMCB é o

7. Das providências complementares atinentes à quebra do sigilo fiscal; do requerimento de quebra do sigilo dos dados telemáticos e do compartilhamento de provas.

Por fim, o requerimento de providências complementares relacionadas à quebra do sigilo fiscal dos investigados - formulado no tópico VII da representação subscrita pela autoridade policial (fls. 172/173) - deverá ser dirigido ao feito em que já foi determinado o afastamento do sigilo, a fim de que, após a oitiva do Ministério Público Federal, seja ali apreciado, não tendo o *Parquet* Federal se manifestado sobre a providência em comento.

O pedido de quebra do sigilo de dados telemáticos dos investigados formulado no tópico "j" à f. 178 da representação foi apreciado nos autos de nº 0042808-30.2015.4.01.0000/BA, devendo eventuais medidas complementares ou correlatas, abrangendo novos terminais telefônicos ou novos endereços de email ser requeridas no citado feito.

O **pedido de compartilhamento** das provas a serem obtidas por meio das diligências objeto da presente decisão deve ser deferido, nos moldes em que requerido pela autoridade policial e Ministério Público Federal.

O compartilhamento se torna necessário para que, além do Ministério Público e autoridade policial, a Controladoria Geral da União e a Receita Federal também possam ter acesso às informações coletadas nestes autos, a fim de deflagrarem as medidas administrativas cabíveis em relação aos gestores investigados e também apoiar nas investigações em âmbito cível e criminal, por meio da análise de dados e informações coletadas, haja vista a expertise do corpo técnico desses órgãos.

A possibilidade de compartilhamento de provas colhidas na esfera criminal com as demais esferas do ordenamento já foi resolvida positivamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal (Inquérito nº 2424), que tem adotado essa dinâmica no âmbito das investigações sob sua competência.

8. Das determinações.

Em face de tudo o quanto até aqui foi exposto, defiro, em parte, as medidas requeridas pela Autoridade Policial e Ministério Público Federal e:

8.1. Determino a prisão preventiva de NICOLAU EMANOEL MARQUES MARTINS JUNIOR, CPF 964.758.465-20, por considerar presentes os pressupostos e requisitos do art. 312 do CPP, visto que, à luz do que se expôs, emergiram demonstradas

EDUARDO DE JESUS SANTOS, GENIVALDO RAMOS MACHADO e ALBERTO JORGE MATTOS.

10. Indefiro, por ora, o afastamento cautelar de Evandro Almeida e de Alberto Jorge Mattos dos cargos públicos que ocupam, ficando ambos, porém, proibidos de manter qualquer tipo de contato com os demais investigados nestes autos, a fim de se evitar qualquer tipo de interferência na investigação criminal.

11. Defiro o pedido de compartilhamento das provas, nos termos em que requerido pela autoridade policial e Ministério Público Federal (itens "d", "e" e "k" do pedido de fls. 178/179).

Determino à Coordenadoria da Segunda Seção desta Corte a agilidade nas providências acima determinadas, bem assim a observância das cautelas necessárias à manutenção do sigilo já decretado.

Brasília-DF, 18 de julho de 2016.


Juiz Federal **Henrique Gouveia da Cunha**
Relator Convocado



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DA BAHIA

Autos n. 44474-55.2018

Fls: 299

AUTOS: 44474-55.2018.4.01.3300
COMPARTILHAMENTO DE PROVAS
REQTE: DELEGADA DE POLÍCIA FEDERAL EM SALVADOR
JUÍZO: 17ª VARA FEDERAL (ESPECIALIZADA CRIMINAL)

DECISÃO

A Delegada de Polícia Federal, Dra. Juliana Régis Dourado de Sant'anna, com vistas à instrução do Inquérito Policial n. 0758/2017/SR/PF/BA – que apura a suposta prática dos delitos capitulados no art. 90 da Lei n. 8.666/93 e art. 312 do CP – requereu, à fl. 297, o compartilhamento das provas colhidas no apuratório supracitado com a Controladoria Geral da União - CGU. Pleiteou, ainda, que referido órgão fosse autorizado a participar da busca e apreensão já determinada por este juízo, para fins de análise conjunta dos materiais apreendidos pela Polícia Federal.

É o breve relato. Decido.

É pacífico no egrégio Supremo Tribunal Federal o entendimento de que não há óbice para o compartilhamento de dados sigilosos obtidos lícitamente em investigação criminal para instruírem procedimento não criminal a ser eventualmente instaurado contra os próprios investigados. Com mais razão, não há óbice a que se utilize, para instrução dos referidos procedimentos disciplinares, informações úteis constantes do processo criminal.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

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 federal nº 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. (Inq 2424 QO-QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno,



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DA BAHIA

Autos n. 44474-55.2018

Fls: 300

julgado em 20/06/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007
DJ 24-08-2007 PP-00055 EMENT VOL-02286-01 PP-00152 RTJ VOL-
00205-02 PP-00656).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. COMPARTILHAMENTO DE PROVAS OBTIDAS LEGALMENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É firme o entendimento jurisprudencial deste Sodalício no sentido da possibilidade de utilização, na seara cível, para fins de apuração de improbidade administrativa, de prova produzida na esfera penal.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1714914/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018)

Ante o exposto, **defiro o pleito formulado pela Autoridade Policial à fl. 297**, autorizando:

a) o compartilhamento com a Controladoria Geral da União das provas colhidas nos autos do Inquérito Policial n. 0758/2017-4/SR/PF/BA, bem como daquelas que vierem a ser obtidas neste procedimento cautelar;

b) a participação do referido órgão no cumprimento dos mandados de busca e apreensão expedidos por este juízo às fls. 287/295.

