



**UNIVERSIDADE CRUZEIRO DO SUL
CAMPUS VIRTUAL**

MARCELO DA SILVA BUENO – RGM 131555

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: UMA VISÃO DE SUA APLICAÇÃO NOS
PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES MILITARES DA BRIGADA
MILITAR**

**PORTO ALEGRE
2015**

MARCELO DA SILVA BUENO – RGM 131555

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: UMA VISÃO DE SUA APLICAÇÃO NOS
PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES MILITARES DA BRIGADA
MILITAR**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
conclusão do Curso de Especialização em
Direito Militar da Universidade Cruzeiro do
Sul – Campus Virtual.**

Orientador: Prof. Me. Agnei Rogério Meneguel

**PORTO ALEGRE
2015**

MARCELO DA SILVA BUENO

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: UMA VISÃO DE SUA APLICAÇÃO NOS
PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES MILITARES DA BRIGADA
MILITAR**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Cruzeiro
do Sul – Campus Virtual, como requisito parcial à conclusão do Curso de
Especialização em Direito Militar.**

APROVADO EM _____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

**AGNEI ROGÉRIO MENEGUEL
Orientador**

Membro

Membro

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha esposa pela companhia diária e pelo irrestrito apoio nas minhas conquistas pessoais. Dedico também, aos Oficiais e Praças da Brigada Militar que, com coragem, lisura e abnegação, desenvolvem suas atividades profissionais de forma responsável, em especial, àqueles que se dispõem à difícil missão de apurar infrações penais de seus pares e subordinados, superando as dificuldades institucionais, bem como, os problemas éticos e morais existentes em nosso cotidiano.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por me dar saúde e guiar meus passos, às vezes por caminhos difíceis, mas que me ensinam a vencer os desafios da vida.

Em segundo lugar, faço um agradecimento especial à Ritinha, minha esposa, que com seu amor, carinho, paciência e luta mostra como a vida é e pode ser maravilhosa, bem como pelo apoio irrestrito que me dá para o crescimento pessoal, profissional e acadêmico.

Aos meus pais, Milton Goulart Bueno (in memoriam) e Jane Silva Bueno, pela dedicação aos filhos e conseqüentemente a excelente base que recebi, sendo que de fato me ensinaram a vencer toda e qualquer barreira que se apresente na vida.

A meu orientador Prof. Me. Agnei Rogério Meneguel, que com sua sabedoria, propiciou segurança e tranquilidade na condução deste trabalho;

Aos amigos e colegas de curso, pela camaradagem e pelo apoio diário para cumprir as atividades profissionais concomitantes com o curso.

À Brigada Militar, pelo tipo de atividade profissional que me permite desenvolver, propiciando ajudar as pessoas nos momentos mais adversos.

Finalmente, àqueles que, de alguma forma, colaboraram com o presente trabalho ou simplesmente ficaram felizes com mais uma conquista.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo o estudo da interceptação telefônica já deferida judicialmente, atentando-se precipuamente à sua utilização em processo diverso do criminal, mais especificamente nos processos administrativos disciplinares militares da Brigada Militar. Inicialmente, será aduzido o conceito de interceptação telefônica, seu embasamento constitucional e infraconstitucional, bem como, os limites para sua utilização e conseqüente problemática de sua utilização em processo administrativo. A *posteriori*, serão trazidos conceitos de alguns princípios da administração pública de interesse da pesquisa, passando também a dissertar sobre o poder-dever de agir da administração pública no âmbito geral. Logo após, a partir disso, passar-se-á de fato para ceara militar, onde será conceituado poder hierárquico e disciplinar, autoridade disciplinar, hierarquia e disciplina, supedâneos das instituições militares. Conduzindo ao fechamento do conteúdo, será tratado sobre processo administrativo disciplinar em geral e no âmbito militar, conceito de provas, dentre elas a emprestada. Finalmente, como fontes conclusivas, as pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias relevantes acerca da utilização do conteúdo obtido por meio de interceptação telefônica, a ser utilizado como prova emprestada em processos vinculados a outros ramos do direito que não o penal, fundamentando no dever de agir da administração, princípios, normas e regras da administração militar. Como método, foi utilizado o hipotético-dedutivo, quanto à classificação, a pesquisa é aplicada, qualitativa, descritivo-explicativa, bibliográfica e jurisprudencial. Por fim, fundamentado em tudo que foi coligido ao trabalho, nas considerações finais será demonstrada a posição a respeito da problemática do assunto tratado no estudo proposto.

PALAVRAS-CHAVE: Interceptação Telefônica, Hierarquia e Disciplina, Processo Administrativo, Poder Disciplinar, Princípios da Administração, Prova Emprestada, Doutrina, Jurisprudência.

RESUMEN

Este trabajo tiene por alcance el estudio de la interceptación telefónica ya concedida judicialmente, con especial atención en su uso más allá del proceso criminal, específicamente en los procedimientos administrativos disciplinarios militares de la Brigada Militar. Inicialmente, se presentará el concepto de interceptación telefónica, su fundamento constitucional y infra-constitucional, así como sus límites de uso y las consecuencias de uso en un procedimiento administrativo. Posteriormente, serán presentados conceptos de algunos de los principios de la administración pública, dando conferencia sobre el poder y el deber de acción de la administración pública dentro de un marco general. Poco después, a partir de esto, lo hará de hecho para el ámbito militar, donde será conceptualizado autoridad jerárquica y disciplinaria, la autoridad disciplinaria, la jerarquía y la disciplina, principal fundamento de las instituciones militares. Con vistas al cierre de los contenidos, será tratado sobre el proceso administrativo disciplinario en general y los militares, concepto de pruebas, entre ellas las prestadas. Por último, como fuentes concluyentes, las investigaciones jurisprudenciales y doctrinales pertinentes sobre el uso del contenido obtenido a través de la interceptación telefónica, para ser utilizado como prueba prestada en los procesos vinculados a otras ramas del derecho que no sea penal, basado en el deber de actuar de la administración, principios, normas y reglas de la administración militar. Como método, se utilizó el hipotético-deductivo, cuanto a la clasificación, la investigación es aplicada, cualitativa, descriptivo-explicativa, bibliográfica y jurisprudencial. Por último, sobre la base de todo lo que ha sido presentado en el trabajo, en las consideraciones finales se mostrará la posición sobre el tema y los problemas abordados en el estudio propuesto.

PALABRAS-CLAVE: Interceptación telefónica, jerarquía y disciplina, proceso administrativo, poder disciplinario, principios de la administración, prueba prestada, doctrina, jurisprudencia.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	13
2.1 DO CONCEITO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	13
2.2 EMBASAMENTO LEGAL PARA SUA AUTORIZAÇÃO	13
2.3 DA LIMITAÇÃO PARA SUA UTILIZAÇÃO PROCESSUAL	14
3 DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL	16
3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	17
3.2 PRINCÍPIO DA MORALIDADE	17
3.3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	18
4 DO PODER-DEVER DE AGIR DA ADMINISTRAÇÃO EM GERAL	20
5 DO PODER HIERÁRQUICO	22
6 PODER DISCIPLINAR	23
7 AUTORIDADE DISCIPLINAR MILITAR	25
8 DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA MILITAR	26
8.1 DA HIERARQUIA E DISCIPLINA NAS FORÇAS ARMADAS.....	26
8.2 DA HIERARQUIA E DISCIPLINA NA BRIGADA MILITAR.....	27
9 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	30
9.1 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EM GERAL	30
9.2 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR NO ÂMBITO DA BRIGADA MILITAR	31
10 DAS PROVAS	33
10.1 DO CONCEITO DE PROVA	33
10.2 DA PROVA EMPRESTADA.....	33
11 DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL	35

11.1 DA PESQUISA NO ÂMBITO COMUM	35
11.2 DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO MILITAR	40
12 DA DOUTRINA	42
13 CONSIDERAÇÕES FINAIS	46

1 INTRODUÇÃO

Tem sido comum em nosso país tomarmos conhecimento de incontáveis crimes e escândalos envolvendo pessoas dos mais diversos tipos de profissão ou classe social. Destarte, muitos desses escândalos são materializados por meio de gravações de conversas colhidas de interceptação telefônica, mais conhecida popularmente como “grampos”. Desses escândalos, a sua ocorrência na administração pública, mais especificamente na administração militar envolvendo os Militares dos Estados¹ (Policiais Militares), não é diferente, sendo noticiado ao público de casos onde criam, integram e/ou participam de organizações voltadas para práticas delituosas, constituindo como, por exemplo, as conhecidas “milícias cariocas”.

A interceptação telefônica é uma ferramenta extremamente protegida, pois tem previsão constitucional, sendo garantida como direito fundamental, a inviolabilidade do sigilo de comunicação está como regra. Excepcionalmente, pode ocorrer a interceptação para fins de investigação criminal e instrução processual penal, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer. Nesse condão, foi editada a lei de interceptação telefônica, de nº. 9.296 de 24 de julho de 1996, preenchendo a lacuna existente com referência à matéria, que até então era suprida por doutrinas e jurisprudências.

Tanto a Constituição Federal como a Lei de Interceptação, foram taxativas limitando a utilização do seu dispositivo à investigação criminal e à instrução processual penal, silenciando quanto à possibilidade de sua utilização na instrução de outras demandas judiciais ou administrativas. Surge então a larga discussão se os diálogos interceptados podem ou não ser utilizados como prova emprestada, com questionamentos sobre sua validade e quais os limites para sua utilização.

