

Parecer - Processo administrativo disciplinar - Atividade probatória ministerial - Repercussões na esfera processual penal e administrativa - Liminar do STJ que confere pecha de nula à perícia elaborada pelo GATE - Desconformidade processual e teoria dos frutos da árvore envenenada - Exceções - (Re)avaliação das provas e salvação dos atos processuais e administrativos praticados.

**NOTA TÉCNICA AO OFÍCIO CTCE/SEFAZ Nº 273/09, REFERENTE
AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR CONTRA
O FISCAL DE RENDAS FRANCISCO ROBERTO DA CUNHA GOMES
(PAD E-04/010308/2008)**

DÉCIO ALONSO GOMES

Promotor de Justiça do MP/RJ, Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial; Doutorando em Direito Processual pela USP; Mestre em Ciências Penais pela UCAM; Especialista em Direito pela UFF; Professor de Direito processual penal na UCAM e EMERJ; ex-Professor do Departamento de Processualística e Prática Forense da UFF.

Rio de Janeiro, 21 de janeiro de 2010.

I. DA CONSULTA

O excelentíssimo Coordenador da Coordenadoria de Combate à Sonegação Fiscal (COESF) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Doutor REINALDO MORENO LOMBA, formula consulta sobre a viabilidade jurídica e fátis-

ca de pretensão defensiva externada nos autos do Processo Administrativo Disciplinar E-04/010308/2008, em curso na Corregedoria Tributária do Controle Externo, da Secretaria de Fazenda Estadual.

Consta de referido Processo Administrativo petição de FRANCISCO ROBERTO DA CUNHA GOMES, Fiscal de Rendas da Secretaria de Fazenda Estadual, subscrita pelo nobre Advogado ANDRÉ EMILIO RIBEIRO VON MELENTOVYTCH, na qual busca-se declaração de nulidade do “termo de indicição” do servidor público, pela utilização de prova por ele reputada espúria, consistente no laudo de criptoanálise acostado aos autos do Processo nº 0140994-66.2006.9.19.0001 (antigo nº 2006.001.146801-4), em curso na 33ª Vara Criminal da Capital, prova pericial esta fulminada em seu valor probante por Aresto liminar do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, proferido no HC nº 154.093/RJ, que expediu ordem para que o Órgão Judicante *a quo* abstenha-se de sua utilização.

Afirma o requerente, nesta toada, que a “imputação descrita neste processo disciplinar foi formulada com base em *prova emprestada* produzida no processo penal em desfavor do servidor, que em sua defesa argüiu tal impossibilidade face ao princípio constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita (...) se tratando de prova emprestada do qual foi vedada sua utilização no processo criminal de origem, se torna óbvia conclusão que tal proibição é estendida a este processo disciplinar, fato que assume uma relevância maior, dado a peculiaridade consistente do próprio termo de indicição, que por já ter utilizado o espúrio elemento probatório em sua formulação, foi irremediavelmente contaminado”.

II. DA ANÁLISE FÁTICA E JURÍDICA

O processo penal (e, na sua esteira, o processo administrativo disciplinar, que decorre do Direito Administrativo Sancionador e, por isso, goza de semelhante disciplina), sob a ótica da prova, é considerado por relevante setor da doutrina como um instrumento de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico, destinado à instrução do sujeito processual encarregado da missão constitucional de decidir definitivamente o caso penal.¹ O proces-

1. Por todos: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 481. Tal assertiva deve ser interpretada à luz dos ensinamentos de BADARÓ, quando afirma “que a função ou a finalidade da prova irá variar de acordo com a concepção que se tenha do processo, em especial, de seu escopo e, principalmente, da possibilidade ou não de atingir o conhecimento verdadeiro dos fatos” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 160). Este autor, reiterando a importância da prova enquanto *instrumento adequado à reconstrução dos fatos* no processo (chamada por ele de *função cognitiva*) ressalta, também, que a prova possui uma função externa, voltada à legitimação social do exercício do poder jurisdicional.

so, por meio das provas, permite que o julgador exerça sua *atividade (re)cognitiva* – ou *atividade argumentativa*² – em relação ao fato histórico (*story of the case*) imputado na peça acusatória. Além disso, são as provas que conferem à opção decisória contida na sentença a necessária legitimação social.