Intimações e providências necessárias.

Salvador, 06 de fevereiro de 2019.


ANTÔNIO OSWALDO SCARPA

JUIZ FEDERAL DA 17ª VARA
ESPECIALIZADA CRIMINAL



DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Processo nº: **0314629-97.2014.8.05.0001**
Classe – Assunto: **Pedido de Quebra de Sigilo de Dados E/ou Telefônico - DIREITO PENAL**
Autor: **Autoridade Policial da Delegacia de Crimes Econômicos e contra a Administração Pública - DECECAP**
Tipo Completo da Parte Passiva Principal << Nenhuma informação disponível >>
Nome da Parte Passiva Principal << Nenhuma informação disponível >>:
Principal << Nenhuma informação disponível >>:
Nenhuma informação disponível >>:

Vistos, etc.

Trata-se de pedido de quebra de sigilo telefônico e interceptação telefônica formulado pela Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública – DECECAP, conjuntamente com o Grupo de Atuação Especial de Combate à Sonegação Fiscal e aos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica – GAESF, com o propósito de apurar suposta prática de crimes de falsidade ideológica, falsificação de documentos, associação criminosa e crimes contra a ordem tributária, e outros porventura em conexão.

A investigação teve início após uma fiscalização realizada pela Secretaria da Fazenda do Estado, através do seu órgão de inteligência fazendária apurou, a existência de fortes indícios de fraude fiscal de grandes proporções, com esteio em esquema criminoso de interposição fictícia de "laranjas" na constituição do quadro societário de pessoas jurídicas, envolvendo empresas de comércio sediadas neste Estado, conforme Relatório de Inteligência Fiscal 495/2012.

Afirmam os Requerentes que a suposta organização está sedimentada numa estrutura empresarial ilícita, impulsionada por uma demanda de mercado e utilizando-se de modernos meios fraudulentos em práticas mercantis usuais, a exemplo de interposição de pessoas, simulação de atribuição de quotas a interpostas pessoas, falsificação de documentos fiscais e declarações falsas de capacidade contributiva de sócios.

Os fatos investigados, de acordo com as Autoridades Requerentes da medida, demonstram indícios que fundamentam a construção do entendimento de que Henrique Castelo Branco Federicci e Sílvio Castelo Branco Federicci são os mentores e dirigentes de organização criminosa responsável pela prática de ilícitos de sonegação fiscal, falsidade ideológica e formação de quadrilha, valendo-se da possível inclusão de pessoas sem



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
2ª Vara Criminal

Av. Ulysses Guimarães, 690, 2º Andar do Fórum Criminal,
Sussuarana - CEP 41213-000, Fone: 3460-8011/8007, Salvador-
BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br
vrg@tjba.jus.br

Justiça Gratuita

59

E, ainda, em ocorrendo mudança, cancelamento ou qualquer alteração do número interceptado, inclusive por fraude, mantendo-se o mesmo aparelho ou serial, seja procedida a imediata comunicação ao órgão policial encarregado pelo monitoramento, possibilitando, por derradeiro, a ininterrupta interceptação do novo número; que direcionem o áudio das referidas linhas para os números que serão informados pela Superintendência de Inteligência da SSP/BA; que identifiquem e forneçam à Superintendência de Inteligência da SSP/BA o IMEI ou ESN (número de série dos aparelhos nos quais estão habilitadas as linhas telefônicas), tendo em vista a possibilidade desses e de outros terminais se tratarem de números de chips, o que vem sendo usado como recurso pelos criminosos, objetivando dificultar a ação de monitoramento, daí porque, que seja determinado, ainda, às operadoras que providenciem os meios técnicos necessários para que todos os chips tenham suas comunicações igualmente interceptadas, direcionando-as automaticamente para os números informados pela SI/SSP-BA; que se no mesmo aparelho ou serial interceptado for habilitada nova linha, que a empresa operadora proceda à imediata interceptação desta nova linha telefônica; que se encaminhem as mensagens de texto remetidas e/ou recebidas, bem como realizem o controle diário das ligações recebidas e originadas pelas linhas telefônicas interceptadas, disponibilizando a SI/SSP-BA, diariamente, extrato com os números, assinantes e endereços das citadas ligações; que seja implementado o serviço de localização via GPS para os telefones móveis interceptados. Com relação à Companhia NEXTEL, que **seja programada a ativação do localizador 3.0, sem o conhecimento do cliente;** que se proceda à continuidade da interceptação e envio dos áudios e informações necessárias à investigação, mesmo quando detectada pela empresa fraude no terminal telefônico monitorado.

Defiro, por fim, o compartilhamento dos dados obtidos a partir da escuta telefônica ora requerida, com a INFIP/SEFAZ, também integrante da força tarefa.

Expeçam-se mandados e ofícios na forma requerida. Cumpra-se.

Salvador(BA), 23 de abril de 2014.

Andréa Paula Matos Rodrigues de Miranda
Juíza de Direito



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
2ª Vara Criminal

Justiça Gratuita

Av. Ulysses Guimarães, 690, 2º Andar do Fórum Criminal,
Sussuarana - CEP 41213-000, Fone: 3460-8011/8007, Salvador-
BA - E-mail: 2varadojuri1@tjba.jus.br

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Processo nº: 0315554-59.2015.8.05.0001
Classe - Assunto: Pedido de Quebra de Sigilo de Dados E/ou Telefônico -
DIREITO PENAL
Autor: Ministério Público do Estado da Bahia.
Tipo Completo da Parte Passiva Principal << Nome da Parte Passiva Principal << Nenhuma informação disponível >>
Principa << Nenhuma informação disponível >>

Vistos, etc.