Existem argumentos com ambas as interpretações, com aqueles que se opõem à utilização em outras esferas, alegando que a regra constitucional é

¹ Conforme Assis (2012, p. 42) “Os Militares são servidores públicos *lato sensu*. Por ocasião da edição da CF/88, o constituinte originário consignou em seu texto a clássica distinção, prevendo no art. 39 uma seção tratando dos servidores públicos civis e, no art. 42, a existência dos servidores públicos militares, distinguindo-os inclusive em duas espécies: servidores militares federais ou integrantes das Forças Armadas e; servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas Polícias Militares e de seus Corpos de Bombeiros Militares”.

estranque e que seria usada indevida e exageradamente, caso se admitisse o emprego dos resultados de uma interceptação fora dos casos previstos na Constituição. De outra banda, existem aqueles que entendem ser legalmente possível sua utilização como prova emprestada, baseando no fato de que a inviolabilidade protegida pela Constituição, já fora quebrada na esfera penal, logo, pode sim, ser utilizada em outra esfera, desde que os envolvidos no processo sejam as mesmas pessoas.

Diante do acima exposto, o presente trabalho tem por escopo analisar a interceptação telefônica, baseando-se na interpretação de que é possível sua utilização como prova emprestada em outras esferas, especificamente na administrativa disciplinar militar. Como fonte precípua de análise, será utilizada a instituição Brigada Militar, a qual servirá de subsídio para caracterizar que ilícitos administrativos poderão ser investigados utilizando Interceptações Telefônicas por meio da prova emprestada, tanto em casos de pequenas faltas disciplinares, até mesmo as de maior complexidade envolvendo Militares Estaduais.

O trabalho será realizado por meio da utilização do método dedutivo, de natureza básica, com objetivo do estudo de forma exploratória por meio de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e doutrinária, bem como estudo de documentos produzidos na Corregedoria-Geral da Brigada Militar. Este tipo de pesquisa é desenvolvida com base em materiais já elaborados, constituídos fundamentalmente de livros, determinações, súmulas, orientações e artigos científicos elaborados pela Polícia Militar Estadual do Rio Grande do Sul, conhecida como Brigada Militar. Conforme Prodanov e Freitas o processo dedutivo se conceitua em:

O método dedutivo, de acordo com o entendimento clássico, é o método que parte do geral e, a seguir, desce ao particular. A partir de princípios, leis ou teorias consideradas verdadeiras e indiscutíveis, prediz a ocorrência de casos particulares com base na lógica (PRODANOV e FREITAS, 2013, p. 27).

O levantamento bibliográfico tem a finalidade de dar embasamento teórico à pesquisa, através de livros, artigos científicos, revistas, matérias de jornais, conteúdos de sites especializados da Internet e documentos emitidos pela Brigada

Militar, com a finalidade de confrontar a visão teórica, com os dados empíricos, além de um melhor tratamento das informações levantadas.

O levantamento documental foi realizado através de um processo investigativo, com a busca do maior número de informações através de arquivos armazenados na Corregedoria-Geral da Brigada Militar, conversa com oficiais do referido órgão de Comando responsáveis pela gestão e administração dos processos Administrativos da Brigada Militar.

Por intermédio de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, de análise do geral para a Militar, traz-se no primeiro capítulo o assunto Interceptação Telefônica, conceituando-o e trazendo seus embasamentos legais, introduzindo, assim, a discussão sobre os limites para sua utilização em esferas diversas da criminal.

No segundo capítulo, no intuito de tornar o terreno fértil para justificar o uso das transcrições oriundas de interceptação telefônica na esfera administrativa, se conceitua legalidade, moralidade e eficiência, princípios da administração pública em geral, não diferente nas instituições militares e que devem, portanto, ser rigorosamente seguidos.

A fim de conduzir o estudo para o âmbito militar, nos demais capítulos, conceitua-se poder hierárquico e disciplinar, autoridade disciplinar militar, hierarquia e disciplina, os quais servem de supedâneos para as instituições militares, que se dividem em Forças Armadas e em Brigada Militar.

Apresenta-se, ainda, no nono capítulo, tessituras sobre o processo administrativo disciplinar em geral e no âmbito da Brigada Militar. No capítulo subsequente apresenta-se o conceito de provas em geral e as especificações sobre as provas emprestadas.

Finalmente, para fontes conclusivas, nos capítulos onze e doze, se traz as pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias relevantes acerca da utilização do conteúdo obtido através da interceptação telefônica e de seu uso como prova emprestada em processos vinculados aos outros ramos do direito, que não o penal, fundamentando no dever de agir da administração, princípios, normas e regras da administração militar.

No capítulo décimo terceiro e último, usa-se o silogismo, ou seja, construção lógica, em busca de extrair das premissas, logicamente decorrente das demais, as denominadas considerações finais.

A elaboração da presente pesquisa está justificativa e alicerçada no fato de que, em que pese à sensação de insegurança e impunidade que assola nosso país, é possível a detecção de ferramentas investigativas de extrema utilidade, para aqueles agentes públicos que atuam dentro da legalidade e da moralidade, utilizem-nas em processos criminais e administrativos, visando extirpar do convívio profissional os que atuam fora do sistema ético, moral e legal das instituições públicas.

Destarte, é de suma importância que a inviolabilidade de tais sigilos, prevista constitucionalmente, não permita que se chegue ao extremo, ou seja, a impunidade de pessoas que cometem crimes dos mais diversos aspectos e tentam proteger-se por essa regra. Visto que, em alguns casos, fica claro a supremacia do interesse público sobre o particular, bem como, para a devida transparência de todas as formas de instituições existentes em nosso país, que tanto sofrem com as ilegalidades. Como exemplo, imaginemos um caso hipotético de um Militar Estadual, que fala ao telefone sobre o recebimento de uma elevada propina, a fim de permitir o livre tráfico de drogas em sua área de responsabilidade. Nesta situação, é desnecessário privar a Administração Militar de elementos para motivar a exclusão do referido, forçando-a a mantê-lo em seus quadros até o trânsito em julgado de processo criminal.

O processo administrativo disciplinar militar, em regra, é bem mais célere em relação ao processo criminal militar, já que o último se estende por anos devido às possibilidades recursais e às elevadas demandas do poder judiciário militar. Logo, a administração militar tem o poder-dever de instaurar procedimento administrativo disciplinar Militar, com base nos elementos da investigação criminal, tendo o dever de agir dentro dos princípios da administração pública. Dentre esses princípios, estão a *moralidade*, *legalidade* e *eficiência* que servem de supedâneo para a manutenção da credibilidade da população na Polícia Militar e, ainda, no âmbito interno, a não quebra da hierarquia e da disciplina.

2 DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

2.1 DO CONCEITO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Como ponto inicial de cognição do trabalho, mister se faz a compreensão do significado do termo Interceptação telefônica, pois é comum haver distorções referente ao conceito de escuta telefônica, sigilo telefônico, dados cadastrais, dentre outros, decorrentes. Sumariamente, conceituando a interceptação telefônica, trata-se de uma captação feita por terceira pessoa, de comunicação entre dois (ou mais) interlocutores.

Destarte, traz-se à baila o seguinte conceito apresentado por Grinover, Fernandes e Filho (2009, p. 165) “Entende-se por interceptação a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de só um deles”.

Ainda, nesse mesmo diapasão, segue o entendimento de Luiz Francisco Torquato Avolio, o qual aduz o que:

[...] resulta essencial à noção de interceptação, além do fato de a operação ter sido realizada por alguém estranho à conversa, é que esse terceiro estivesse investido do intuito de tomar conhecimento de circunstâncias, que, de outra forma, lhe permaneceriam desconhecidas (AVOLIO, 2003, p. 92).

2.2 EMBASAMENTO LEGAL PARA SUA AUTORIZAÇÃO

A previsão legal para o pedido de interceptação telefônica está presente na Constituição Federal de nosso país, a qual garantiu como direito fundamental, a inviolabilidade do sigilo de comunicação e que está como regra, e excepcionalmente, a interceptação para fins de investigação criminal e instrução processual penal:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, **de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.** [Grifo nosso]

Com o objetivo de regular as hipóteses e forma de utilização da referida ferramenta, foi editada a lei de interceptação telefônica, a de nº. 9.296 de 24 de julho de 1996, preenchendo as lacunas existentes com referência à matéria, que até então era suprida por doutrinas e jurisprudências:

Artigo 1º - A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único – [...]

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Visto isso, pode-se considerar que se estiverem presentes os requisitos para a admissão do pedido de interceptação telefônica e essa já tenha sido devidamente autorizada pela autoridade judiciária, para servir de prova em investigação criminal e em instrução processual penal, entende-se que nada obsta usá-la como prova emprestada em outra esfera. Tal afirmação prende-se ao fato de que a inviolabilidade prevista pela Constituição Federal já fora quebrada na esfera penal, então não há impedimento para a (re)utilização dessa prova em investigação administrativa, em especial na administração Militar, foco do trabalho. Essa afirmação, que será devidamente dissecada e embasada nos próximos capítulos.

2. 3 DA LIMITAÇÃO PARA SUA UTILIZAÇÃO PROCESSUAL

Conforme supramencionado, a interceptação telefônica pode ser excepcionalmente autorizada, para fins de investigação criminal e instrução processual penal, e fundamentada na garantia constitucional da inviolabilidade do

sigilo de comunicação, considerada como direito fundamental. Bem como, é complementada pela lei nº. 9.296/96, que traz os elementos necessários ao preenchimento das lacunas existente referente à matéria, a qual menciona que a interceptação telefônica será autorizada para prova em investigação criminal e instrução processual penal.