Referida atividade recognitiva é feita por meio da instrução probatório-processual, consistente na atividade de colheita de provas que permitam a aproximação do fato histórico. No entanto, essa reconstrução não é feita de forma ilimitada ou desregrada, haja vista que tudo deve ser feito “de acordo com as regras legais que disciplinam a investigação, a produção e a valoração das provas”.³

A decisão final é legitimada pelo procedimento que a precede.⁴ São a forma e as garantias que permeiam o procedimento que permitem que a decisão daí emanada seja legítima e represente, *ipso facto*, a manifestação de um Estado de Direito.

“...E essa legitimação se dá na proporção direta do grau de participação que se autoriza aos sujeitos envolvidos no conflito para a formação do convencimento judicial. Assim é que essa participação se dá, em linhas genéricas, por intermédio de *alegações* e de *comprovações*; permite-se que as partes afirmem as situações de fato e de direito (em suma, os fatos jurídicos) que embasam suas pretensões ou suas exceções e, como consequência necessária, confere-se a elas a oportunidade de comprovar (*rectius*, convencer ao magistrado) que tais afirmações de fato são verossímeis. A prova assume, então, um papel de argumento retórico, elemento de argumentação, dirigido a convencer o magistrado de que a afirmação feita pela parte, no sentido de que alguma coisa efetivamente ocorreu, merece crédito”.⁵

2. Por todos, na doutrina internacional: TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 59. Na doutrina pátria: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 51. Asseveram os autores paranaenses: “...Da pequena incursão feita sobre alguns avanços na teoria do conhecimento pode-se extrair que a função da prova é se prestar como peça de argumentação do diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-jurisdicção sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal”.

3. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. T. I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 195.

4. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 140 e ss.

5. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 51.

No caso de fundo, a persecução penal referente à “Operação Propina S/A”, o ora requerente, uma das partes integrantes da polaridade passiva do Processo nº 0140994-66.2006.9.19.0001 (antigo nº 2006.001.146801-4), obteve ordem judicial – em caráter liminar – obstativa da utilização de fonte de prova específica (“laudo de criptoanálise”).

Em que pese o desacerto, *concessa maxima venia*, da argumentação judicial utilizada para afastar a utilização de tal prova,⁶ por força da autoridade dos comandos jurisdicionais e seu caráter de definitividade, impossível a adoção de via alternativa na prossecução da demanda original, passando-se a trabalhar com a premissa (ainda que precária) de que a prova não mais faz parte do universo processual.

Voltam-se a atenção e os cuidados, agora, à possibilidade de contaminação das demais fontes de prova e à validade do Termo de Indiciação (*rectius*, da retórica argumentativa expendida para fundamentar a “indiciação” do Fiscal de Rendas FRANCISCO ROBERTO DA CUNHA GOMES).

O ponto nodal a ser enfrentado, então, são os parâmetros probatórios outorgados pela doutrina norte-americana dos “frutos da árvore envenenada” (*fruits of the poisonous tree*), amplamente aceita e aplicada no Direito pátrio.⁷

Tal doutrina, como de ampla sabença, é uma extensão da *exclusionary rule of evidence*, a qual, ressalvadas algumas hipóteses, proíbe a utilização de provas obtidas com violação às garantias e aos direitos individuais.