O Ministério Público do Estado da Bahia, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, representam pela **RENOVAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA E QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO** referentes aos terminais móveis identificados no requerimento acostado às fls.

Anexaram para respaldar o pedido os documentos constantes do Relatório de Monitoramento Telefônico.

É o breve relatório. Decido.

A interceptação do fluxo de comunicação telefônica, encontra-se disciplinado no art. 5º, inciso XII, da vigente Constituição Federal, sendo regulamentada pela lei 9.296/96.

Da análise dos autos vislumbro os requisitos pertinentes as cautelares penais, **FUMUS BONI IURIS**, ART.2º da lei 9.034/95, e o **PERICULUM IN MORA**, devendo os meios disponíveis, serem empregados na investigação criminal para elucidar autoria e materialidade



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
2ª Vara Criminal

Av. Ulysses Guimarães, 690, 2º Andar do Fórum Criminal,
Sussuarana - CEP 41213-000, Fone: 3460-8011/8007, Salvador-
BA - E-mail: 2varadojuri1@tjba.jus.br

Justiça Gratuita

empresas concessionárias de telefonia mencionadas alhures, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Defiro, ainda, o compartilhamento dos dados obtidos a partir da escuta telefônica ora requerida, com a INFIP/SEFAZ, também integrante da força tarefa.

Serve cópia da presente com efeito de mandados, intimações e ordem judicial para o devido cumprimento desta decisão.

Cumpra-se com o sigilo legal ficando os servidores do Juízo encarregado de manterem o segredo de justiça.

Salvador(BA), 12 de novembro de 2015.

Andre de Souza Dantas Vieira
Juiz de Direito



SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - SEGUNDA TURMA
APELAÇÃO N.º 0315555-44.2015.8.05.0001
COMARCA DE ORIGEM: SALVADOR
PROCESSO DE 1.º GRAU: 0315555-44.2015.8.05.0001
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
PROMOTORES: LUÍS ALBERTO VASCONCELOS PEREIRA, RENATA COSTA BANDEIRA LOPES, VANEZZA DE OLIVEIRA BASTOS ROSSI
RECORRIDOS: SIGILOSO
ADVOGADOS: DIEGO LUIZ LIMA DE CASTRO, CARLOS HENRIQUE MAGNATIVA RAMOS JÚNIOR E JOÃO DANIEL JACOBINA BRANDÃO DE CARVALHO
RELATORA: INEZ MARIA B. S. MIRANDA

APELAÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE AUTENTICAÇÃO MECÂNICA NO APELO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUPOSTO IMPACTO NA AFERIÇÃO DA TEMPESTIVIDADE. NÃO VERIFICADO. PRELIMINAR DEFENSIVA REJEITADA.

PENDÊNCIA DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS. EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO. INEXISTENTE. QUESTÃO PREJUDICIAL INDEFERIDA.

COMPLEMENTAÇÃO DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. PERTINÊNCIA. COMPARTILHAMENTO DOS ELEMENTOS INVESTIGATIVOS COM A RECEITA FEDERAL E COM O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. CABÍVEL. RECURSO CONHECIDO, REJEITADA A PRELIMINAR E A QUESTÃO PREJUDICIAL E, NO MÉRITO, PROVIDO.

Diante da existência de indícios concretos aptos a fundamentar a excepcional medida cautelar, irremediável o deferimento.

É viável o compartilhamento dos elementos investigativos com a RFB e com o MPF, mediante autorização judicial, quando presentes circunstâncias que indiquem no caso concreto a possível prática de delito de competência federal pelo Investigado.

Recurso conhecido, rejeitada a preliminar e a questão prejudicial, e, no mérito, provido.

ACÓRDÃO

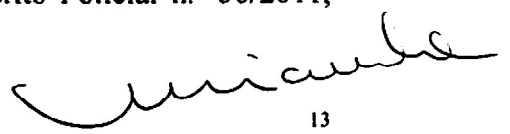
Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º

Inez Maria B. S. Miranda
1

proferida por autoridade judicial competente, suficientemente fundamentada, na qual se justifique a necessidade da medida para fins de investigação criminal ou de instrução processual criminal, sempre lastreada em indícios que devem ser, em tese, bastantes à configuração de suposta ocorrência de crime sujeito à ação penal pública. 2. É cediço que o fato indiciário que autoriza um juízo de probabilidade ou verossimilhança não se identifica com mera suspeita ou com simples conjectura, sem apoio em elementos fáticos concretos. Sem embargo, a obtenção desses indícios mínimos que denotem real possibilidade da prática delituosa não pode se desatrelar das novas formas criminosas surgidas com o desenvolvimento tecnológico e o aprofundamento internacional de integração econômica. 3. Os indícios de prova, suficientes para dar lastro a um juízo de probabilidade da ocorrência do fato delituoso, devem ser colmatados com outras formas indiciárias distintas das usualmente empregadas para a criminalidade comum, geralmente precedidas de inquérito policial, de modo a possibilitar, com eficiência, a investigação e a apuração dos complexos delitos corporativos.” (HC 349.945/PE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 02/02/2017).

Desta forma, evidente a existência de circunstâncias concretas suficientes ao deferimento da cautelar complementar, pertinente o recurso de Apelação, para reestabelecer, na integralidade, as determinações dispostas na decisão de fls. 412/420.

