

**Prêmio “Trabalho Relevante do Ano”  
do Departamento de Procedimentos  
Disciplinares**

*MANIFESTAÇÃO EM INQUÉRITO ADMINISTRATIVO, REJEITANDO  
PEDIDO DE EXCLUSÃO DE PROVA CONSTANTE DOS AUTOS.  
EXEGESE DO ART. 5º, INCISOS XII E XVI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.  
GRAVAÇÃO FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES NÃO  
CARACTERIZA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E NÃO ESTÁ  
DISCIPLINADA PELA LEI 9.296/96. SUSPEITA DE PRÁTICA DE CRIME  
CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: INTERESSE SOCIAL  
PREDOMINA SOBRE DIREITO À PRIVACIDADE.*

---

***Marta Martins do Carmo Donato***  
***Procuradora do Município***

Processo Administrativo nº 1997-0.258.755-7  
Interessado: Secretaria das Administrações Regionais  
Assunto: Irregularidade – Inquérito Administrativo

PROCED 1  
Sra. Procuradora Chefe

Ingressa o patrono do indiciado Miguel Marcos Barba com petição acostada às fls. 216/217, por meio da qual requer a exclusão do presente processo das fitas gravadas, suas transcrições e qualquer referência a

provas obtidas por meios ilícitos ou, em havendo licitude em sua obtenção, requer que constem do processo os elementos probatórios que assim a demonstrem.

Alega, em síntese, que:

1. as fitas gravadas correspondem a interceptação de comunicações telefônicas;
2. não há registro de quem seja o autor da prática nem da forma como as gravações foram obtidas; e
3. não há declaração a respeito de como tais elementos foram trazidos à autoridade municipal e de quem seria o responsável por sua inclusão no processo.

Aduz, assim, que referida gravação foi obtida por meios criminosos, em desrespeito ao art. 5º, incisos XII e LVI da Constituição Federal, de forma que a manutenção das fitas, consideradas meios ilícitos de prova, eis que obtidas por meio delituoso, e respectivas transcrições, no presente processo, macularia todo o procedimento do inquérito, inclusive futura decisão administrativa, tornando-o passível de nulidade.

Observe-se que a defesa contesta a validade das gravações que, em seu ponto de vista, constituem interceptações telefônicas.

Analisemos, pois, cada uma das objeções tecidas.

#### 1. NÃO HÁ REGISTRO DE QUEM SEJA O AUTOR DA PRÁTICA NEM DA FORMA COMO AS GRAVAÇÕES FORAM OBTIDAS

A série de reportagens publicadas pelo jornal Folha da Tarde nos dias 11 e 12.12.97 tem como repórteres responsáveis Roberto Cosso, João Renato Brajal e Edson Monteiro, consoante se verifica da publicação encartada à fl. 10v.º, que indica, ao final, tais nomes, por extenso. As demais publicações consignam as iniciais de um daqueles repórteres, entre parênteses, no final dos textos.

Dessa forma, não pode a defesa afirmar que não há registro de quem seja o autor das gravações.

A notícia encartada à fl. 13, que menciona conversa mantida com o indiciado Kleber Perez, está assinada por Roberto Cosso. Tal conversa, **mantida por telefone**, foi transcrita pela Comissão Processante, encontrando-se o trecho a ela correspondente inserido às fls. 141/154. Verifica-se que, logo no início, existe a identificação do interlocutor de Kleber Perez que diz: "É Roberto da Folha da Tarde".

O diálogo com o indiciado Miguel Marcos Barba, mencionado na notícia encartada à fl. 23, não consta das fitas encaminhadas juntamente ao presente processo e a conversa com o indiciado Carlos Eduardo Basso não foi mantida ao telefone, de forma que, em ambos os casos, não se pode falar em INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, não se inserindo no objeto da presente análise.

As demais conversas não são desenvolvidas com os indiciados neste processo, mas com terceiros, como, por exemplo, os donos ou funcionários de empresas especializadas na colocação de placas (fl. 10), de imobiliárias (fl. 09), o vereador Alberto Hiar (fl. 15v.<sup>o</sup>), o investigador Benedito Machado Neto (fl. 17) e seu filho Marcelo Machado (fl. 12v.<sup>o</sup>), observando-se que as reportagens que as mencionam sempre contêm a indicação do jornalista responsável pela matéria, por meio de suas iniciais.

Assim sendo, não há que se falar em falta de identificação do autor das gravações.