6. Frise-se, por amor à técnica, que a liminar referida mostra-se em descompasso com a leitura sistemática e teleológica da orientação consolidada no C. STJ, isto porque, tendo-se como possível e legítima a investigação preliminar criminal conduzida pelo Ministério Público (cf. REsp 494.320-RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 26/10/2004, veiculado no informativo nº 226; HC 57118-RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 01/10/2009; REsp 681612-GO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 17/09/2009; HC 45057-DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 19/08/2009; HC 33682-PR, Rel. Min. Og Fernandes, j. 16/04/2009; RHC 23302-MG, Rel. Min. Celso Limongi, j. 16/04/2009), devem ser reconhecidos ao *Parquet* os poderes inerentes à atividade persecutória integral, surgindo como contraditório e intolerável a alegada dependência do Ministério Público dos serviços técnicos ordinários, haja vista que, no caso do Estado do Rio de Janeiro, o Instituto de Criminalística (que congrega os peritos estaduais) está administrativamente subordinado à Chefia de Polícia Civil, o que importaria, em última análise, na propagação da dependência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para a realização de perícias. Não por outro motivo foi criado o Grupo de Apoio Técnico Especializado (GATE), como forma de viabilizar a atuação preliminar do *Parquet* fluminense. Não fosse suficiente, verifica-se que, no caso vergastado, poderia o eminente Ministro Relator ter reconhecido o caráter *informativo* da prova pericial produzida unilateralmente, o que viabilizaria sua utilização apenas para o exercício da ação penal. Como prova repetível/renovável que é, correta seria a opção por determinar a renovação da perícia em Juízo, com expertos indicados pelo juiz natural, respeitando a nova sistemática do Código de Processo Penal, que permite a intervenção das partes na elaboração de quesitos e na indicação de assistentes técnicos.

7. Por todos: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 128/129 e 131/137.

“As duas cláusulas da 4ª emenda, mais a cláusula do privilégio contra a auto-incriminação forçada, da 5ª emenda, colocam a questão da ilicitude das provas. Dito em outras palavras, tornam relevantes discutir a solução a ser dada à hipótese em que provas foram efetivamente produzidas com infração às garantias veiculadas por essas cláusulas. (...)

Nos EUA, a questão da inadmissibilidade de uma certa categoria de provas surgiu, no âmbito da Suprema Corte, em *Boyd v. United States*, 116 US 616 (1886).

Interessante observar que a Suprema Corte iniciou o debate do tema pelo fim, isto é, pelas provas indiretamente ilícitas, isto é, ilícitas por derivação, como frutos de uma árvore envenenada (*fruits of poisonous tree*), que foi, aliás, como essa doutrina passou a ser conhecida. A solução jurídica a ser dada às provas diretamente ilícitas somente seria levantada na Suprema Corte muitas décadas depois, como corolário lógico.

Em *Boyd* desenvolveu-se a idéia de que uma prova produzida licitamente, mas oriunda da infração de alguma das regras ou cláusulas, ou com violação de algum dos direitos garantidos pela Constituição, deveria ser excluída do processo, a fim de que não tivesse qualquer efeito na determinação do fato criminoso e sua autoria.

(...)

Após *Boyd*, a Suprema Corte tornou ao tema em *Weeks v. United States*, 232 US 383 (1914).

Nesse julgamento, fundamental por inúmeros aspectos, a Suprema Corte criou um conceito que iria influenciar profundamente o processo penal: a chamada ‘regra de exclusão de prova’ (*exclusionary rule of evidence*) ou, simplesmente, ‘regra de exclusão’ (*exclusionary rule*).

Assim, em resumo, se em *Boyd* a Suprema Corte fixou a idéia de que a prova ilícita é írrita, em *Weeks* deixou assentado que a produção de provas ilícitas não contamina a validade do processo, mas leva à exclusão dessas provas do processo.

Um terceiro julgado, *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 US 385 (1920), consolidaria a doutrina dos frutos da árvore envenenada (...)

Em *Silverthorne*, a declaração oficial de que uma prova é ilegal resulta, como consequência lógica, não só na proibição da produção e do uso dessa prova em juízo, mas também na proibição de que produza qualquer efeito. Conforme já registrado anteriormente, o juiz associado Holmes escreveu que, dada a desobediência de uma regra jurídica quanto à forma pela qual se deve produzir uma prova, a solução é que ela não tenha, no processo, ‘efeito algum’.