Em igual direção, pelos fundamentos expostos, fatos e natureza dos indícios delituosos colhidos, à luz da sistemática proposta pelo art. 3.º, VIII, da Lei n.º 12.850/2003, **autorizo o compartilhamento** com a Receita Federal do Brasil e com o Ministério Público Federal dos elementos investigativos produzidos nas medidas cautelares deferidas pelo Juízo *a quo*, no Inquérito Policial n.º 50/2011,



assim como daqueles que serão produzidos no presente expediente.

Ante o exposto, conheço, rejeito a preliminar e a questão prejudicial suscitadas na Sessão de Julgamento, e, no mérito, dou provimento ao recurso.

É como voto.

Dê-se ciência deste Acórdão ao Juízo de origem.

Determino à Secretaria da Câmara, que proceda a juntada das notas taquigráficas referentes à apreciação do presente recurso na Sessão de Julgamento realizada no dia 18/05/2017, bem como das movimentações processuais do pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico n.º 0315555-44.2015.8.05.0001 no 1.º grau e do Recurso em Sentido Estrito n.º 0315554-59.2015.8.05.0001, nesta instância, ambos anexos.

Sala de Sessões, em 18 de maio de 2017.


INEZ MARIA B. S. MIRANDA
RELATORA



DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Processo nº: **0317985-27.2019.8.05.0001**
Classe – Assunto: **Pedido de Quebra de Sigilo de Dados E/ou Telefônico -
DIREITO PENAL**
Autor: **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**

Vistos, etc.

O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL (através do GAESF), às fls. 02/39, representou pela **QUEBRA DE SIGILO DE DADOS TELEFÔNICOS (BILHETAGEM E IDENTIFICAÇÃO DE ERB)** dos terminais indicados, sustentando a necessidade imperiosa da medida para continuar a atuação de associação criminosa, que, atuando geralmente em mesmo segmento (alimentos) vem promovendo sonegação fiscal e a prática de outros delitos satélites, em evidente prejuízo ao erário, já que o débito tributário constituído e atualizado de elevadíssima monta.

Juntou documentação de fls. 40, reportando-se à medida cautelar de afastamento de sigilos bancário e fiscal já deferida.

É o breve relato. Decido.

Grave-se de sigilo absoluto.

Analisados os autos, entendo pelo deferimento.

Inicialmente, importante registrar que a quebra do sigilo de dados telefônicos se diferencia da interceptação, tendo em vista que esta pressupõe a captação da conversa no momento real e imediato, por intermédio de gravações ou escutas; já aquela, permite o levantamento de informações importantes à investigação. Vejamos.

A bilhetagem consiste na obtenção de informações, através das quais é possível identificar as chamadas recebidas e originadas dos terminais, identificando-se os autores dos contatos mantidos a partir dos números de origem e os números de destino.

Por seu turno, a identificação de estações radiobases (ERB's) permite afirmar onde estava operando determinado celular para que se possa, ao menos de forma aproximada, estabelecer um limite geográfico da comunicação entre emissor e receptor das ligações, mediante a captação dos sinais pelas antenas, favorecendo, em última análise, importante levantamento e cruzamento de informações.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
1ª Vara Criminal Especializada

Av. Ulysses Guimarães, 690, 2º Andar do Fórum Criminal,
Sussuarana - CEP 41213-000, Fone: 3460-8008/8048, Salvador-
BA - E-mail: salvador1vcrime@tjba.jus.br
salvador1vcrime@tjba.jus.br

Justiça Gratuita

25
C

SEGURANÇA INSTITUCIONAL E INTELIGÊNCIA (CSI/LAB-LD) - AV. JOANA ANGÉLICA, Nº1312, 1º ANDAR - NAZARÉ - SALVADOR/BA - CEP 40.050-001, tendo esta medida o acompanhamento do Promotor de Justiça RODRIGO CAVALCANTE REIS.

Fica deferido compartilhamento dos dados obtidos a partir da presente cautelar com outros órgãos estatais de interesse na investigação, sobretudo, com a INFIP/SEFAZ e Polícia Civil.

Ciência ao Ministério Público. Encaminhe-se diretamente à autoridade representante.

Cumpra-se.

Salvador(BA), 03 de junho de 2019.

Icaro Almeida Matos
Juiz de Direito, ass eletrônica



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Salvador

1ª Vara Criminal Especializada

Av. Ulysses Guimarães, 690, 2º Andar do Fórum Criminal,
Sussuarana - CEP 41213-000, Fone: 3460-8008/8048, Salvador-
BA - E-mail: salvador1vcrime@tjba.jus.br
salvador1vcrime@tjba.jus.br

Justiça Gratuita

2/2

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Processo nº: **0321844-51.2019.8.05.0001**
Classe – Assunto: **Pedido de Busca e Apreensão Criminal - DIREITO PENAL**
Autor: **"MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**

Vistos, etc.

O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, através do GAESF, com base no procedimento investigativo criminal instaurado, representou pela BUSCA E APREENSÃO nos endereços indicados às fls. 44/45, juntando os documentos de investigação constantes da mídia de fls. 49.

Petição de fls. 52/59 esclarecendo dados requisitados por este juízo, com acréscimo.

Sustenta a medida segregativa, afirmando indícios de esquema bastante meticuloso, para prática de crimes tributários, lavagem de dinheiro, tudo em associação criminosa, valendo-se de manobras de sucessão empresarial e/ou interposição fictícia de sócios nos quadros societários de empresas de um mesmo segmento empresarial.