Em uma análise restrita, constata-se que, assim como a Constituição Federal, a Lei 9296/96 foi taxativa e limitou a utilização do seu dispositivo à investigação criminal e instrução processual penal, não sendo possível, em tese, sua utilização para fins diversos. Diz-se em tese, pois desde o ano de 2004, vinha sendo discutida a possibilidade da utilização da interceptação telefônica em processos administrativos disciplinares e até mesmo na esfera civil, devido a inúmeros casos de pessoas envolvidas em atividade ilícitas, surgindo à necessidade de carrear conteúdos probatórios para instauração de processos em esferas diversas da criminal.

Logo, devidamente autorizada à obtenção de interceptação telefônica, conforme os parâmetros firmados pela Constituição Federal e lei 9.296/96, para fins de instrução processual penal ou investigação criminal, tornar-se possível sua utilização em outras esferas, mais especificamente, em processo administrativo disciplinar militar, quando constatada a falta disciplinar, em tese, cometida por agente público? Sendo positiva a resposta, questiona-se de que forma poderia ser materializada tal utilização.

3 DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL

Além de todas as alegações até agora trazidas, entende-se pertinente ser levado em conta, quando da utilização da interceptação telefônica no processo administrativo, os princípios da administração existentes na Constituição Federal, senão vejamos:

Art. 37 - **A administração pública** direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, **dos Estados**, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá aos princípios de legalidade**, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte: [...] [Grifo nosso].

Dentre os princípios supra descritos, para melhor desenvolvimento do presente trabalho, deve-se despender maior atenção para os da legalidade, moralidade e eficiência, conforme fundamentação abaixo:

[...] o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto [...] o ato administrativo não terá que obedecer somente e lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição [...] (MEIRELLES, 2009, p.83).

Tem-se observado em nosso país um desprezo à legalidade e a moralidade, onde pessoas ocupando as mais altas funções, respondem a processos, sendo presos por participarem de esquemas de corrupção e por praticarem condutas ilegais e imorais na Administração Pública, quando da ocupação de seus cargos e atribuições. A Administração Pública tem como dever apurar tais fatos, através de procedimento administrativo disciplinar, extirpando de seus quadros todo servidor público que comprovadamente comete atos atentatórios aos princípios éticos e legais, não sendo diferente, portanto, na administração militar.

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Esse princípio é visto como o alicerce do regime jurídico-administrativo, ou seja, todo e qualquer ato da Administração Pública deve estar pautado na lei, devendo proceder somente o que nela está permitido. Ao contrário da esfera particular, que pode fazer tudo que a lei não proibir.

Com o escopo de apresentar maior entendimento sobre tal princípio, traz-se à baila a definição de legalidade, Hely Lopes Meirelles:

[...] significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (MEIRELLES, 2009, p.89).

Ainda, ao encontro disso, Di Pietro (2010, p. 64) reza que “a administração pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende da lei”.

3.2 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Deve ficar claro o fato de que o agente público tem a obrigação de exercer suas atividades de acordo com os princípios éticos. Muitas vezes, os princípios da legalidade e moralidade se confundem, onde alguns autores entendem que a moral é absorvida pela legalidade, para tanto, bem esclarece Di Pietro:

[...] antiga é a distinção entre Moral e Direito, ambos representados por círculos concêntricos, sendo o maior correspondente à moral e, o menor, ao direito. **Licitude e honestidade** seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non omne quod licethonetum est* (nem tudo que é legal é honesto (DI PIETRO, 2010, p.76) [Grifo do autor].

No mesmo bojo, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o princípio da moralidade significa:

[...] um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria”, bem como que o a moralidade será transgredida “quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado” (MELLO, 2010, p.120).

3.3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

No momento em que a administração, seja ela pública ou privada, passa a obter resultados insatisfatórios de produtividade, surgem questionamentos por aqueles que são administrados, bem como por aqueles que recebem a prestação de determinado serviço. Logo, surge o mais moderno princípio da administração, o princípio da eficiência. Veja-se dois conceitos que podem elucidar o termo:

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público (DI PIETRO, 2010, p. 83) [Grifo do autor].

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da eficiência é algo mais que desejável para todos, sendo um princípio amplo, difícil de ser controlado pelos órgãos de fiscalização, porém é um princípio que norteia a administração pública e que traz o ápice administrativo perante o gestor, gerindo assim a máxima eficácia do ato jurídico-administrativo (MELLO, 2010, p. 92).

Fundamentado nas conceituações acima expostas, constata-se que o agente público deve, entre outros princípios, atuar em conformidade com a lei, dentro dos preceitos morais e buscando a eficiência. No momento em que isso não é respeitado, a administração tem o dever de agir, buscando melhorias, bem como a reeducação do agente público que comete algum deslize ou até mesmo sua demissão com fundamento no poder-dever de punir da administração, assunto que será tratado no capítulo seguinte.

Inobstante, as instituições Policiais Militares, em especial a Brigada Militar, não pode ser diferente, pois pertence à administração pública do estado. Nessa senda Jorge César de Assis destaca:

A mesma eficiência que deve reger as ações da Administração Pública deve reger, igualmente, as ações funcionais dos servidores públicos, inclusive os militares, já que todos devem desempenhar seu mister visando o bem-estar da coletividade a que servem (ASSIS, 2012, p. 234).

Além de ter o dever de agir dentro dos parâmetros tratados, a Brigada Militar e seus membros deve atuar fielmente no cumprimento da hierarquia e da disciplina militar, concomitante com os princípios gerais da administração pública, já destacados no presente trabalho.

4 DO PODER-DEVER DE AGIR DA ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

Entende-se que, quando constatada alguma irregularidade, em tese cometida por servidor público, ferindo os princípios da moral, da lei ou da eficiência, a administração não pode deixar de tomar medidas administrativo-disciplinares. Pois, tem o dever de agir, não lhe sendo discricionária tal ação, inclusive, podendo ser responsabilizado penalmente aquele que deixar de tomar providências seja na esfera comum² ou militar³.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Embora o vocábulo **poder** dê a impressão de que se trata de **faculdade** da Administração, na realidade trata-se de **poder-dever**, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade: os poderes são, pois, irrenunciáveis (DI PIETRO, 2010, p.89) [Grifo do autor].

Portanto, não pode haver dúvidas quanto a ação por parte de uma instituição pública ou como no caso em estudo, uma organização militar, já que deve estar pautada e atuante em prol da coletividade. No momento em que isso não for seguido, entra o dever da administração de adotar medidas disciplinares em relação a ações irregulares de determinado servidor público civil ou militar.

No entendimento de Márcio Fernando Elias Rosa:

Poder sugere autoridade, uso de prerrogativas, porém segundo o desejo de seu detentor. Para Administração Pública não é assim. Poder corresponde, ao mesmo tempo, a dever. *Poder-dever*. Há inteira subordinação do poder em relação ao dever, tanto que aquele não pode ser exercido livremente, sujeitando-se a sempre a uma finalidade específica. A possibilidade de a Administração fazer valer a supremacia do interesse público, impor condições ao exercício de direitos, atividades individuais, impor obrigações ou estabelecer normas (ainda

² Código Penal Comum - Condescendência criminosa - Art. 320 - Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente. Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

³ Código Penal Militar - Condescendência criminosa - Art. 322 - Deixar de responsabilizar subordinado que comete infração no exercício do cargo, ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente. Pena - se o fato foi praticado por indulgência, detenção até seis meses; se por negligência, detenção até três meses.

que de natureza administrativa) revela os tais “poderes” administrativos (ROSA, 2009, p. 103).

Acrecenta-se ainda o entendimento de Di Pietro (2012, p. 95), o qual aduz que a “Administração não tem liberdade de escolha entre punir e não punir, pois tendo conhecimento de falta praticada por servidor, tem necessariamente que instaurar o procedimento adequado para sua apuração e, se for o caso, aplicar a pena cabível”.

Nesse mesmo sentido, Antônio Carlos Alencar Carvalho, destaca que:

Uma vez conhecida a infração de deveres ou proibições funcionais por parte do agente público, com a conseqüente quebra da disciplina interior administrativa, rende-se ensejo ao exercício do *poder disciplinar* da *Administração Pública*, que constitui o poder-dever de impor sanções administrativas, previstas em lei, aos servidores faltosos, com a finalidade de corrigir os seus devios de comportamento, nos casos de infrações não expulsórias e, ou desligar do serviço público os transgressores, nas hipóteses passíveis de demissão [...] (CARVALHO, 2012, p. 492).

5 DO PODER HIERÁRQUICO

O poder hierárquico existe para que seus agentes estejam atrelados aos princípios da administração, visando a manutenção de uma estrutura que objetiva a satisfação do interesse público e que deseja ter como reposta de trabalho o fiel cumprimento dos fins para que exista. Para entender elucidar o conceito de poder hierárquico, segue três definições que se complementam para entendê-lo.

Conforme José Armando da Costa:

O poder hierárquico é o sistema mais primitivo. Sua característica proeminente radica na condição de poder ser dinamizado de forma discricionária pelo superior hierárquico. Nesse sistema, a definição da transgressão, a pena correspondente e o procedimento apuratório ficam quase que ao exclusivo talante do chefe da repartição (COSTA, 2010, p.84).