No entanto, em que pese a candência das palavras do grande magistrado, a proibição da aquisição da prova não é absoluta. Na própria decisão de 1920, obtemperou que isso não significa que as prova obtidas ilegalmente sejam sagradas e inacessíveis (*sacred and inaccessible*); esse raciocínio possibilitou a criação de três doutrinas de atenuação da regra de exclusão. São elas (a) a 'doutrina da atenuação' (*attenuation doctrine*), (b) a 'doutrina da fonte independente' (*independent source doctrine*) e (c) a 'doutrina da descoberta inevitável' (*inevitable discovery doctrine*). Essa última é também denominada de 'doutrina da fonte independente hipotética' (*hypothetical independent source doctrine*)".⁸

A doutrina da atenuação foi inicialmente formulada pelo Juiz Associado FRANKFURTER no caso *Nardone v. United States*, 308 US 338 (1939), e, depois, aprofundada pelo Juiz Associado BRENNAN, no julgamento do caso *Wong Sun v. United States*, 371 US 471 (1963). Segundo ela, a ilegalidade original de uma prova se transmite a uma outra prova derivada (*derivate evidence*). Essa a essência da "doutrina dos frutos da árvore envenenada". Contudo, a ilegalidade da prova derivada já está atenuada em relação à anterior. Essa atenuação pode ser tamanha, que já não justifique a exclusão da prova.

A doutrina da fonte independente foi concebida no julgamento do caso *Silverthorne* e desenvolvida em *Nardone*. Segundo a exceção representada pela fonte independente, se a acusação puder determinar que a prova inquinada de ilegal teria sido obtida por uma fonte independente daquela cuja ilegalidade foi declarada, não se a exclui.

Por seu turno, a "doutrina da descoberta inevitável", ou da "fonte independente hipotética" foi criada nos tribunais de circuito e nos tribunais estaduais pela Suprema Corte no julgamento do caso *Nix v. Williams*, 467 US 431 (1984). Segundo essa formulação, se a acusação demonstrar que a prova ilegal seria, mais cedo ou mais tarde, legalmente descoberta e colhida, não se a exclui.

Questiona-se, portanto, se o *laudo de criptoanálise* poderia ser considerado a "árvore envenenada" e se as eventuais provas dele decorrentes e/ou os atos processuais a ele coligados teriam abaladas a sua eficácia e validade.

À luz da manifestação pretoriana estadunidense (corroborada e acolhida pela brasileira, repise-se), constata-se, ainda que implicitamente, que o laudo foi acoimado de "prova ilegítima" (aquela obtida ou produzida com violação de normas de direito processual)⁹ e, assim, nenhum ato fulcrado exclusivamente nele poderá ter aptidão jurídica para manter-se, validamente, no processo ou para gerar quaisquer efeitos extra-autos. É dizer, a eficácia irradiante

8. RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 121/124.

9. NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino, in *Rivista di diritto processuale*, vol. XXI, 1966, Padova, p. 442/475.

da desconformidade processual apontada não só invalida aquela fonte de prova específica, como impede que outros atos ou provas nele se baseiem.

Neste eito, todos os atos praticados após a juntada ou a utilização do *laudo de criptoanálise* devem ser novamente valorados, perquirindo-se se: 1) decorrem única e exclusivamente desta fonte de prova; 2) apesar de não decorrerem única e exclusivamente desta fonte de prova, foram atingidos ou afetados de maneira insanável por esta prova.

E a conclusão obrigatória a que se chega é que, excluindo-se a eficácia probante do laudo combatido, mantida resta a higidez dos autos do Processo nº 0140994-66.2006.9.19.0001 (antigo nº 2006.001.146801-4), bem assim do “Termo de Indiciação” integrante do Processo Administrativo Disciplinar E-04/010308/2008.

Sem ambages, inquestionável é o fato de que o *laudo de criptoanálise* compõe apenas parte do acervo probatório utilizado para, de um lado, conferir justa causa à persecução penal e, de outra banda, para fundamentar o termo de indiciação, sendo certo que sua exclusão mantém inalterado o quadro fático-probatório desfavorável ao requerente FRANCISCO ROBERTO DA CUNHA GOMES.

Tanto é assim, que o próprio Superior Tribunal de Justiça, em que pese ter declarado a nulidade da prova em espécie, quedou-se silente quanto aos demais termos do processo. Vale dizer: não reconheceu a Corte Superior o laudo de criptoanálise como prova fundante e essencial da estrutura processual ou do acervo componente da justa causa para o exercício da ação penal, não “trancando” a ação penal (*rectius*, permitindo que o processo criminal tivesse seu regular curso)¹⁰.

