

22/09/2015

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 28.774 DISTRITO
FEDERAL**

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REDATOR DO : **MIN. ROBERTO BARROSO**
ACÓRDÃO
RECTE.(S) : EDUARDO DE MORAES BORGES
ADV.(A/S) : JOÉLCIO DE CARVALHO TONERA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO MINSTRO DA FAZENDA. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NEGATIVA DE PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Não há qualquer impeditivo legal de que a comissão de inquérito em processo administrativo disciplinar seja formada pelos mesmos membros de comissão anterior que havia sido anulada.

2. Inexiste previsão na Lei nº 8.112/1990 de intimação do acusado após a elaboração do relatório final da comissão processante, sendo necessária a demonstração do prejuízo causado pela falta de intimação, o que não ocorreu no presente caso.

3. O acusado em processo administrativo disciplinar não possui direito subjetivo ao deferimento de todas as provas requeridas nos autos, ainda mais quando consideradas impertinentes ou meramente protelatórias pela comissão processante (art. 156, §1º, Lei nº 8.112/1990).

4. A jurisprudência desta Corte admite o uso de prova emprestada em processo administrativo disciplinar, em especial a utilização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para investigação criminal. Precedentes.

5. Recurso ordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

RMS 28774 / DF

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso ordinário em razão da inexistência de direito líquido e certo, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente e Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Relator, e Edson Fachin.

Brasília, 09 de agosto de 2016.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - REDATOR P/ O ACÓRDÃO

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 28.774 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECTE.(S) : **EDUARDO DE MORAES BORGES**
ADV.(A/S) : **JOÉLCIO DE CARVALHO TONERA E OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O recorrente insurgese contra acórdão por meio do qual o Superior Tribunal de Justiça indeferiu a ordem pleiteada, ante fundamentos assim resumidos (folhas 987 e 988):

MANDADO DE SEGURANÇA. ANALISTA TRIBUTÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. OPERAÇÃO PLATA DA POLÍCIA FEDERAL. LIBERAÇÃO DE VEÍCULO COM MERCADORIA IRREGULAR. FACILITAÇÃO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. MEMBROS DA COMISSÃO PROCESSANTE REGULARMENTE DESIGNADOS. AUSÊNCIA DE SUSPEIÇÃO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE CONVERSÃO DO FEITO EM DILIGÊNCIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. DEGRAVAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LEGALMENTE COLHIDA EM INSTRUÇÃO CRIMINAL. OBSERVÂNCIA CRITERIOSA DO RITO PROCEDIMENTAL PREVISTO NAS LEIS 8.112/90 E 9.784/99. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a Servidor

RMS 28774 / DF

Público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual excesso administrativo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais do procedimento sancionatório. Precedentes.

2. O indiciado se defende dos fatos que lhe são imputados e não de sua classificação legal, de sorte que a posterior alteração da capitulação legal da conduta, não tem o condão de inquinar de nulidade o Processo Administrativo Disciplinar; a descrição dos fatos ocorridos, desde que feita de modo a viabilizar a defesa do acusado, afasta a alegação de ofensa ao princípio da ampla defesa.

3. Respeitados todos os aspectos processuais relativos à suspeição e impedimento dos membros da Comissão Processante previstos pelas Leis 8.112/90 e 9.784/99, não há qualquer impedimento ou prejuízo material na convocação dos mesmos servidores que anteriormente tenham integrado Comissão Processante, cujo relatório conclusivo foi posteriormente anulado (por cerceamento de defesa), para compor a segunda Comissão de Inquérito.

4. O rito procedimental previsto pela Lei 8.112/90 não traz qualquer normatização que imponha a intimação do acusado após a apresentação do Relatório Final pela Comissão Processante, nem a possibilidade de impugnação de seus termos, devendo o processo ser imediatamente remetido à autoridade competente para julgamento, como se deu no caso em tela.

5. O valor constitucionalmente protegido pela garantia de inviolabilidade das comunicações telefônicas é a intimidade, que não pode ser ofendida, salvo em hipóteses excepcionais de existência de indícios veementes de cometimento de ilícito penal. Porém, uma vez rompida esta barreira, nada impede que a prova colhida sob os auspícios da lei, a dizer, mediante autorização judicial e para fins de investigação ou processo criminal, seja utilizada para fins outros, como instruir procedimento administrativo punitivo.

RMS 28774 / DF

6. A situação exposta nesta impetração ajusta-se à orientação deste Colegiado acerca da possibilidade de o Presidente da comissão denegar pedidos de produção de provas considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos; a Comissão Processante fundamentou apropriadamente a rejeição do pedido, explicitando que cabia ao impetrante ter juntado aos autos os documentos que entendia pertinentes ao deslinde da controvérsia, já que tinha pleno acesso aos mesmos, além de que se mostrava desnecessária a análise do restante das gravações, porquanto não diziam respeito ao indiciado.