O poder hierárquico de acordo com Abreu trata-se do seguinte:

Poder hierárquico e o poder disciplinar são dois institutos que fazem parte dos poderes da Administração Pública Militar que, por sua vez, lança mão desses poderes para fazer valer a supremacia do interesse público perante o administrador e realizar as suas diversas atividades administrativas (ABREU, 2010, p. 60 e 63).

Temos ainda, o conceito de Antônio Carlos Alencar Carvalho

Uma vez que a função administrativa do Estado objetiva a satisfação do interesse público e o fidedigno cumprimento dos fins eleitos pelo ordenamento jurídico, cumpre que órgãos e agentes que compõem a estrutura da Administração Pública sejam organizados em um sistema hierarquizado, de escalonamento vertical, formada por uma máxima autoridade/órgão superior e uma sucessiva sequência de órgãos e agentes inferiores, subordinados à direção administrativa dos hierarcas mais elevados, de modo a se garantir um funcionamento ordenado e funcionalmente dirigido da máquina administrativa (CARVALHO, 2012 p.79 e 80).

Portanto, é possível dizer que o poder hierárquico faz parte do poder-dever de agir da administração, bem como amparados na hierarquia e na disciplina, se complementam no exercício desses poderes, assunto este que será estudado nos capítulos subsequentes.

6 PODER DISCIPLINAR

Para Meirelles (2009, p.126) o “Poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da administração”, como no caso *sub examine*, os Militares dos Estados. O autor destaca que trata-se de uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração.

Ainda nesse sentido, alinho o conceito exarado por Di Pietro (2010, p.94) o qual destaca que o “Poder disciplinar é o que cabe a Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa [...]”.

Para Márcio Fernando Elias Rosa, o poder disciplinar:

Corresponde ao dever de punição administrativa ante o cometimento de faltas funcionais ou violação de deveres funcionais por agentes públicos [...]. Decorre do poder hierárquico, do dever de obediência as normas e posturas internas da Administração. Doutrinadores apresentam o poder disciplinar com sendo exercício de faculdade da Administração, sendo então discricionária a sua aplicação. Tal não é verdadeiro; há de haver na apuração e sancionamento da conduta afrontosa dos deveres funcionais, podendo incidir discricionariade apenas na escolha da sanção a ser imposta (ROSA, 2009, p.108).

Ligando o poder disciplinar ao hierárquico, temos Antônio Carlos Alencar Carvalho:

A estrutura hierarquizada da Administração Pública constitui e tem por fundamento o poder dos órgãos e agentes situados em posição hierárquica superior não somente de ordenar, coordenar e rever os atos praticados pelos inferiores, com ainda de aplicar a estes as punições necessárias, em acaso de cometimento de irregularidades (CARVALHO, 2012, p. 83).

Abreu (2010, p.63) sobre poder disciplinar define que:

O poder disciplinar está relacionado ao poder hierárquico, decorre deste, e consiste no poder de apurar a prática de infrações administrativas de caráter funcional e de aplicar as sanções correspondentes a todos que estão sujeitos à disciplina administrativa (ABREU, 2010, p. 63).

Poder disciplinar trata-se da possibilidade que a administração possui de adotar medidas cabíveis, quando algum servidor público ou pratica alguma ação ilícita ou se omite de realizar algo que lhe era dever de ofício. Da mesma forma, quando um Militar Estadual incidir em alguma infração administrativa, surge à obrigação da autoridade militar em adotar providências quanto à apuração de tal fato. Assim sendo, a partir do próximo capítulo, serão apresentadas as ferramentas administrativas-disciplinares existentes no âmbito militar, em especial na Brigada Militar, atinentes à autoridade disciplinar militar.

Insta ressaltar que o poder disciplinar tem sua origem desde os primórdios da humanidade organizada, onde existia a figura do líder de grupo, ou até mesmo o comandante de um aglomerado, que sempre esteve à frente das decisões a serem tomadas, seja no âmbito civil ou militar.

7 AUTORIDADE DISCIPLINAR MILITAR

O Decreto 43.245, de 19 de julho de 2004, que instituiu o Regulamento disciplinar Militar da Brigada Militar, elencou no artigo 20 as autoridades com as atribuições referidas:

Art. 20 São autoridades competentes para aplicar sanções disciplinar:

- I – O governador do Estado a todos os Militares Estaduais sujeito a este regulamente,
- II – O Chefe da Casa Militar aos que estiverem sob suas ordens;
- III – O Comandante- Geral e Subcomandante-Geral da Brigada Militar a todos os militares Estaduais sujeitos a este Regulamento, exceto o Chefe da Casa Militar e àqueles que servirem sob as ordens deste;
- IV – O Chefe do Estado Maior da Brigada Militar aos que estiverem sob suas ordens;
- V - O Corregedor-Geral, o Comandante do Comando do Corpo de Bombeiros, os Comandantes dos Comandos Regionais de Polícia Ostensiva, os Comandantes dos Comando Regionais de Bombeiros, o Comandante do Comando dos Órgão de Polícia Militar Especiais e os Diretores aos que estiverem sob suas ordens ou integrantes das OPM subordinadas;
- VI – O Ajudante-Geral, os Comandantes e subcomandantes de Órgãos Policiais Militares, os chefes de Assessorias, Seção, Centro e Divisão, e os Comandantes de Subunidades aos que estiverem sob seu comando, chefia ou direção.
- VII – Os Comandantes de Pelotões Destacados, aos que servirem sob suas ordens.

O estatuto da Brigada Militar, lei Complementar nº 10.990, de 18 de novembro de 1997, fez constar de onde decorre a autoridade policial militar, trazendo em seu artigo 12 o que segue:

A hierarquia e a disciplina militar são a base institucional da Brigada Militar, sendo que a autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º - A hierarquia militar é a ordenação da autoridade em nível deferentes, dentro da estrutura da corporação, sendo que a ordenação se faz por postos ou graduações e, dentro de um mesmo posto ou de uma mesma graduação, se faz pela antiguidade no posto ou na graduação, consubstanciada no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

8 DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA MILITAR

O poder disciplinar, apresentado como resultado da hierarquia, peregrina toda a Administração Pública nas relações entre seus agentes, e no caso das instituições militares, a hierarquia e a disciplina consiste em seus verdadeiros pilares constitucionais.

A hierarquia e disciplina militar são como princípios constitucionais que fundam a base das organizações militares, condensando valores como o respeito à dignidade da pessoa humana, o civismo, a lealdade, a constância, o patriotismo, o profissionalismo, a verdade, a coragem, a honra e a honestidade. Tais princípios objetivam propiciar máxima eficiência às instituições militares, conferindo-lhes poder e controle sobre seus integrantes.

Para Wilson Odirley Valla:

A organização militar é baseada em princípios simples, claros e que existem há muito tempo, a exemplos da disciplina e da hierarquia. Como se tratam dos valores centrais das instituições militares é necessário conhecer alguns atributos que revestem a relação do profissional com estes dois ditames basilares da investidura militar, manifestados pelo **dever de obediência e subordinação, cujas particularidades não encontram similitudes na vida civil** (VALLA, 2003, p. 116 apud ASSIS, 2012, p. 86) [grifos do autor].

A disciplina militar é uma disciplina qualificada se tomada em relação à disciplina exigida de outros servidores, já que é detentora de institutos próprios, com a imposição de comportamentos absolutamente afinados, do serviço e dos deveres militares, o que em regra não se exige do serviço público civil.

8.1. DA HIERARQUIA E DISCIPLINA NAS FORÇAS ARMADAS

A disciplina e hierarquia são institutos constitucionalizados em favor das Forças Armadas e Forças auxiliares, conforme Art. 42 da Constituição Federal:

Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são

militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios [Grifo nosso].

A Constituição Federal no art. 142 do capítulo reservado às Forças Armadas, não deixa dúvidas sobre as bases em que se assentam essas instituições, dispondo o seguinte:

As Forças Armadas, constituídas pela marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, **organizadas com base na hierarquia e na disciplina**, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem [Grifo nosso].

Como forma conceitual, traz-se à baila a Lei 6.880 de 09 de Dezembro de 1980, o Estatuto dos Militares, onde o Artigo 14 trata o seguinte:

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

8.2. DA HIERARQUIA E DISCIPLINA NA BRIGADA MILITAR

Tanto a Constituição Federal de 1988, quanto a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1989, fazem referência aos dois princípios basilares das Instituições Armadas, solidificando o entendimento de que além de estarem intimamente ligados à essência dessas instituições, se revestem do manto da proteção constitucional e alcançam um “*status*” de Princípio Constitucional.

Conforme Costa (2006, p.18) a Constituição Estadual do Rio Grande do

Sul, estranhamente, não reproduziu esses princípios constitucionais em relação à Brigada Militar, transferindo ao Estatuto dos Militares Estaduais do RS tal incumbência, que fez constar em Lei Complementar de nº 10.990, de 18 de agosto de 1997, em seu Art. 2º, organizada com base na hierarquia e na disciplina, sob os princípios constitucionais que a regem:

Art. 2º - A Brigada Militar, instituída para a preservação da ordem pública no Estado e considerada Forças Auxiliares, reserva do Exército Brasileiro, é instituição permanente e regular, organizada com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Governador do Estado.

Com o escopo de sedimentar entendimento acerca de tais conceitos, estabelece o Regulamento Disciplinar da Brigada Militar, Decreto 43.245/04:

Art. 3º - A hierarquia e a disciplina são a base institucional da Brigada Militar.