Na esfera administrativa sancionadora, de igual sorte, a fundamentação lançada pela d. Comissão de Processo Administrativo Disciplinar mantém-se incólume, ainda que subtraídas do seu acervo as referências ou sugestões ao laudo de criptoanálise.

As demais provas que fundamentam a atuação jurisdicional e da comissão administrativa enquadram-se no conceito de fontes independentes e não-contaminadas (*independent source*) e da descoberta inevitável (*inevitable discovery doctrine* ou *hypothetical independent source doctrine*), o que dá azo à manutenção das atuações punitivas (na esfera judicial e no campo administrativo).

10. Em situação análoga, gizou o STJ: “A Turma denegou o recurso, reafirmando o argumento de que o inquérito policial tem uma função investigatória e natureza administrativa, assim, seu trancamento é medida de exceção, que somente ocorre quando a atipicidade dos fatos ou sua inexistência são evidentes. Ressaltou o Min. Relator que o fato de dois outros funcionários terem prestado depoimento extrajudicial não tem o condão de afastar a investigação, que deve ser analisada à luz de um conjunto de provas, inclusive documentais, e ser produzido no procedimento administrativo do inquérito. Precedentes citados: HC 44.339-SP, DJ 21/11/2005; RHC 16.308-SP, DJ 1º/7/2005, e RHC 17.201-SP, DJ 9/5/2005” (RHC 15.713-MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 29/11/2005).

Aliás, rogadas novas vênias, verifica-se que o requerente, para conseguir obter a conclusão pretendida em seu silogismo, se vale de uma premissa falsa, pois, ao afirmar no item 2 de sua exposição, que a imputação administrativa atribui ao servidor o recebimento de vantagens pecuniárias de várias empresas em razão do deciframento dos códigos contidos em agenda com ele apreendida, acaba por desvirtuar e deformar a motivação lançada pela Comissão Administrativa, que reza, *in verbis*:

“...tendo, por tal feito, recebido vantagens pecuniárias através da xerocópia autenticada da agenda apreendida em poder do indiciado e constante dos autos do processo nº 2006.001.146801-4 da 33ª Vara Criminal (fls. 3.124 do 13º volume do Processo Administrativo Disciplinar nº E-04/10308/08 - PAD)”

“...Pelo teor dos diálogos apresentados nas gravações das interceptações telefônicas realizadas pelo Ministério Público Estadual, o indiciado freqüentemente marcava encontros pessoais com representantes das empresas identificadas abaixo, sendo que as datas dos encontros coincidem com os recebimentos de vantagens pecuniárias identificadas na agenda acostada aos autos do processo nº 2006.001.146801-4 da 33ª Vara Criminal”

“...O indiciado mantinha contatos pessoais, ou por intermédio de terceiros, com representantes das empresas identificadas abaixo, sendo comprovado, por intermédio da xerocópia autenticada da agenda acostada ao presente PAD nº E-04/010308/2008, o recebimento de vantagens pecuniárias indevidas por parte do indiciado”

“...Na agenda apreendida em poder do indiciado e acostada aos autos do processo nº 2006.001.146801-4 da 33ª Vara Criminal, figuram diversos apontamentos dentre os quais, os nomes de várias empresas seguidos de valores conforme consta nas fls. 2.982 a 3.141 do PAD nº E-04/010308/2008”.

Em nenhuma destas passagens há expressa referência ao *laudo de criptoanálise* (ou seu conteúdo), sendo certo que a Comissão de Processo Administrativo Disciplinar limita-se, nestes trechos, a fazer referência à agenda apreendida (que, apesar de também constituir fonte de prova, ostenta natureza ontológica diversa e atuação probatória distinta, não se confundindo com o laudo produzido a partir dela).

Registre-se, por oportuno, que não recai qualquer alegação ou reconhecimento de vício quanto à apreensão da agenda que continha anotações cifradas (ou quanto a agenda de *per si*), sendo esta fonte de prova plenamente válida e apta a gerar efeitos.