Decido.

Segundo Pacceli, a busca e apreensão é medida de natureza eminentemente cautelar, para acautelamento de material probatório, de coisa, animais e até pessoas, que não estejam ao alcance, espontâneo, da Justiça.

Sempre encarada como medida excepcional, a busca pode ser pessoal ou domiciliar, sendo esta última a hipótese pedida nos autos.

Quando cabível, representa mitigação ao princípio da inviolabilidade do domicílio, em nome de um interesse maior - segurança pública -, por isso, demanda ordem judicial de autoridade competente, mediante análise do preenchimento dos requisitos indispensáveis: fundadas razões da existência de objetos ou coisas relacionadas à crime e urgência para acautelamento de provas.

No caso dos autos, os requisitos estão satisfatoriamente comprovados.

Com efeito, através de PIC instaurado pelo GAESF/MPBA, há



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Salvador

1ª Vara Criminal Especializada

Av. Ulysses Guimarães, 690, 2º Andar do Fórum Criminal,
Sussuarana - CEP 41213-000, Fone: 3460-8008/8048, Salvador-
BA - E-mail: salvador1vcrime@tjba.jus.br
salvador1vcrime@tjba.jus.br

Justiça Gratuita

62
/n

contábeis e similares) ou eletrônicos – preferencialmente, mediante copiagem ; CPU's, *notebooks/ laptops, tablets, pendrives, smartphones* e similares, inclusive, de uso pessoal, quando houver fundada suspeita que contenham material probatório relevante relacionado ao fato investigado; documentos, arquivos e sistemas eletrônico que façam menção aos fatos investigados, tais como notas fiscais de entrada de mercadorias que figurem como destinadas às empresas investigadas; documentos extra-fiscais; procurações; boletos de pagamentos; contratos; relatórios de faturamento, vendas, pedidos de compra; livros contábeis, caixa; nos endereços de fls. 44/45 (sendo que relativo ao Edf. Terrazo Rio Vermelho é nº 386) e no endereço de fls. 54.

Ficam deferidas as providências requeridas às fls. 46, quanto ao afastamento dos dados insertos em eletrônicos eventualmente apreendidos/copiados, inclusive, de e-mails, porque decorrência lógica da finalidade da medida, ou seja, propiciar o aprofundamento das investigações.

Bem assim, **defer-se o compartilhamento das informações com a INFIP/SEFAZ** e o encaminhamento de material à POLICIA TECNICA DA BAHIA para depurações.

Observem-se, quanto ao cumprimento, as determinações do art. 240 e 243, CPP.

Ciência ao Ministério Público/GAESF.

Cumpra-se.

Salvador(BA), 08 de agosto de 2019.

Icaro Almeida Matos
Juiz de Direito, ass eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Estado da Bahia
17ª Vara Federal Criminal da SJBA

PROCESSO: 1007585-17.2020.4.01.3300

CLASSE: INQUÉRITO POLICIAL (279)

AUTORIDADE: POLÍCIA FEDERAL NO ESTADO DA BAHIA (PROCESSOS CRIMINAIS), MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (PROCURADORIA)

REQUERIDO: INDEFINIDO

DECISÃO

1. Recebo a denúncia, uma vez que não se verifica qualquer das hipóteses previstas no art. 395 do CPP.

2. Após a distribuição como Ação Penal, dê-se baixa no respectivo Inquérito Policial.

3. Citem-se os denunciados **DENIS DA SILVA GALVÃO DE CARVALHO, MARCO ANDRÉ QUEIROZ BARRAL, BRUNO ARAÚJO MARTINS, JOSÉ EDUARDO DEL REI, ROBERTO ÍTALO PEREIRA RIBEIRO, MAURO DE OLIVEIRA PRATES, MARCOS QUEIROZ BARBOSA DE DEUS, JOÃO MIRANDA FERREIRA ROCHA, IVAN DE FREITAS LEÃO, UBIRAJARA ÍNDIO DO CEARÁ FILHO e MAURÍCIO CAVALCANTI OLIVEIRA REGIS** para responderem à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias, nos termos do art. 396 do CPP.

4. Caso os denunciados, citados pessoalmente, não se manifestem, intime-se a DPU para assumir suas defesas.

5. Oficie-se à Corregedoria da Justiça Estadual solicitando que sejam encaminhadas a este Juízo as certidões da distribuição dos referidos denunciados.

6. Solicite-se ao NUCJU desta Seção Judiciária as certidões de distribuição dos referidos acusados e juntem-se as folhas de antecedentes criminais da PF/SR/BA e do CDEP.

7. Tendo em vista a impossibilidade de inserção no PJE dos arquivos indicados pelo Órgão Ministerial, a mídia encaminhada deverá ser acautelada na Secretaria desta Vara. Todavia,



Assinado eletronicamente por: ANTONIO OSWALDO SCARPA - 01/03/2020 21:49:45
<http://pje1g.trf1.jus.br:80/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=20030121494494500000179886567>
Número do documento: 20030121494494500000179886567

Num. 183189484 - Pág. 1



Assinado eletronicamente por: OVIDIO AUGUSTO AMOEDO MACHADO - 09/03/2020 18:33:23
<http://pje1g.trf1.jus.br:80/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=20030918332251700000189500941>
Número do documento: 20030918332251700000189500941

Num. 192920866 - Pág. 2

o MPF deverá providenciar a extração de 11 (onze) cópias da referida mídia para a efetivação do ato citatório.