Art. 4º - São manifestações essenciais da disciplina e da hierarquia policial militar:

I - a correção de atitudes;

II - a pronta obediência às ordens dos superiores hierárquicos;

III - a dedicação integral ao serviço;

IV - a colaboração espontânea para a disciplina coletiva e a eficiência da instituição;

V - a consciência das responsabilidades;

VI - o respeito à hierarquia entre os servidores militares ativos e inativos;

VII - a rigorosa observância das prescrições legais e regulamentares.

Art. 5º - As ordens legais devem ser prontamente executadas, cabendo inteira responsabilidade à autoridade que as determinar.

§ 1º - Em caso de dúvida, será garantido ao subordinado os esclarecimentos necessários para o total entendimento e compreensão sobre o que deve cumprir.

§ 2º - Quando a ordem contrariar preceito legal poderá o executor solicitar a sua confirmação por escrito, cumprindo a autoridade que a emitiu atender à solicitação.

§ 3º - Cabe ao executor que exorbitar no cumprimento de ordem recebida a responsabilidade pelos excessos e abusos que cometer.

Cabe ressaltar que o Regulamento Disciplinar adotado pela Brigada Militar, trouxe definições esclarecedoras no que diz respeito à disciplina, onde inclusive o subordinado poderá adotar medidas saneadoras, quando do cometimento de transgressão disciplinar, sendo que o subordinado deverá somente comunicar às autoridades competentes.

Art. 6º - Todo servidor militar estadual que se deparar com ato contrário à disciplina militar deverá adotar medida saneadora. Parágrafo único – Se detentor de precedência hierárquica sobre o transgressor, o servidor militar do Estado deverá adotar as providências cabíveis pessoalmente; se subordinado, deverá comunicar às autoridades competentes.

9 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

9.1 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EM GERAL

Fundamentado no conteúdo apresentado nos capítulos anteriores, no momento em que a autoridade disciplinar entende pertinente a aplicação do poder disciplinar, é possível materializar-se tais institutos por meio do processo administrativo, o qual se consolida após a constatação de que em tese, um servidor público, em especial o Militar Estadual que tenha cometido, por exemplo, um crime de concussão, possa ser submetido a um processo com seu direito constitucional de ampla defesa e contraditório devidamente respeitado.

Para tanto, vemos o entendimento de Mello (2010, p. 327), o qual entende que “Processo administrativo, instrumento de compostura mais complexa, é um procedimento apurador, desde logo instruído pelos autos de sindicância e obediente ao princípio da ampla defesa” [...].

Consolidando o entendimento anterior, Di Pietro (2010, p. 623), reza que processo administrativo “[...] existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, [...] tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela administração”.

Portanto, conforme abordado em capítulos anteriores, para que a administração pública possa adotar as providências quanto aos possíveis desvios de conduta de seus agentes, tem-se como ferramenta o processo administrativo disciplinar:

O fenômeno processual disciplinar consiste numa seriação de atos que são desencadeados, numa sequência formal, com o objetivo de fundamentar uma base legal para que sobre ela seja editado o correspondente ato punitivo (COSTA, 2010, p.56).

Como subsídio importante para verificarmos a importância do processo administrativo, não só para segurança do agente, mas até mesmo para sociedade, traz-se a afirmação de Antônio Carlos Alencar Carvalho:

Dentro dessa garantia de permanência no serviço público, empenhada em favor dos servidores estáveis titulares de cargo efetivo, exsurge o instituto do *processo administrativo disciplinar*, que protege o agente estatal da arbitrária perda do posto público permanentemente ocupado, por meio de simples decisão discricionária do Estado, de sorte que, além de resguardar os interesses pessoais dos funcionários, a referida garantia processual também se presta como instrumento assecuratório da isenção e independência dos agentes públicos em sua atuação funcional, o que termina por atender a uma aspiração da coletividade quanto ao desenvolvimento desempenho das funções públicas, acima das conveniências políticas temporárias, em salvaguarda do interesse público (CARVALHO, 2012, p. 75) [Grifo do autor].

Enfim, o processo administrativo disciplinar é ferramenta de que dispõe a administração pública para tomar medidas que visam à correção, educação ou até mesmo exclusão do servidor público, quando este, em tese, comete alguma conduta tipificada como delituosa, seja ela omissiva ou comissiva, conforme aduz o seguinte autor:

O processo administrativo disciplinar é o instrumento destinado à comprovação e punição de irregularidades verificadas na atividade funcional dos agentes da administração pública, com vistas a promover a aplicação do estatuto de disciplina aos fatos constitutivos de infrações disciplinares (CARVALHO, 2012, p. 613).

Ainda sobre processo administrativo disciplinar:

A apuração de qualquer falta funcional, ou aplicação do princípio, exige sempre a observância de procedimento legal, assegurada a ampla defesa e o contraditório [...] A punição sempre depende de procedimento administrativo e a eleição da sanção deverá estar conformada com a falta praticada (ROSA, 2009, p.108).

9.2 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR NO ÂMBITO DA BRIGADA MILITAR

Como já vem se materializando no transcórrer do trabalho, os Militares dos Estados, por exercerem cargos públicos, pertencem à administração pública, logo também estão sujeitos a processos administrativos disciplinares, todavia nesses casos, no âmbito militar. Na Brigada Militar existem três formas de materialização de processos administrativos, que a seguir serão discorridos sucintamente:

- a) O conselho de justificação, previsto na Lei 5.836 de 05 de Dezembro de 1972, o qual é destinado a julgar, através de processo especial, da incapacidade do oficial da Polícia Militar (em nosso estudo - Brigada Militar), sendo esse Militar Estadual de carreira, julgando se o referido deve ou não permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar;
- b) O Conselho de disciplina, previsto no Decreto 71.500 de 05 de Dezembro de 1972, o qual é destinado a julgar da incapacidade das praças da Polícia Militar, com estabilidade assegurada, para permanecerem na ativa, criando-lhes, ao mesmo tempo, condições para se defenderem;
- c) E finalmente, o Regulamento Disciplinar da Brigada Militar, Decreto 43.245/04, que traz em seu bojo, o PADM (Processo Administrativo disciplinar Militar), o qual se destina a apurar as infrações de menor porte, ou ainda as mais graves para aqueles Militares que não possuem estabilidade funcional.

10 DAS PROVAS

10.1 DO CONCEITO DE PROVA

Entende-se que prova é um conjunto de elementos apresentados ao juiz com o objetivo de convencê-lo da existência de determinado fato, buscando a verdade. Logo, devidamente autorizada judicialmente, a prova coligida por meio de interceptação telefônica para instruir processo criminal, deve ser utilizada pela administração como prova emprestada, visando à instauração de processos administrativos disciplinares.

Para o renomado e ilustre Fernando Capez, prova é o:

Conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação. (CAPEZ, 2001, p. 246)

Cabe salientar que o termo prova não é unívoco, pois, segundo Grinover (2009, p.112), em uma primeira acepção, prova “indica o conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos. Num segundo sentido, designa o resultado dessa atividade. No terceiro, aponta para os meios de prova”.

10.2 DA PROVA EMPRESTADA

Tendo em vista a discussão do presente trabalho, bem como, a doutrina e jurisprudência apresentada em capítulos anteriores, verifica-se a importância da conceituação de prova emprestada, onde segundo Ada Pellegrini Grinover:

Entende-se por prova emprestada aquela que é produzida num processo, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos neste; ou ainda, na definição clássica, aquela que já foi produzida juridicamente, mas em outra causa, da qual se

extrai para aplicá-la a causa, da qual se extrai para aplicá-la à causa em questão (Bentham) (GRINOVER, 2009, p. 117).

Para Ricardo Henrique Alves Giuliani, prova emprestada trata-se do seguinte:

É aquela colhida em um processo e trasladada para outro, podendo ser um testemunho, uma confissão, uma perícia, um documento. Pode-se utilizar a prova emprestada, desde que, porém, facultado o contraditório e a ampla defesa, Do contrário, ela torna-se ilícita, porquanto obtida em violação aos princípios constitucionais. (GIULIANI, 2007, p.164)

Costa apresenta entendimento bastante amplo do tema prova e em especial, a emprestada, onde inicialmente reza que:

Discordando virtualmente do critério da absoluta previsão legal dos meios de probatórios, o nosso diploma maior admite todos os meios de prova. A não ser que se trate de provas constituídas de modo ilícito. Portanto a sistemática de nosso ordenamento jurídico-processual, em que se incluem todas as categorias de processo, é, em matéria de prova, aberto. Fechando-se apenas para os meios de comprovação ilícitos (COSTA, 2010, p.104).

Ainda o mesmo autor, finaliza dissertando sobre o tema, trazendo o seguinte:

[...] o fato tomado de empréstimo pode, no contraditório da instância acolhedora, se transformar em prova. Isso desde que, obviamente, os fatos, na instância receptora, sejam desdobrados para gerar outras provas produzidas sob a presidência do juízo natural (Juiz e comissão de disciplina igualmente competentes) e sob a égide do devido processo legal. [...]
Entende-se que tais empréstimos podem ocorrer entre os juízes, nas instâncias penal, civil e disciplinar, e nos vários graus de jurisdição (COSTA, 2010, p.105).

Destarte, assim como foi verificada interpretações contrárias ao uso de interceptações telefônicas no processo administrativo como prova emprestada, temos aquelas favoráveis ao seu uso como prova emprestada, sendo essa a corrente majoritária, claro, desde que envolva as mesmas partes e com observância do contraditório e da ampla defesa.