Daf ser possível não só sua apreciação isolada (ou seja, a utilização da agenda como elemento de prova, independentemente do laudo de criptoanálise do GATE do Ministério Público), como também a realização de (nova) perícia, agora sob os

auspícios judiciais (com observância das garantias inerentes a esta instância), atendendo a determinação do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Neste aspecto particular, importante, vez outra a lição doutrinária:

“Existindo um fato e duas provas, uma pode ser lícita e a outra ilícita. Ainda que ambas as provas tenham o objetivo de elucidar o mesmo fato, uma é totalmente independente da outra, e assim uma delas obviamente pode ser considerada pelo juiz. Aliás, essa independência também pode ocorrer quando a prova é posterior à ilícita, mas ela não tem qualquer vínculo.

O fato também tem a sua autonomia realçada quando a segunda prova, embora decorrente da ilícita, dela se desliga juridicamente, como acontece no caso em que a validade da última prova é admitida com base na teoria de que o fato seria inevitavelmente provado ou descoberto, pouco importando, assim, que tenha sido realizada a partir do resultado obtido por meio da prova ilícita”.¹¹

Ad argumentandum tantum, ainda que a Comissão de Processo Administrativo Disciplinar fizesse expressa referência ao *laudo de criptoanálise*, a desconsideração destes trechos, para fins de indicição do servidor público, não alteraria a sorte do ato realizado, em razão da suficiência da argumentação autônoma e não contaminada lançada pela autoridade administrativa.

Remarque-se, por derradeiro, que baldia é a pretensão defensiva de conferir a pecha de “*prova emprestada*” ao acervo probatório carreado ao processo administrativo disciplinar.

Na esteira do já decidido pela Corte Especial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o fornecimento a órgãos públicos do material probatório – ainda que de caráter sigiloso –, é realizado por meio de **comunicação obrigatória**, fruto do necessário e indispensável **compartilhamento de informações** entre os órgãos públicos.¹²

III. DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, é possível apontar as seguintes conclusões parciais à consulta realizada:

11. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 240/241.

12. “PROVA EMPRESTADA. DOCUMENTO SIGILOSO. No agravo regimental, insiste-se que este Superior Tribunal determine a inutilização das provas emprestadas ao TC e MP estaduais. A Min. Relatora esclareceu que o fornecimento aos órgãos estaduais (TC e MP) de substancioso material

1. o processo (qualquer que seja sua natureza ou área de atuação), por meio das provas, permite que o julgador exerça sua *atividade (re)cognitiva* – ou atividade *argumentativa* – em relação ao fato histórico (*story of the case*) imputado na peça inicial de eficácia acusatória;
2. são as provas que conferem à opção decisória contida na sentença a necessária legitimação social;
3. a atividade probatório-processual deve ser submetida a um processo de legitimação procedimental (com observância de sua forma e garantias);
4. impossível a utilização do “laudo de criptoanálise” constante dos autos do Processo nº 0140994-66.2006.9.19.0001 (antigo nº 2006.001.146801-4), por força da liminar expedida pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC 154.093-RJ, a qual acaba por inviabilizar sua utilização nos autos Processo Administrativo Disciplinar E-04/010208/2008 ou em qualquer outro processo, pela subtração de sua eficácia probante;
5. necessidade de análise do caso à luz da *Fruits os the Poisonous Tree Doctrine* (“teoria dos frutos da árvore envenenada”, parte da *exclusionary rule of evidence*) para verificação da legitimidade e da higidez do Processo nº 0140994-66.2006.9.19.0001 (antigo nº 2006.001.146801-4) e do Processo Administrativo Disciplinar E-04/010208/2008;