8. Acolho integralmente o item 2 da cota ministerial como fundamento deste *decisum*, **determinando o arquivamento do presente inquérito policial no tocante ao investigado RICARDO OLIVEIRA ACCIOLY LINS**, com baixa, sem prejuízo do disposto no art. 18 do CPP.

9. No que se refere ao pleito constante do item 4, da cota ministerial, de acordo com o entendimento pacificado no Colendo Supremo Tribunal Federal, é admissível o compartilhamento de dados, inclusive os sigilosos, obtidos licitamente em investigação criminal, para instruírem outros procedimentos - ainda que não criminais - a serem eventualmente instaurados contra os próprios investigados.

Nessa linha, não se vislumbrando qualquer óbice ao repartimento das provas produzidas no presente feito para a instrução de procedimentos investigatórios, bem como de outras ações penais, **autorizo o compartilhamento das provas obtidas neste feito**, incluindo as provas sigilosas, obtidas por meio de afastamentos de sigilo bancário e telemático deferidos por este juízo com o **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, com vistas à instrução do TCO n. 11.978/2015-5; com o CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE), e com o MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, órgão federal responsável pelo repasse de verbas à CERB por meio do Convênio nº 769228/2012.** Autorizo, ainda, o Órgão Ministerial a proceder à extração das cópias necessárias para tal finalidade.

SALVADOR, 28 de fevereiro de 2020.

ANTÔNIO OSWALDO SCARPA
JUIZ FEDERAL DA 17ª VARA
ESPECIALIZADA CRIMINAL



Assinado eletronicamente por: ANTONIO OSWALDO SCARPA - 01/03/2020 21:49:45
<http://pje1g.trf1.jus.br:80/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=20030121494494500000179886567>
Número do documento: 20030121494494500000179886567

Num. 183189484 - Pág. 2



Assinado eletronicamente por: OVIDIO AUGUSTO AMOEDO MACHADO - 09/03/2020 18:33:23
<http://pje1g.trf1.jus.br:80/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=20030918332251700000189500941>
Número do documento: 20030918332251700000189500941

Num. 192920866 - Pág. 3



JUSTIÇA FEDERAL

SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE VITÓRIA DA CONQUISTA – BA
2ª VARA FEDERAL

PROCESSO N. 3030-89.2016.4.01.3307

REQUERENTE: JUSTIÇA PÚBLICA FEDERAL

ACSDO: SIGILOSO

DECISÃO

O MPF, às fls. 61/62, apresenta os endereços eletrônicos das pessoas investigadas a fim de subsidiar a decisão de fls. 53/58. Na mesma oportunidade, requer o compartilhamento dos dados obtidos nestes autos, bem como dos processos n. 8006-76.2015, 5644-04.2015 e 8005-91.2015 com a Polícia Federal, a CGU e a Receita Federal para a utilização nos procedimentos em que as pessoas físicas e jurídicas indicadas na inicial também constem como investigadas. Por fim, requereu autorização para que a diligência de busca e apreensão seja acompanhada por servidores da CGU.

Às fls. 63/69, o MPF informa a interposição de agravo de instrumento.

È no que interessa o relatório. **Decido.**

De início, mantenho as decisões de fls. 40/45 e 53/58 por seus próprios fundamentos.

Acerca do **pedido de compartilhamento das provas** dos dados obtidos nestes autos, bem como dos processos n. 8006-76.2015, 5644-04.2015 e 8005-91.2015, entendo que as provas obtidas nos presentes autos foram obtidas de forma lícita, respeitando-se as garantias individuais dos acusados, consoante os ditames da Constituição Federal.

Com efeito, a Jurisprudência do STJ e do STF é firme no sentido de que é admitida a utilização em processo distinto de “prova emprestada” em outro processo do inquérito policial ou do processo penal, desde que autorizada pelo juízo criminal e respeitados o contraditório e a ampla defesa. (STJ. 1ª Seção. MS 17.472/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 13/6/2012).

Ademais, entende-se também ser possível a utilização de prova emprestada validamente produzida em processo criminal, independentemente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (STJ. 2ª Turma. RMS 33.628-PE, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 2/4/2013).

Sendo assim, não vislumbro impeditivo para o empréstimo da prova produzida na presente cautelar, bem como dos processos n. 8006-76.2015, 5644-04.2015 e 8005-91.2015 a fim de subsidiar e instruir os processos administrativos e/ou judiciais de atribuição da Polícia Federal, da CGU e da Receita Federal para a utilização nos procedimentos em que as pessoas físicas e jurídicas indicadas na inicial também constem como investigadas.

No que concerne ao pleito de autorização para que a diligência de busca e apreensão seja acompanhada por servidores da CGU, a referida medida já havia sido deferida por meio da decisão de fls. 40/45 (item "d").

Por fim, observo que muito embora o *Parquet* Federal tenha apresentado os endereços eletrônicos das pessoas investigadas a fim de subsidiar a decisão de fls. 53/58, resta ainda pendente a apresentação do endereço do investigado Edilson Pereira Souza (fls. 15), a fim de que possa ser cumprida a decisão de fls. 40/45 (item "b").