11 DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL

Diante da necessidade da administração pública em tomar medidas administrativas de correção, educação ou até mesmo exclusão, com base em interceptações telefônicas, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu autorizar o envio de cópias do acervo de provas reunidas nos autos do Inquérito (INQ) 2424, reforçando a possibilidade de usá-las como prova emprestada. Essa autorização foi feita atendendo aos requerimentos de informações do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que solicitaram acesso ao inquérito relativo à Operação Furacão, desencadeada pela Polícia Federal. A decisão foi tomada após o ministro relator, Cezar Peluso, levar ao Plenário da Corte uma questão de ordem referente a esses pedidos.

O Superior Tribunal de Justiça e o Conselho Nacional de Justiça afirmaram que, nos seus respectivos requerimentos, os pedidos têm por objetivo formar juízo sobre a instauração ou não de processo administrativo, destinado a apurar infrações disciplinares imputáveis a magistrados sujeitos a seu controle.

O Ministro Cezar Peluso, relator, levantou a questão de ordem, tendo em vista que os autos do inquérito continham interceptações telefônicas realizadas, de forma lícita, pela Polícia Federal. Segundo o ministro, a Constituição Federal, bem como a Lei 9.296/96, não permitiriam o empréstimo de prova contendo interceptação telefônica para qualquer outra investigação ou processo penal.

11.1 DA PESQUISA NO ÂMBITO COMUM

Ao serem atendidos os requerimentos do STJ e do CNJ, o referido Ministro disse acreditar que os conteúdos obtidos pela interceptação estariam sendo usadas para provar os mesmos atos, contra as mesmas pessoas ou agentes, pelo mesmo Estado. Nesse caso, se tiraria da mesma fonte de prova a capacidade de servir de meio de convencimento do mesmo fato, desde que se trate de procedimento não penal, resumiu o ministro. Surge, então, à seguinte jurisprudência, presidida pela Ministra Ellen Gracie, contrária ao entendimento do relator:

EMENTA: Prova Emprestada. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal n.º. 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. (Supremo Tribunal Federal, Inquérito 2424, Rio de Janeiro, Relator Min. Cezar Peluso, Plenário: 25.04.2007, DJ 24.08.2007).

Nessa mesma perspectiva, no ano de 2005, tem-se o seguinte:

EMENTA: Interceptação Telefônica - Objeto – Investigação Criminal – Notícia de desvio administrativo de conduta de servidor. A cláusula final do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal – “... na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” – não é óbice à consideração de fato surgido mediante a escuta telefônica para efeito diverso, como é exemplo o processo administrativo-disciplinar. MANDADO DE SEGURANÇA – PROVA. No mandado de segurança, a prova deve acompanhar a inicial, descabendo abrir fase de instrução. A exceção corre à conta de documento que se encontra na posse de terceiro. PROCESSO ADMINISTRATIVO – COMISSÃO – DESAFETOS. A atuação de comissão permanente de disciplina atende ao disposto no artigo 53 da Lei nº 4.878/65, não se podendo presumir seja integrada por desafetos do envolvido. PROCESSO ADMINISTRATIVO – ACUSADOS DIVERSOS – PENA – ABSOLVIÇÕES. Uma vez presente, a equação “tipo administrativo e pena aplicada” exclui a tese da ausência de proporcionalidade. Enfoques diversificados, tendo em conta os envolvidos, decorrem da personalidade, da conduta administrativa de cada qual. (Supremo Tribunal Federal, RMS. 24956, Distrito Federal, Relator Min. Marco Aurélio, Plenário: 09.08.2005, DJ 18.11.2005).

Ainda, nesse mesmo diapasão, no ano de 2008, surge entendimento de que:

EMENTA: questão de ordem. Inquérito policial. Supervisão do supremo tribunal federal. Pedido veiculado pelo conselho de ética e decoro parlamentar da câmara dos deputados: compartilhamento das informações. Finalidade: apurações de cunho disciplinar. Presença de dados obtidos mediante interceptação telefônica, judicialmente autorizada. Prova emprestada. Admissibilidade. Juízo de proporcionalidade (inciso XII do Art. 5º e § 2º do art. 55 da cf/88). Precedentes. 1. A medida pleiteada pelo Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados se mostra adequada, necessária e proporcional ao cumprimento dos objetivos do parágrafo 2º do artigo 55 da Constituição Federal de 1988. 2. Possibilidade de compartilhamento dos dados obtidos mediante interceptação telefônica, judicialmente autorizada, para o fim de subsidiar apurações de cunho disciplinar. Precedente específico: Segunda Questão de

Ordem no Inquérito 2.424 (Ministro Cezar Peluso). 3. Questão de Ordem que se resolve no sentido do deferimento da remessa de cópia integral dos autos ao Sr. Presidente do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, a quem incumbirá a responsabilidade pela manutenção da cláusula do sigilo de que se revestem as informações fornecidas. (Supremo Tribunal Federal, Inquérito 2725, São Paulo, Relator Min. Carlos Britto, Plenário: 25/06/2008, DJ 26.09.2008).

Posteriormente, publicado no ano de 2009, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, resolveu a questão de ordem no sentido de permitir o compartilhamento requerido pela Controladoria Geral da União, vencido o entendimento do Senhor Ministro Marco Aurélio, sendo presidente o Senhor Ministro Gilmar Mendes, chegou-se ao seguinte:

EMENTA: Prova Emprestada. Penal. Interceptação telefônica. Documentos. 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. Precedentes. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, 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 dessas provas. (Supremo Tribunal Federal, Pet. 3683, Minas Gerais, Relator Min. Cezar Peluso, Plenário: 13.08.2008, DJ 19.02.2009).

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: Mandado de segurança. Servidor público civil. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Comissão disciplinar. Impedimento. Inocorrência. Cerceamento de defesa. Princípio do contraditório. Violação. Inocorrência. Prova emprestada. Legalidade. Interceptação telefônica. Auto circunstanciado. Degravação integral. Desnecessidade.

[...]

IV - A doutrina e a jurisprudência se posicionam de forma favorável à "prova emprestada", não havendo que suscitar qualquer nulidade, tendo em conta que foi respeitado o contraditório e a ampla defesa no âmbito do processo administrativo disciplinar, cujo traslado da prova penal foi antecedido e devidamente autorizado pelo Juízo Criminal. (Superior Tribunal de Justiça, MS 13.501, Distrito Federal, Relator Min. Félix Fischer, Plenário: 10.12.2008, DJ 09.02.2009).

EMENTA: Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público federal. Policial rodoviário. Demissão. Uso de prova emprestada. Interceptação telefônica. Legalidade. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Independência entre as esferas penal e administrativa. Sentença criminal transitada em julgado. Desnecessidade. Precedentes. Direito líquido e certo não demonstrado.

1. Mandado de segurança contra ato do Sr. Ministro de Estado da Justiça, consubstanciado na Portaria n. 18, de 21.1.2010, que implicou na demissão do impetrante dos quadros de pessoal do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, em decorrência de apuração da prática das condutas descritas nos artigos 117, IX e XII e 132, IV e XI da Lei nº 8.112/90, no âmbito de processo administrativo disciplinar.

2. [...]

3. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que as esferas penal e administrativa são independentes, sendo, portanto, improcedente a alegação do impetrante de que a Administração Pública é incompetente para aplicar sanção antes do trânsito em julgado da ação ajuizada pelo Ministério Público na via judicial penal. Precedentes: MS 9.318/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJ 18/12/2006, MS 7024/DF, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Terceira Seção, DJ 04/06/2001, REPDJ 11/06/2001.

4. Ademais, é firme o entendimento deste Tribunal de que, respeitado o contraditório e a ampla defesa em ambas as esferas, é admitida a utilização no processo administrativo de "prova emprestada" devidamente autorizada na esfera criminal. Precedentes: MS 10128/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 22/02/2010, MS 13.986/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 12/02/2010, MS 13.501/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 09/02/2009, MS 12.536/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 26/09/2008, MS 10.292/DF, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, DJ 11/10/2007.

5. Na espécie, a referida prova foi produzida em estrita observância aos preceitos legais, cujo traslado para o procedimento disciplinar foi precedido de requerimento formulado pela Comissão Processante do PAD perante o Juízo Criminal Federal (1ª Vara Federal de Campos dos Goytacazes), devidamente deferido e submetido ao contraditório e ampla defesa em ambas as esferas.

6. Tendo sido a interceptação telefônica concretizada nos exatos termos da Lei 9.296/96, haja vista que o impetrante também responde criminalmente por sua conduta, não há que se falar em ilegalidade do uso desta prova para instruir o PAD.

7. Acrescenta-se que a condenação do impetrante não se deu unicamente com base nas gravações produzidas na esfera penal, tendo havido farto material probatório, como análise documental, oitiva de testemunhas, dentre outras provas, capaz de comprovar a autoria e materialidade das infrações disciplinares.

8. Também não se pode esquecer que a nulidade do PAD está diretamente ligada à ocorrência de prejuízo à defesa do servidor acusado, observando-se o princípio do "pas de nullitésansgrief", o que não foi demonstrado nos autos.

9. Da análise dos autos, verifica-se que inexistem quaisquer nulidades no aludido PAD, já que, durante todo o seu trâmite, foram devidamente observados os princípios da legalidade, da ampla defesa e do contraditório, tendo sido o impetrante regularmente notificado da instauração do processo administrativo (fls. 218) e para o ato do

interrogatório (fls. 383), sendo certo que apresentou defesa, regular e oportunamente (fls. 464/484).