A forma de obtenção da gravação é, muitas vezes, mencionada nas próprias reportagens. Por exemplo, a conversa com Carlos Eduardo Basso foi mantida em um bar, em frente à Vigilância Urbana, sendo que, de acordo com a matéria estampada à fl. 19 v.<sup>o</sup>, "o repórter usava um gravador escondido na pochete".

Já a conversa com Marcelo Machado Filho foi gravada por telefone, conforme notícia de fl. 12 v.<sup>o</sup>.

No tocante a Kleber Perez, ao ser ouvido em averiguação preliminar à fl. 28, declarou que o repórter Roberto de Souza Campos Russo (sic) telefonou a ele, de forma que a gravação da conversa só pode ter ocorrido por telefone.

## 2. AS FITAS GRAVADAS CORRESPONDEM A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

Já verificamos, no item anterior, que nem todos os diálogos reproduzidos nas fitas gravadas ocorreram ao telefone.

Especificamente quanto às gravações realizadas pelos repórteres do jornal Folha da Tarde, não se pode considerá-las INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, posto que este não é o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria.

Nesse diapasão, trazemos à colação o ensinamento de Vicente Greco Filho, em "Interceptação Telefônica", Saraiva, SP, 1996, ao tecer considerações sobre a Lei 9.296, de 24.7.96:

*"Ainda no capítulo das observações preliminares, é importante fazer uma distinção que nem sempre se apresenta, quer em julgamentos, quer em textos doutrinários, qual seja a diferença entre a gravação feita por um dos interlocutores da conversação telefônica, ou com autorização deste, e a interceptação. Esta, em sentido estrito, é a realizada por alguém sem autorização de qualquer dos interlocutores para a escuta e, eventualmente gravação de sua conversa e no desconhecimento deles. Esta é que caracteriza o crime do art. 10 se realizada fora dos casos legais; a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada por alguns de gravação clandestina ou ambiental (não no sentido de meio ambiente, mas no ambiente), não é interceptação nem está disciplinada pela lei comentada e, também, inexistente tipo penal que a incrimine. Isso porque, do mesmo modo que no sigilo de correspondência, os seus titulares – o remetente e o destinatário – são ambos, o sigilo existe em face de terceiros e não entre eles, os quais estão liberados, se houver justa causa, para divulgação.*

*A lei não disciplina, também, a interceptação (realizada por terceiro), mas com o consentimento de um dos interlocutores.*

*Em nosso entender, aliás, ambas as situações (gravação clandestina ou ambiental e interceptação consentida por um dos interlocutores) são irregulamentáveis porque fora do âmbito do inciso XII*

do art. 5.º da Constituição e sua licitude, bem como a prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou interceptação, com o estado de necessidade e a defesa do direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal)."

No mesmo diapasão, Ada Pellegrini Grinover, em "Liberdades Públicas e Processo Penal – As Interceptações Telefônicas", RT, SP 1982:

*"Faz necessariamente parte da interceptação ato de terceiro; a doutrina já assentou a diferença entre a captação de comunicações telefônicas entre pessoas diversas do ouvinte e a gravação de uma conversa, por obra de um dos interlocutores, ainda que sem o conhecimento do outro; é que as interceptações indicam sempre a intervenção externa em comunicação entre outras pessoas, com a finalidade de tomar conhecimento de circunstâncias que, de outra forma, permaneceriam desconhecidas. Aquele que grava suas próprias conversas não é terceiro, com relação às mesmas, nem toma conhecimento de notícias que de outra forma desconheceria; limita-se a documentar fatos já conhecidos. A gravação de telefonemas próprios permanece, portanto, fora da disciplina das interceptações, embora possa configurar outra modalidade de violação à intimidade, a violação de segredo."*

A jurisprudência também reconhece a diferença acima apontada, consoante exemplos mencionados na citada obra de Vicente Greco Filho:

*Tribunal de Justiça de São Paulo  
(AI n. 171.084-1 – São José dos Campos – 1ª Câmara Civil – Relator: Euclides de Oliveira – 24.03.92)  
Prova – Gravação de comunicação telefônica – Deferimento – Interpretação do Art. 5º, inciso XII da Constituição da República – Recurso provido nesse sentido. É admissível aceitar como prova a gravação feita através de fita magnética de conversação mantida com terceiro, quando não haja interceptação, cumprindo ao juiz apreciar o valor do documento, se necessário através de perícia aferitória de sua autenticidade.*