Ante o exposto:

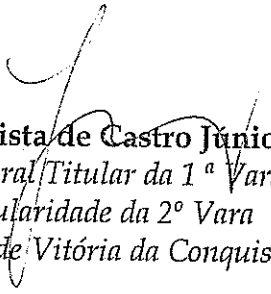
- a) Defiro o pedido de compartilhamento da prova produzida na presente cautelar, bem como dos processos n. 8006-76.2015, 5644-04.2015 e 8005-91.2015 a fim de subsidiar e instruir os processos administrativos e/ou judiciais de atribuição da Polícia Federal, da CGU e da Receita Federal para a utilização nos procedimentos em que as pessoas físicas e jurídicas indicadas na inicial também constem como investigadas.
- b) Determino que além da expedição de ofício para cumprimento por cada operadora em até 5 dias (item "b" da decisão de fls. 58), seja entregue também ao Delegado-Chefe de Polícia Federal igual comunicação.
- c) Intime-se o MPF para, no prazo de 5 dias, informar o endereço do investigado Edilson Pereira Souza, conforme requerido às fls. 15 do caderno processual.

Atente-se a Secretaria para o fato de que os endereços fornecidos às fls. 62/62 deverão subsidiar a ordem de afastamento dos dados telemáticos determinada às fls. 58 (item "b").

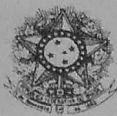
Translade-se cópia da presente decisão nos autos dos processos n. 8006-76.2015, 5644-04.2015 e 8005-91.2015.

Intime-se o MPF.

Vitória da Conquista/BA, 06 / 05 / 2016.


João Batista de Castro Júnior
Juiz Federal Titular da 1ª Vara
na Titularidade da 2ª Vara
Subseção de Vitória da Conquista

Fl. 532 /



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE 1º GRAU
2ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DA BAHIA

AUTOS N. 7212-68.2014.4.01.3314
CLASSE: 15208 - MED CAUT/ QUEBRA DE SIGILO DAD
REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF)
REQUERIDO: SIGILOSO

DECISÃO

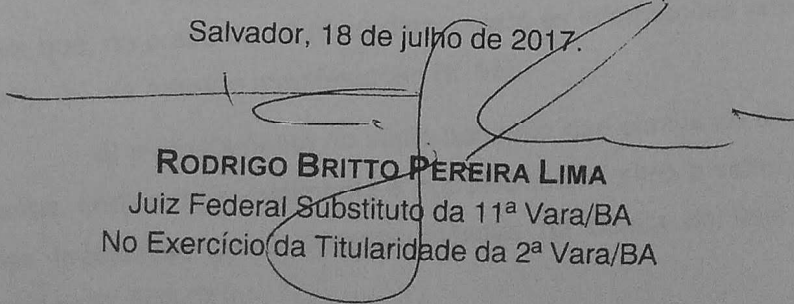
DEFIRO pedido de f. 471-476, formulado pelo MPF, determinando:

- 1) juntada da documentação referente a dados bancários obtidos com o afastamento do sigilo bancário dos requeridos;
- 2) compartilhamento de todo conteúdo da investigação, inclusive as provas sigilosas produzidas nestes autos, para instruir ações civis de improbidade administrativa pelo *Parquet*;
- 3) expedição de ofício ao Banco do Brasil, para que encaminhe fitas detalhes de caixa na forma do requerimento, ressalvando que este deve ser instruído apenas com cópia das folhas 473-476.

Cumpra-se com urgência.

Intime-se o MPF.

Salvador, 18 de julho de 2017.


RODRIGO BRITTO PEREIRA LIMA
Juiz Federal Substituto da 11ª Vara/BA
No Exercício da Titularidade da 2ª Vara/BA



JUSTIÇA FEDERAL
1ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE FEIRA DE SANTANA – BAHIA

Autos 9228-93.2012.4.01.3304
Juiz Federal FÁBIO MOREIRA RAMIRO

D E C I S ã O

Trata-se de medida cautelar de quebra de sigilo bancário requerida pela autoridade policial com fundamento no Inquérito Policial n. 1028/2010, instaurado para apurar suposta prática dos crimes de formação de quadrilha, falsificação de documentos particulares, dispensa e inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legalmente previstas, peculato, concussão, crimes contra a ordem tributária, além de outros que se possam evidenciar no curso do apuratório.

Manifestação do MPF às fls. 12/14, pelo acolhimento da representação policial.

D E C I D O.

O pleito da autoridade policial deve ser acolhido.

Embora o sigilo de dados esteja protegido no texto constitucional, não se trata de direito absoluto, sofrendo mitigação, mormente quando sobrepujar o interesse público sobre o particular, **ou em face de circunstâncias hábeis a demonstrar a possibilidade da prática de conduta delituosa**, como em tese, apresenta-se a hipótese dos autos.

Tem-se, assim, que o sigilo bancário pode e deve ser quebrado mediante decisão judicial quando houver inequívoco interesse em se descobrir a verdade sobre fato maculado de ilicitude civil, **penal**, tributária ou administrativa, porquanto o que a lei veda é o fornecimento indiscriminado e imotivado de informações

MEDIDA CAUTELAR 9228-93.2012.4.01.3304

As instituições financeiras deverão encaminhar os dados, no prazo de até trinta dias, a contar do conhecimento desta decisão judicial, através da rede mundial de computadores, utilizando-se dos programas VALIDADOR BANCÁRIO SIMBA e TRANSMISSOR BANCÁRIO SIMBA, disponibilizados no sítio <http://www.dpf.gov.br/simba> ou <http://www.dpf.gov.br/servicos/sigilo-bancario>.

Fica autorizado a autoridade policial representante e a peritos criminais designados a atuar no caso requisitar, diretamente às instituições financeiras, dados e documentos de suporte das operações financeiras realizadas no período de afastamento do sigilo, bem como aqueles relacionados a cadastros de clientes e análises de crédito feitos nas próprias instituições pela área de *compliance* ou controles internos.