10. [...].(Superior Tribunal de Justiça, MS 15.207, Distrito Federal, Relator Min. Benedito Gonçalves, Plenário: 08.09.2010, DJ 14.09.2010).

Finalmente, com o fito de demonstrar jurisprudência recente, apresenta-se o que segue:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ARGUMENTOS APRESENTADOS NA DEFESA PRELIMINAR DO ART. 4º DA LEI N. 8.038/90. PRESCINDIBILIDADE DO EXAME DE TODAS AS TESES DEFENSIVAS NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AOS ARTS. 5º, INC. LV, E 93, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NÃO APRESENTAÇÃO DA DEFESA PRÉVIA PREVISTA NO ART. 7º DA LEI N. 8.038/1990. ARGUMENTAÇÃO A SER APRESENTADA NESSE MOMENTO DEDUZIDAS NA DEFESA CONSTANTE DO ART. 4º DA LEI N. 8.038/1990. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Alegações do Recorrente de ter sofrido investigação movida por vingança e por “inimigos institucionais” parciais, de ter sido plantada prova para incriminá-lo (cópia de ofício que lhe fora destinado), de nulidade das interceptações telefônicas utilizadas como prova emprestada, de atipicidade da conduta imputada, de ausência de provas para condenação e de contrariedade ao princípio da presunção de não culpabilidade e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Impossibilidade de reexame de fatos e provas em recurso ordinário em habeas corpus. 2. Alegação de contrariedade aos arts. 5º, inc. LV, e 93, inc. IX, da Constituição da República, por ter o Tribunal de Justiça do Amazonas alegadamente deixado de analisar argumentos da defesa apresentados na defesa preliminar prevista no art. 4º da Lei n. 8.038/1990. Acórdão proferido em segunda instância originariamente fundamentado. Juízo de recebimento da denúncia. Cognição sumária. 3. Não apresentação da defesa prévia prevista no art. 7º da Lei n. 8.038/90. Defesa do art. 4º da Lei n. 8.038/1990 com apresentação de argumentos quanto ao mérito da ação penal. O princípio do pas de nullitésansgrief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa. 4. Recurso ao qual se nega provimento. (RHC 122806, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 18/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015).

Ao observar o constante das ementas supracitadas, constata-se que o Superior Tribunal de Justiça, bem como, a Suprema Corte de nosso país permitiu a utilização da interceptação telefônica no processo administrativo como prova emprestada, desde que obedeça ao requisito da autorização judicial, envolva as

mesmas partes e com observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

11.2 DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO MILITAR

Com o fito de sedimentar o entendimento apresentado no presente trabalho, traz-se à baila jurisprudência do Tribunal de Justiça Militar do Rio Grande do Sul, favorável a interpretação, senão vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. CONCUSSÃO. ART. 305 DO CPM. CORRUPÇÃO PASSIVA. ART. 308 DO CPM. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA EMPRESTADA. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. 1. Comete o delito de concussão o policial militar que exige para si, diretamente, em razão de sua função, vantagem indevida, consistente em pecúnia, para passar informações privilegiadas de atividade da Brigada Militar, propiciando que meliantes tivessem êxito em suas práticas ilícitas. 2. Pratica a infração penal do art. 308 do CPM (corrupção passiva) o Policial Militar que aceita, em razão da função, promessa de receber vantagem indevida para si, direta ou indiretamente, como contrapartida por sua colaboração a grupo criminoso, fornecendo informações privilegiadas sobre as atuações da instituição policial, objetivando o êxito das ações ilícitas perpetradas pela trupe de meliantes. **3. A captação de conversas telefônicas obtidas dentro dos padrões legais, mesmo que aclarando realidade nova, pode sustentar uma persecução autônoma, ainda mais quando o seu conteúdo se mostrar fiel ao transcurso da investigação originária.** Inteligência do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal. 4. O contexto probatório é apto e suficiente como supedâneo da condenação operada no primeiro grau de jurisdição desta justiça especializada. 5. Apelos defensivos improvidos. Decisão unânime. (TJM/RS. Apelação Criminal nº 1346-38.2014.9.21.0000. Relator: Juiz-Cel. Paulo Roberto Mendes Rodrigues. Sessão: 17/09/2014). (Grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO ADMINISTRATIVO E DISCIPLINAR. REGULARIDADE. PENA DE EXCLUSÃO DOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR. PADM. PRELIMINAR. EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. CABIMENTO DA MEDIDA. MOTIVAÇÃO. INDEPENDÊNCIA DA ESFERA ADMINISTRATIVA. 1. Respeito às garantias constitucionais durante o trâmite do processo administrativo disciplinar-militar. Caso que o militar foi acompanhado por advogado por ele constituído no procedimento instaurado, sendo oportunizado o pleno exercício do direito ao contraditório e da ampla defesa. 2. As provas produzidas, nos autos do processo administrativo instaurado perante o Conselho de Disciplina, foram devidamente motivadas, tendo o recorrente sido cientificado das imputações oferecidas em todos os atos, bem como das medidas processuais que estavam ao seu alcance, não configurando auto incriminação. **3. Os meios de prova foram todos obtidos de forma regular e lícita, sendo totalmente admissível a utilização da prova emprestada,**

conforme pacífico na jurisprudência do STF. As interceptações telefônicas foram deferidas judicialmente, em conformidade a legislação vigente. 4. Cabe a administração a aplicação da sanção no âmbito de sua competência, independente da punição na esfera criminal. Não configurado o vício em relação aos motivos que determinaram a punição no âmbito administrativo. 5. Negado provimento ao apelo do autor. Decisão unânime. (TJM/RS. Apelação Cível nº 212-39.2015.9.21.0000. Relator: Juiz Amílcar Fagundes Freitas Macedo. Sessão: 15/04/2015). (Grifo nosso)

12 DA DOCTRINA

Assim, como não houve unanimidade na decisão anteriormente apresentada do STF, os doutrinadores revezam diferentes interpretações quanto ao caso em estudo.

Verifica-se então, como interpretação negativa a utilização da interceptação telefônica fora da esfera penal, o seguinte:

Em conclusão, a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser "emprestada" (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito. [...] essa prova criminal deve permanecer em "segredo de justiça". É inconciliável o empréstimo de prova com o segredo de justiça assegurado no art. 1º. (GOMES, 1997, p. 75).

Ao tratar sobre interceptação telefônica, Fernando Capez entende que:

Assim, não poderá ser autorizada judicialmente a diligência, quando a finalidade por extrapenal ou quando tratar-se de contravenção penal ou crime apenado com detenção. Fica claro seu caráter subsidiário, somente tendo lugar quando não for possível nenhum outro meio de formação do conhecimento. A intenção do legislador constituinte originário, assim como a do legislador infraconstitucional, foi limitar, apenas na esfera penal, os casos de interceptação telefônica, protegendo a intimidade e concedendo ao investigado o direito de contraditar e defender provas produzidas contra si em um determinado processo (CAPEZ, 2008, p.767).

De outra banda, ou seja, uma análise interpretativa positiva e majoritária quanto a sua utilização, temos os seguintes entendimentos:

[...] entendemos ser admissível a produção da prova obtida licitamente (porque autorizada pela CF) para a investigação criminal ou instrução processual penal, como prova emprestada no processo civil. A natureza da causa civil é irrelevante para a admissão da prova. Desde que a escuta tenha sido determinada para servir de prova direta na esfera criminal, pode essa prova ser emprestada ao processo civil". (JÚNIOR, NELSON NERY, "Princípios do Processo Civil na Constituição Federal". 8ª edição, São Paulo: RT, 2004, p. 203).

Nesse mesmo diapasão, temos a opinião de FOUREAUX:

Poderá ser utilizada no bojo de procedimento administrativo disciplinar a prova emprestada, esta é aquela prova produzida em um processo e

trasladada para outro processo. Assim, constitui prova emprestada, por exemplo, a juntada aos autos do procedimento administrativo disciplinar, de provas produzidas no processo criminal referente ao mesmo fato em apuração administrativa (FOUREAUX, 2012, p.753).

Ao tratar sobre o assunto, José Armando da Costa, revela o seguinte entendimento:

Tais provas são exclusivas da instância penal. O que não impede que, contudo, que o Juízo Criminal, a título de empréstimo, alimente a instância disciplinar, Desde que, obviamente, assim o faça sem arranhar os limites permitidos pelas garantias constitucionais. Se os fatos criminosos, por compreensão de seu núcleo típico ou por seus resíduos, constituírem também, ilícito disciplinar, podem tais evidências alimentar a instância administrativo disciplinar, desde que tal empréstimo seja autorizado pela autoridade judicante competente (juízo criminal que autorizou a interceptação telefônica (COSTA, 2010, p. 107).

A partir disso pode-se entender que, dentro dos limites legais, não há impedimento para que a Administração Pública ao instaurar um processo administrativo disciplinar, junte aos autos, prova obtida por meio de outro processo, seja de ofício, por iniciativa do próprio encarregado do processo ou quando pedido pelo acusado.

Verifica-se ainda como análise interpretativa favorável quanto a sua utilização, Nelson Nery Júnior:

[...] entendemos ser admissível à produção da prova obtida licitamente (porque autorizada pela CF) para a investigação criminal ou instrução processual penal, como prova emprestada no processo civil. A natureza da causa civil é irrelevante para a admissão da prova. Desde que a escuta tenha sido determinada para servir de prova direta na esfera criminal, pode essa prova ser emprestada ao processo civil (JÚNIOR, 2004, p. 203).