*Prova – Comunicação telefônica – Interceptação – Secretária eletrônica – Admissibilidade, eis que obtida licitamente, embora sem o conhecimento de sua formação pela outra parte – Reputa-se inaceitável que, a pretexto da intransigente proteção ao direito à inviolabilidade das comunicações, se viole o igualmente constitucional direito de defesa. O que a Constituição veda é a interferência de terceiro no interior do diálogo, sem aceitação do comunicador ou receptor, aquilo que se denomina interceptação, dando azo à gravação clandestina. Todavia, a conversa regular entre duas pessoas que se aceitam como comunicador e receptor, em livre expressão de pensamento, admite gravação por uma das partes.*

*Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*

*Prova – Escuta telefônica – violação à garantia constitucional do sigilo – Inocorrência – Inteligência do art. 5º, XII da Constituição da República – A garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas diz respeito à interceptação, mas não a escuta, que com aquela não pode ser confundida, podendo ser admitida como prova em processo judicial (RJTACrim. vol. 22, abril/junho/94, p. 178. Relator: José Santana).*

No caso em apreço, as conversas foram mantidas entre um jornalista e um interlocutor. Cada jornalista identificado nas respectivas reportagens da Folha da Tarde manteve conversas, algumas telefônicas, com determinadas pessoas. O jornalista e o receptor são os titulares do direito do sigilo, sendo certo que a lei não veda que um deles grave a respectiva conversa e a divulgue, se houver justa causa. Assim sendo, não se pode falar em interceptação.

O problema da justa causa será abordado posteriormente.

### 3. NÃO HÁ DECLARAÇÃO A RESPEITO DE COMO TAIS ELEMENTOS FORAM TRAZIDOS À AUTORIDADE MUNICIPAL E DE QUEM SERIA O RESPONSÁVEL POR SUA INCLUSÃO NO PROCESSO

Malgrado tal circunstância não infirme a prova em questão e, portanto, não constitua justa causa para sua exclusão do processo, como

pretende a defesa, a alegação, de qualquer modo, também carece de fundamento.

Primeiramente, é mister lembrar que o processo administrativo é informado, dentre outros, pelo princípio do informalismo que, no dizer de Hely Lopes Meirelles, em "Direito Administrativo Brasileiro", RT, 12.<sup>a</sup> ed., 1986, "dispensa ritos sacramentais e formas rígidas para o processo administrativo, principalmente para os atos a cargo do particular. Bastam as formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza jurídica e à segurança procedimental".

Ora, depreende-se da leitura dos textos encartados neste processo em cópias xerográficas, às fls. 05/23, que, para confecção da matéria, os jornalistas mantiveram contatos pessoais e telefônicos com empresas ligadas ao ramo imobiliário e de divulgação, bem como com funcionários de órgãos públicos municipais.

Esses contatos foram registrados por meio de gravações constantes de fitas cassete que, segundo se lê na matéria de fl. 05 v.<sup>o</sup>, foram encaminhadas ao Secretário das Administrações Regionais, Alfredo Savelli. Este, segundo a mesma notícia "ouviu parte das gravações e prometeu apurar".

À fl. 18v.<sup>o</sup>, encontra-se reportagem cujo título é "Prefeito manda comissão averiguar denúncias no prazo máximo de 5 dias", da qual destacamos os seguintes trechos: "A reportagem da FT ouviu ontem o Secretário das Administrações Regionais, Alfredo Mário Savelli, sobre as irregularidades e exibiu trechos das gravações que denunciaram a rede de corrupção ... Savelli se disse interessado em apurar e punir os funcionários culpados pelos atos ilegais relatados pela FT. 'Quero pegar tudo isso, documentar o máximo possível e levar até as últimas consequências' ... 'Não estou preocupado com vereador. Estou preocupado em averiguar com toda profundidade **essas gravações que você trouxe** para concluir em relação ao envolvimento dessas pessoas em irregularidades que andam ocorrendo" (grifamos).

A reportagem acima referida se encontra subscrita pelo jornalista Roberto Cosso, sendo crível que tal repórter tenha procurado o Secretário das Administrações Regionais a pretexto das investigações por ele promovidas, ocasião em que lhe entregou as fitas em questão.

Essa hipótese é confirmada por meio do despacho de fls. 80/81, do Secretário das Administrações Regionais, em que recebe o relatório da Comissão de Averiguação Preliminar e encaminha o processo ao Departamento de Procedimentos Disciplinares, mencionando, "in fine", que "acompanha envelope contendo 3 (três) fitas gravadas".