Os dados e documentos oriundos desta medida cautelar de quebra de sigilo bancário **poderão ser compartilhados** com a Receita Federal do Brasil e a Controladoria Geral da União, a fim de subsidiar os processos administrativos de atribuições destes órgãos.

O feito tramitará sob sigilo de justiça.

Publique-se. Intimem-se.

Feira de Santana, BA, em 13 de novembro de 2012.


Juiz Federal **FÁBIO RAMIRO**



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DA BAHIA

Autos n. 28102-65.2017.4.01.3300

91 MW

AUTOS N. 28102-65.2017.4.01.3300
QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO
REQTE: AUTORIDADE POLICIAL
JUÍZO: 17ª VARA FEDERAL ESPECIALIZADA CRIMINAL

DECISÃO

Trata-se de pedido de quebra de sigilo das comunicações telefônicas e do sigilo telemático formulado pela Delegada de Polícia Federal Luciana Matutino Caires, com vistas a instruir o inquérito policial n. 0758/2017, que investiga o suposto cometimento dos crimes descritos no art. 90 da Lei n. 8.666/93 e no art. 312, do CP.

Segundo o reportado pela d. Autoridade Policial, haveria indícios da existência de Organização Criminosa estruturada para fraudar contratos com a Administração Pública Municipal, com o objetivo de desviar recursos públicos da saúde.

Diante das constatações acima referidas, requereu a quebra do sigilo telemático dos investigados ALUISIO ALMEIDA SANTOS, VIVIANE DUPLAT ALVES SANTOS e LUCIANA TORRES PEIXOTO e a interceptação das comunicações telefônicas das seguintes pessoas físicas e jurídicas: ALINE RIBAS FLORÊNCIO, ALUISIO ALMEIDA SANTOS, CARLA NASCIMENTO GOMES, ELBA VIVIANE SANTANA DO NASCIMENTO, LUCIANA TORRES PEIXOTO, VIVIANE DUPLAT ALVES SANTOS e INSTITUTO MÉDICO DE GESTÃO INTEGRADA.

Pugnou, ainda seja autorizado o compartilhamento de dados e documentos obtidos nesta investigação com a CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO.

Às fls. 78/81, a Delegada de Polícia Federal informou a atualização dos números de telefone a serem interceptados.



line (ONE DRIVE – Hotmail, GOOGLE DRIVE – Gmail), sob penas de multa diária, a ser cominada em caso de descumprimento.

É vedado o fornecimento de outros dados não discriminados nesta decisão, ficando registrado que somente poderão ter acesso às informações obtidas, além dos Delegados de Polícia Federal subscritores da representação criminal em questão, os **Agentes de Polícia Federal FABRÍCIO NASCIMENTO DE SOUZA (mat. 17.353), SABRINA DE MELO SPOSITO (mat. 17.849), JULIANA MELO AZEVEDO (mat. 16.855) e MARCELO PEREIRA CUNHA (mat. 14.101).**

A tramitação do presente procedimento, inclusive a expedição dos ofícios necessários ao cumprimento da medida, ficará sob a responsabilidade da Diretora de Secretaria Érika Lúcia de Carvalho Sá. Terão, ainda, acesso aos autos, os servidores Adriana Macêdo de Araújo, Adriana Pinho Joazeiro, Liana Caldas Vieira da Silva, Antônio de Jesus Groba, Antônio Daniel Nascimento Ramos e Cláudia Silva Moraes, sem prejuízo de eventual substituição regular, em observância ao art. 10 da Resolução n. 59/2008, do Conselho Nacional de Justiça.

Deve a Autoridade Policial atentar para as restrições contidas na Lei 9.296/96, bem como o que dispõe o art. 5º, XII, da Constituição Federal, sem prejuízo de outras garantias individuais, encaminhando a este Juízo o resultado das diligências, acompanhado de auto circunstanciado.

Ressalto que as informações obtidas não poderão ser utilizadas para fim diverso da investigação em curso e **deverão ser mantidas sob sigilo** (Lei n.º 9.296/96, art. 8º).

Quanto ao **pedido de compartilhamento** de provas com a CGU, temos que, de acordo com o entendimento pacificado no Colendo Supremo Tribunal Federal, não há óbice para o compartilhamento de dados sigilosos obtidos licitamente em investigação criminal para instruírem procedimento não criminal a ser eventualmente instaurado contra os próprios investigados. Além disso, a possibilidade de compartilhamento de dados sigilosos para instruir procedimentos extrajudiciais também é permitida pelos demais Tribunais.

Assinatura manuscrita em azul.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DA BAHIA

Nessa linha, não se vislumbrando qualquer óbice ao compartilhamento das provas produzidas no presente feito para a instrução de procedimentos investigatórios e administrativos, bem como de outras ações penais, é de ser deferido o pleito formulado pela autoridade policial.

Assim, autorizo o compartilhamento de provas obtidas na presente investigação com a CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO.

Intime-se a autoridade policial subscritora do presente requerimento, dando-lhe ciência da presente decisão e solicitando que preste maiores esclarecimentos acerca da suposta participação de **CARLA NASCIMENTO GOMES** nos ilícitos investigados, conforme requerido pelo Ministério Público Federal.

Intime-se o MPF.

Salvador, 28 de novembro de 2017.

A blue ink signature, appearing to be 'ANTÔNIO OSWALDO SCARPA', is written over a large, light blue circular stamp or watermark.

ANTÔNIO OSWALDO SCARPA
Juiz Federal da 17ª Vara
Especializada Criminal