probatório de caráter sigiloso, inclusive gravações telefônicas, fruto de interceptação autorizada pela Justiça, as quais instruem o inquérito, foi realizado por meio de comunicação obrigatória, uma vez que no TC foi ou será instaurado procedimento administrativo disciplinar para apurar a conduta funcional do denunciado como integrante do colegiado e no MP estadual, órgão incumbido de zelar pela aplicação da lei, pela possibilidade de, na esfera local, haver conduta delituosa de competência da Justiça estadual. Daí surge o necessário e indispensável compartilhamento de informações entre os órgãos públicos. O questionamento sobre a validade ou não da prova emprestada deverá ser posto para apreciação, no momento oportuno, perante o órgão que dela venha a fazer uso, não podendo este Superior tribunal imiscuir-se em esfera de competência que foge das suas atribuições. A Min. Relatora esclarece ainda que, em precedentes deste Superior Tribunal sobre o tema, embora contraditórios, fica a cargo do órgão requerente a avaliação. A valoração do que pode ou não servir de prova, ou mesmo a qualificação do documento solicitado fogem inteiramente à competência do STJ, cabendo ao órgão interessado avaliar o documento probatório, procedendo à sua mensuração. O Min. Nilson Naves e o Min. João Otávio de Noronha, divergindo da Min. Relatora, entenderam que se estaria compartilhando, com quem nem integra o Poder Judiciário: o Tribunal de Contas e o Ministério Público. Nesse momento, essa prova perde seu sigilo, ferindo, assim, o texto constitucional. A interpretação só é possível no caso de **investigação criminal** - jamais em outros procedimentos. Precedentes citados do STF: Inq-QO-QO 2.424-RJ, DJe 24/8/2007; Inq 2.245-MG, DJe 9/11/2007; Inq QO 2.725-SP, DJe 26/9/2008; do STJ: RMS 20.066-GO, DJ 10/4/2006, e RMS 16.429-SC, DJe 23/6/2008" (AgRg nos EDcl na APn 536-BA, Rel. Min. Eliana Calmon, Corte Especial, j. 19/11/2008 – veiculado no Informativo nº 377).

6. teoria específica de exclusão da prova, que comporta três exceções longamente disciplinadas na jurisprudência e na doutrina: a) “doutrina da atenuação” (*attenuation doctrine*); b) “doutrina da fonte independente” (*independent source doctrine*); e c) “doutrina da descoberta inevitável” (*inevitable discovery doctrine*) ou “doutrina da fonte independente hipotética” (*hypothetical independent source doctrine*);

7. laudo de criptoanálise originário do Processo nº 0140994-66.2006.9.19.0001 (antigo nº 2006.001.146801-4), que foi reconhecido pelo STJ como “prova ilegítima”, posto produzido com violação de normas protetivas de natureza processual, o que impede sua utilização jurisdicional, bem assim sua utilização no Processo Administrativo;

8. processo de exclusão da prova considerada ilegítima que não altera a situação fático-processual dos autos do Processo nº 0140994-66.2006.9.19.0001 (antigo nº 2006.001.146801-4) e do “Termo de Indiciação” integrante do Processo Administrativo Disciplinar E-04/010308/2008, desfavorável ao requerente FRANCISCO ROBERTO DA CUNHA GOMES;

9. laudo de criptoanálise que materializava apenas parte do acervo probatório utilizado, não havendo alteração dos demais termos do processo no aresto do STJ, que prossegue pela subsistência e eficácia das demais provas acostadas;

10. Processo Administrativo Disciplinar que, de igual sorte, se mantém inalterado diante da exclusão de possíveis referências ao laudo de criptoanálise, diante da incidência dos conceitos de fontes independentes e não-contaminadas e da descoberta inevitável;

11. Termo de Indiciamento que não faz referência expressa em sua motivação ao laudo de criptoanálise (ou ao seu conteúdo) e se mantém incólume à determinação do STJ;

12. agenda apreendida que mantém autonomia probatória em relação ao laudo de criptoanálise e não incide na restrição determinada pelo STJ, sendo fonte de prova plenamente válida e apta a gerar efeitos;

13. possibilidade de apreciação probatória isolada da agenda, bem assim a realização de nova perícia, sob o pálio judicial, com observância das garantias inerentes a esta instância;

14. não cabimento de argumentação quanto ao tema “prova emprestada” no presente caso, diante da necessidade de comunicação obrigatória e compartilhamento de informações entre órgãos públicos;

15. pretensão defensiva que não merece verdejar, à luz da suficiência da motivação lançada pela autoridade administrativa, ainda que subtraídas eventuais referências ao laudo de criptoanálise combatido.

Este, s.m.j., é o Parecer.

Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 2010.

DÉCIO ALONSO GOMES

PROMOTOR DE JUSTIÇA

ASSISTENTE DA SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DE ATRIBUIÇÃO ORIGINÁRIA INSTITUCIONAL E JUDICIAL