Assim sendo, a questão suscitada pela defesa fica dirimida, posto que se pode concluir que o jornalista Roberto Cosso entregou as fitas gravadas ao Secretário das Administrações Regionais e esta autoridade municipal é a responsável por sua inclusão neste processo.

Mister se faz esclarecer que as fitas gravadas também foram encaminhadas ao DECON, consoante indicado na reportagem de fl. 53 e confirmado pela Comissão Processante que tem promovido contínuas diligências no DIPO, a fim de verificar o andamento do Inquérito Policial n.º 92/97 – 2.ª DECON. Nessa instância, foram tais gravações submetidas a perícia técnica no Instituto de Criminalística, devendo o laudo respectivo passar a integrar o presente processo, a fim de que se possa concluir corretamente acerca de sua autenticidade.

No que se refere ao debate quanto à ilicitude do meio de prova em apreço, importante considerar os conceitos doutrinários sobre a prova proibida. Paulo Lúcio Nogueira, em "Curso Completo de Processo Penal", Saraiva, 1993, assim preleciona:

*"Em primeiro lugar, cumpre distinguir o que seja prova ilegítima e prova ilícita, já que somente esta tem sido objeto de controvérsias. Prova ilegítima é aquela proibida por uma norma instrumental ou processual. Assim, a produção de prova ilegítima é proibida. Ex.: o art. 233 do processo penal dispõe que as cartas particulares interceptadas ou obtidas por meio criminoso não serão admitidas em juízo. Mas, as cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa do seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.*

*Já a prova ilícita é a que resulta de proibição de direito material. A colheita da prova ilícita é proibida.*

*Como diz Camargo Aranha 'a violação de um direito material pode ser ampla, não se resumindo na oposição à lei; é possível ofender*



*os costumes (exteriorizar segredo obtido em confessionário), a boa-fé (usar gravador distarçado), a moral (recompensar parceiro para conseguir a prova de adultério), etc.”*

Quanto à prova inserida neste processo, observa-se que nenhuma das gravações contidas nas fitas cassete pode ser considerada interceptação telefônica porque, ou não foram feitas em aparelho telefônico, ou, quando isso ocorreu, quem gravou a conversa foi um dos interlocutores e tal situação não se insere nas hipóteses previstas no art. 5.<sup>º</sup>, inciso XII da Constituição Federal e na Lei 9.296, de 24.7.96, conforme se verificou acima. Sob tal aspecto a prova atacada não pode ser conceituada como ilícita.

No que tange à possibilidade de a violação ao direito à intimidade infirmar tal prova, bem como às gravações efetuadas fora do aparelho telefônico, temos que confrontar tal direito com a justa causa para a gravação, que, no presente, parece-nos inquestionável, haja vista a provável ocorrência de crime contra a Administração Pública que originou, inclusive, providências policiais.

Ainda sob esse ângulo, interessante lembrar que há três teorias a respeito da prova ilícita. Reproduzimos a lição de Paulo Lúcio Nogueira na obra já citada:

*1º) Teoria da admissibilidade, para a qual somente as provas ilegítimas, que resultam de uma norma processual, é que estão vedadas e podem ser rejeitadas. Assim, os violadores de uma norma material respondem pela violação, mas a prova colhida tem validade. Como diz Ada Pellegrini Grinover ‘as provas colhidas, por exemplo, de uma violência arbitrária, devem ser admitidas, punindo-se apenas, penal ou disciplinarmente, o autor do ilícito’.*

*No mesmo sentido Camargo Aranha: ‘a conversa telefônica interceptada fica mantida como prova, processando-se o ofensor pela violação da lei adequada; a fotografia obtida mediante violação da intimidade vale como prova, punindo-se o violador; a gravação obtida sub-repticiamente permanece, embora se reconheça a má-fé do exibidor’.*

*2º) Teoria da inadmissibilidade ou da rejeição, que tem por base o princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado e o de*

que se a prova é ilícita ofende ao direito, não sendo, assim, admissível.

Esta teoria tem certas variações, que, em última análise não deixam de se insurgir contra a prova ilícita, que atenta contra os princípios do direito e da moral.

3º) Teoria da proporcionalidade, que procura buscar um certo equilíbrio entre os interesses sociais e o direito fundamental do indivíduo.

Tal teoria reconhece a ilicitude da prova, mas, tendo em vista o interesse social predominante, admite sua produção.

O ilustre Camargo Aranha propõe uma nova denominação para essa teoria, ou seja, do interesse predominante, o que não deixa de ser perfeitamente aceitável e válido.