Nesse mesmo diapasão, temos Grinover, Filho & Fernandes:

As opiniões dividem-se, mas, de nossa parte, pensamos ser possível o transporte de prova. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, 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 vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável [...] Nessa linha de interpretação, cuidados especiais devem ser tomados para evitar que o processo penal sirva

exclusivamente como meio oblíquo para legitimar a prova no processo civil. “Se o juiz perceber que esse foi o único objetivo da ação penal, não deverá admitir a prova na causa cível.” (GRINOVER, FILHO & FERNANDES, 2009, p. 183 e 184).

Tem-se ainda, o entendimento de Ferraz & Dallari (2001, p. 135) “No processo administrativo, que se orienta no sentido da verdade material, não há razão para dificultar o uso da prova emprestada, desde que, de qualquer maneira, se abra possibilidade ao interessado de questioná-la [...]”.

Antônio Carlos Alencar Carvalho, em relação ao assunto em estudo, deixa bem claro que:

Nada obsta que a Administração Pública faça juntar aos autos do processo administrativo disciplinar ou da sindicância documentos constantes de outros feitos administrativos ou de inquéritos policiais ou ações penais, dentre outros, com vistas a provar fatos para os fins de processo sancionador em curso, desde que seja propiciada oportunidade de o servidor produzir provas em sentido contrário ao teor das peças documentais emprestadas (CARVALHO, 2012, p. 704).

Conclui Carvalho (2012, p.705) que “no caso de interceptação telefônica, haja solicitação ao juiz criminal competente para o uso da prova nos autos de processo administrativo disciplinar”.

Observa-se que devem ser respeitados os direitos constitucionais, em especial, ao princípio do contraditório e da ampla defesa, para que se possa, após devidamente autorizado judicialmente, fazer uso de interceptação telefônica colhidas no âmbito criminal e para que seja possível a apuração de falta disciplinar por meio de um processo administrativo.

Destaca-se ainda na doutrina, a súmula editada pela Corregedoria-Geral da Brigada Militar, a qual sustenta de forma inconteste a sedimentação do uso de interceptações telefônicas em processo administrativo disciplinar com prova emprestada, conforme segue:

SÚMULA nº 12: Os Processos Administrativos Disciplinares que estiverem fundamentados e/ou presentes conteúdos oriundos de interceptação telefônica (transcrições), faz-se necessária a devida autorização judicial para tanto, a qual deverá ser previamente concedida pela autoridade que a deferiu. (Quartel do Comando-Geral, RS, 07/05/2013 - PUBLICADA NO BG 086 DE 09/05/2013 - JOÃO GILBERTO FRITZ – Coronel QOEM - Corregedor-Geral da Brigada Militar)

Portanto, além do fato do sigilo das conversações já terem sido violadas na esfera criminal, as quais foram devidamente autorizadas judicialmente, estas provas obtidas servirão de subsídios para administração pública ou como no caso em estudo, uma instituição militar, instaurar o pertinente processo administrativo ao servidor público e militar que tenha cometido em tese, alguma irregularidade. Dessa forma, se valerá do fundamento de que se trata de uma prova emprestada, bem como, atentar-se para o dever de agir quando da constatação de alguma ilegalidade cometida por seu agente, pois ambos devem estar em sintonia com a legalidade, eficiência e moralidade, assim fortalecendo os sustentáculos em que deve estar fundamentada a administração pública e seus agentes, a fim de assegurar a regularidade no serviço público em geral.

13 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o conteúdo, carreado ao presente trabalho, é perceptível a complexidade do assunto e a importância que representa o tema discutido. A interceptação telefônica é uma ferramenta extremamente protegida, pois tem previsão constitucional, sendo garantida como direito fundamental, a inviolabilidade do sigilo de comunicação que está como regra, e excepcionalmente, a interceptação para fins de investigação criminal e instrução processual penal, nas hipóteses e na forma que a lei estabelece.

Em que pese tal previsão ter sido complementada por meio da lei de interceptação telefônica, nº. 9.296 de 24 de julho de 1996, a qual preencheu em parte lacunas existentes com referência à matéria, que até então era suprida por doutrinas e jurisprudências, ela ainda deixou arestas a serem complementadas, como por exemplo, a permissão do uso das interceptações em outros processos como prova emprestada.

Diante disso, vale ressaltar, que devido à ausência de critérios legais norteadores, o ordenamento jurídico e os aplicadores do direito não podem consentir que agentes públicos (Militares Estaduais) sustentados pela garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas, utilizem essa ferramenta de comunicação para prática de ações ilícitas sem sofrer alguma punição. Em especial, Policiais Militares, que tem o dever de agir dentro dos preceitos legais, morais, éticos, bem como em respeito à hierarquia e à disciplina militar, dando uma resposta eficiente para sociedade.

No momento em que a administração, seja ela pública ou privada, passa a obter resultados insatisfatórios de produtividade, surgem questionamentos, não só por aqueles que são administrados, mas principalmente por aqueles que recebem a prestação de determinado serviço, tendo a administração o dever de atender e satisfazer o interesse público.

Foi constatado que, em que pese à legislação não ter sido clara quanto ao espectro de utilização da interceptação telefônica, a jurisprudência é farta e forte no sentido de sua permissão de utilização em outro processo como prova emprestada. A corte suprema de nosso país vem autorizando o empréstimo, e suas decisões tiveram um efeito cascata em todas as demais instâncias do poder

judiciário, inclusive na esfera militar. Tamanha a relevância do tema abordado, que órgãos como a Corregedoria-Geral da Brigada Militar chegou a editar súmula interna no sentido de normatizar o uso da ferramenta nos Processos Administrativos Disciplinares em Geral.

Entende-se, portanto, que a utilização da interceptação telefônica no processo administrativo disciplinar militar por meio de prova emprestada, é devidamente permitida e benéfica, desde que autorizada judicialmente e que envolva os mesmos investigados, visto que o sigilo já fora violado na esfera criminal. Essa, usada apenas como prova emprestada, corrobora com a administração pública e Militar, que tem o dever de extirpar de seus do serviço aquelas pessoas que não estão comprometidas com os princípios da administração e o fim ao qual se destina, em especial os Policiais Militares, os quais são o primeiro escalão do Estado a sofrer o impacto de fazer cumprir os direitos e deveres do cidadão.

Por derradeiro, a interceptação deve estar subordinada à observância dos requisitos que embasam tal pedido, quais seja a obediência aos ditames estabelecidos na Constituição Federal e na lei 9.296/96, desde que a parte contra quem se queira produzir a prova tenha participado do procedimento exercendo o contraditório, tendo a mais ampla defesa, bem como, a verificação pelo Juiz, da real finalidade da investigação criminal ou instrução processual penal em que a interceptação telefônica fora originariamente produzida.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. **Direito Administrativo militar**. São Paulo: Método, 2010.

ASSIS, Jorge César de. **Curso de direito disciplinar militar**. 3ª Ed. Curitiba: Juruá, 2012.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm: Acesso em 18.04.15 às 08:33

BRASIL. Decreto 71.500 de 05 de Dezembro de 1972. **Conselho de Disciplina**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d71500.htm: Acesso em 18.04.15 às 08:50

BRASIL. Lei 5836 de 05 de Dezembro de 1972. **Conselho de Justificação**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5836.htm: 18.04.15 às 09:05.

BRASIL. Lei 6.880 de 09 de Dezembro de 1980. **Estatuto do Militares**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm: Acesso em 18.04.15 às 09:17.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de Processo Administrativo disciplinar e sindicância: a luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COSTA, Paulo Benhur de Oliveira. **Comentários ao estatuto dos militares estaduais da Brigada Militar**. Porto Alegre. EST:2006.

COSTA, José Armando da. **Processo Administrativo Disciplinar: teoria e prática**. 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 23ª edição, São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª edição, São Paulo: Atlas, 2012.

FOUREAUX, Rodrigo. **Justiça Militar: aspectos gerais e controversos**. 1º Edição. São Paulo: Fiuza, 2012.

GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. **Direito processual penal militar**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

GIL, Antônio Carlos, **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2002.

GIL, Antônio Carlos, **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. - 6ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. "**Finalidade da Interceptação Telefônica e a Questão da Prova Emprestada**". In: Repertório IOB de Jurisprudência, v. 4/97.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **As nulidades do Processo Penal**, 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

JÚNIOR, Nelson Nery, "**Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**". 8ª. edição, São Paulo: RT, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. "**Direito Administrativo brasileiro**". 35ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição, São Paulo: Malheiros, 2010.

PRODANOV, Cleber C; FREITAS, Ernani C. de. **Metodologia do Trabalho Científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico**. 2. Ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. Disponível em: <http://www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5b-b1ad-538f3aef538/E-book%20Metodologia%20do%20Trabalho%20Cientifico.pdf>Acesso: 02.12.14.

RIO GRANDE DO SUL. **Regulamento Disciplinar da Brigada Militar**. Decreto 43.245, de 19 de julho de 2004. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=47817&hTexto=&Hid_IDNorma=47817. Acesso em 18.04.15 às 10:35.

RIO GRANDE DO SUL. **Súmula nº 12/Cor-G/2013**. Súmula 12 de 07 de Maio de 2013. Disponível em: <https://intranet.brigadamilitar.rs.gov.br/Estrutura/CorGeral/Legislacao.aspx>. Acesso em: 18.04.15 às 10:51.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009.