7. Imposta a partir de elementos convincentes da postura desprestigiada do impetrante em relação à ética funcional, aferidos em procedimento realizado em harmonia com os princípios embasadores da atividade sancionadora da Administração, não há qualquer ilegalidade na penalização do impetrante; ao contrário, sua demissão evidencia-se coerente, inclusive, com os postulados da proporcionalidade e razoabilidade, elementos integrativos da extensão da legalidade do ato disciplinar.

8. Segurança denegada, em conformidade com o parecer ministerial.

No recurso ordinário de folha 1.020 a 1.047, insiste em alegar a nulidade da constituição da comissão de inquérito designada mediante a Portaria ESCOR10 nº 46/2006 e, em consequência, do processo administrativo disciplinar, bem como da demissão imposta. Consoante afirma, essa comissão era composta pelos mesmos integrantes da anterior, que foi anulada, a caracterizar a ausência de isenção, imparcialidade e impessoalidade, porquanto “já haviam formulado um juízo de valor em relação ao acusado” (folha 1.029). Esclarece que, por ocasião do julgamento originário do processo administrativo disciplinar, em função do Parecer nº 2006/10-0006, determinou-se a constituição de nova comissão de inquérito, visando a reelaboração de termo de indicição e de relatório. Sustenta que a expressão “outra” evidencia a necessidade de

RMS 28774 / DF

designação de diferentes integrantes. Segundo assevera, acabou-se por indicar os mesmos servidores, para a apuração dos mesmos fatos tidos por irregulares. Ressalta que a suspeição foi arguida na primeira oportunidade de apresentação de defesa técnica.

Aduz não se ter observado, no curso do processo disciplinar, o devido processo legal previsto no inciso LIV do rol das garantias constitucionais e no artigo 169 da Lei nº 8.112/90. Aponta mais três nulidades, no processo, decorrentes: a) da ausência de vista à defesa após a elaboração do relatório conclusivo; b) do indeferimento do pleito de acesso do acusado a todas as gravações de conversas telefônicas interceptadas, devidamente degravadas, de modo a comprovar que não havia a integralidade dos diálogos; c) de prova emprestada do processo revelador da Ação Criminal nº 2005.71.10.005671-6, que levou o Ministério Público Federal a denunciá-lo.

Discorre sobre a inexistência de provas a ensejarem a demissão. Salieta que a conclusão está respaldada em indícios, suposições e digressões. Busca a anulação do ato coator, do qual resultou a própria a demissão, e a determinação de recondução “às funções que lhe eram confiadas, de maneira a ser reintegrado e lotado ao serviço público federal, na situação em que se encontrava, até a data do ato coator, sendo-lhe, outrossim, assegurados os direitos ao julgamento em processo administrativo disciplinar vinculado à legalidade e constitucionalidade, tanto do ponto de vista formal como substancial” (folhas 1.046 e 1.047).

A União, nas contrarrazões de folha 1.056 a 1.062, argui a legalidade do processo disciplinar e da pena de demissão imposta. Diz inexistir impedimento ou suspeição dos integrantes da comissão, observados os casos taxativos dos artigos 18 a 21 da Lei nº 9.784/1999. Destaca que o reconhecimento de nulidade não impede a condução do processo administrativo por servidores anteriormente designados. Enfatiza a ausência de previsão legal para a instauração de contraditório após a edição de relatório final. No tocante à transcrição dos diálogos objeto de interceptação telefônica, alega a validade dos atos praticados. Realça a licitude da utilização de prova colhida de ação penal, consoante

RMS 28774 / DF

jurisprudência do Tribunal. Assinala a proporcionalidade da pena administrativa aplicada.

O recurso foi admitido por meio da decisão de folha 1.064.

A Procuradoria Geral da República, no parecer de folha 1.074 a 1.081, manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 28.774 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste recurso, atendeu-se aos pressupostos gerais de recorribilidade. Os documentos de folhas 28 e 873 evidenciam a regularidade da representação processual e revelam estar o recorrente amparado pela assistência judiciária gratuita. Quanto à oportunidade, a notícia do acórdão impugnado foi publicada no Diário da Justiça de 12 de fevereiro de 2010, sexta-feira (folha 990), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 3 de março imediato, segunda-feira (folha 1.020), no prazo assinado em lei, considerado o início da fluência em 17 de fevereiro, após os feriados de Carnaval.

O recorrente insurge-se contra pronunciamento mediante o qual assentada a validade de pena de demissão aplicada pelo Ministro de Estado da Fazenda. Argui a existência de vícios no processo disciplinar, pleiteando a declaração de invalidade da Portaria nº 217/2008.