A teoria da proporcionalidade é perfeitamente defensável, pois tendo em vista o interesse social ou público, deve este prevalecer sobre o particular ou privado, que de modo algum merece ser resguardado pela tutela legal, quando o particular fez mau uso do seu direito.

A regra é que todo cidadão merece o amparo ou proteção constitucional dos seus direitos fundamentais, mas, desde que faça mau uso desses direitos, deixa também de continuar merecendo proteção, principalmente quando se contrapõe ao interesse público.

.....  
Assim, o dispositivo constitucional aprovado no sentido de que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º LVI) deve ser interpretado de acordo com a teoria da proporcionalidade, pois o que é inadmissível é deixar de colher determinada prova importante e de interesse social, ainda que em detrimento do direito individual."

Tal teoria tem sido aceita pela jurisprudência, consoante se verifica das seguintes decisões:

SONEGAÇÃO FISCAL – Prova – Art. 5º, LVI, da CF – Política criminal que deve proteger a sociedade e não o criminoso  
VOTO – Não adianta reclamar contra a imoralidade do comportamento de toda uma nação se não houver vontade política de combatê-lo.

*Existe vontade política também na interpretação e na aplicação da lei. Se a interpretação for benigna demais, complacente demais, as leis serão ineficazes para combater o crime.*

*Ao vingar a aplicação generalizada da nulidade por provas ilícitas, será simplesmente impossível flagrar um sonegador de tributos, já que é crime que costuma disfarçar-se e raramente é praticado em praça pública.*

*Se a autoridade foi violenta e invadiu o domicílio e obteve prova da materialidade do crime, há de se perquirir se a violência continua atualmente inutilizando a prova, como seria o caso de confissão obtida mediante tortura. Mas, surpreender o criminoso na prática do crime, apesar de ele se ocultar, para mim é ato digno de elogio e perspicácia da polícia. Do contrário, estaria a fazer a apologia do crime praticado às escondidas, censurando-o apenas quando cometido às escâncaras.*

*Não sou contrário à aplicação do art. 5º, inciso LVI da Constituição. Mas pugno pela sua aplicação sensata. Justiça não é inimiga da polícia nem seus objetivos estão divorciados dos objetivos desta. A política criminal deve ser orientada no sentido de proteger a sociedade e não o criminoso.*

*Só Deus sabe o que está se passando atrás das paredes de uma casa. Se houver fundadas suspeitas de que ali está sendo perpetrado um crime, a sociedade tem o direito de invadir a casa para se resguardar. O direito à privacidade não pode agasalhar nem proteger os criminosos. (HC 95.02.17100-4/RJ – 1ª T – rel. Des. Federal Chalu Barbosa – DJU 12.03.1996, in RT 728 – julho de 1996, p. 884/666).*

*Prova criminal – Interceptação telefônica – admissibilidade – Inviolabilidade do sigilo que não tem caráter absoluto – Aplicação do princípio da proporcionalidade – Hipótese em que a polícia tendo suspeita razoável sobre envolvimento no comércio de drogas, obteve autorização judicial – Recurso provido. Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (due process of law), deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade (Ap. Crim. n. 185.901-3 – Indaiatuba – 3ª Câmara Criminal – Relator: Segurado Braz – 30.10.95 – v.u.).*

Não há na Lei nº 8.989/79 ou no Decreto nº 35.912/96, que orientam o processo administrativo disciplinar no âmbito desta Municipalidade, qualquer vedação ao acolhimento da legislação penal, sua doutrina e jurisprudência, para subsidiar a resolução de questões nesta instância.

Ressalte-se, finalmente, que a idoneidade da prova em questão está atrelada ao laudo do Instituto de Criminalística solicitado na esfera policial, cuja cópia integrará o presente como prova emprestada.

Ademais, não serão as gravações questionadas as únicas provas produzidas neste processo. Outras serão determinadas durante a instrução e será o conjunto probatório integral que possibilitará um correto juízo de valor sobre a prova em apreço, cuja retirada, neste momento, seria precipitada e desnecessária.

Com essas considerações, elevamos o presente a Vossa Senhoria, sugerindo o encaminhamento dos autos à apreciação do Excelentíssimo Senhor Secretário dos Negócios Jurídicos, para que, pela competência, melhor analise o pedido de fls. 216/218, acerca da retirada da prova dos autos.

São Paulo, 04.09.98.

MARTA MARTINS DO CARMO DONATO  
Procuradora Presidente – PROCED 221  
OAB/SP 66.679