Aponta defeitos na formação da comissão de inquérito e no termo de indicição, cerceamento de defesa proveniente da falta de intimação de relatório final, impossibilidade de compartilhamento de prova colhida em ação penal e, alfim, a ausência de transcrição integral de dados obtidos por meio de interceptação telefônica.

O contexto fático a ser apreciado envolve a prisão de servidor público, a partir de operação realizada pela Polícia Federal, ante a liberação de mercadorias irregulares em benefício de quadrilha voltada ao transporte de cargas na fronteira com o Uruguai. A punição, aplicada com fundamento no artigo 132 da Lei nº 8.112/1990, decorreu de suposta transgressão dos deveres previstos no artigo 117, inciso IX, do mencionado diploma.

Passo à análise das causas de pedir veiculadas, ordenando-as considerado o princípio da prejudicialidade.

De início, afasto a nulidade do ato de designação da comissão processante. Não ficou demonstrada a parcialidade dos servidores

RMS 28774 / DF

indicados, presentes os artigos 18 a 21 da Lei nº 9.784/1999, nos quais listados os casos de impedimento e suspeição observáveis no processo administrativo federal.

Mostra-se inviável presumir dano ao direito de defesa. O artigo 169 da Lei nº 8.112/1990, ao versar “a constituição de outra comissão para a instauração de novo processo”, não contém restrições quanto à designação de servidores. A óptica deve ser semelhante àquela encontrada em âmbito judicial: a anulação de decisão não impede a devolução da matéria para idêntico órgão julgador.

Da mesma forma, é insubsistente a alegação de nulidade do termo de indicição. O artigo 161 da Lei nº 8.112/1990 não exige prévia menção à potencial pena a ser aplicada, e sim a descrição dos fatos imputados e das provas, o que foi atendido ao longo do processo (folha 520 a 528).

Também não se pode assentar o cerceamento de defesa no tocante à ausência de vista após a elaboração do relatório final. A Lei nº 8.112/1990, ao disciplinar o rito do inquérito administrativo, mostra-se silente quanto à comunicação do indiciado, no que já superada a fase de defesa administrativa. Eis o teor dos artigos 165 e 166 dela constantes:

Art. 165. Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção.

§ 1º O relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor.

§ 2º Reconhecida a responsabilidade do servidor, a comissão indicará o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Art. 166. O processo disciplinar, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade que determinou a sua

RMS 28774 / DF

instauração, para julgamento.

O relatório final não possui conteúdo decisório, assumindo a natureza de peça informativa, a embasar futuro pronunciamento da autoridade julgadora, contra o qual poderá ser interposto recurso hierárquico ou, presentes os requisitos autorizadores, formalizada revisão disciplinar.

A par desse aspecto, constata-se que ao servidor investigado foi facultada oportunidade para apresentação de defesa, mediante a produção de provas, observado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 156 da Lei nº 8.112/1990, a preverem a competência do Presidente da comissão para indeferir, mediante motivação adequada, os requerimentos considerados protelatórios ou impertinentes quanto à elucidação dos fatos.

Cumpra adentrar a questão relacionada à validade da utilização de dados relativos a interceptações telefônicas procedidas em ação penal.

Ante o disposto no inciso XII do artigo 5º da Lei Maior, mostra-se inadequado o aproveitamento de prova que, no campo da exceção – afastamento da privacidade –, implicou quebra determinada por órgão judicial e para efeito específico, ou seja, investigação criminal ou instrução processual penal. Descabe alargar, pela via da interpretação, o campo de preceito do qual se depreende relevante concretização da tutela constitucional da intimidade.

Assentada a ilicitude, para o processo administrativo, da prova colhida no processo criminal, incumbe averiguar se o compartilhamento indevido consubstanciou elemento central da sanção aplicada ou, ao contrário, se há elementos independentes a respaldarem a demissão.

Consigno que o termo de indicição (folha 620 a 628), o relatório final (folha 734 a 757), a manifestação do Corregedor-Geral (folha 765 a 792), o parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (folha 793 a 818) e a aprovação pelo Ministro da Fazenda (folha 819 e 820) demonstram que os dados das interceptações assumiram protagonismo no móvel que levou à aplicação da pena, ainda que a instrução processual conte com gravações de sistema de segurança, prova testemunhal e

RMS 28774 / DF

depoimento pessoal do recorrente. É relevante salientar que a fase probatória teve início a partir da obtenção de elementos extraídos da Ação Penal nº 2005.71.10.005671-6, com especial destaque para as degravações decorrentes de quebra autorizada judicialmente.

Mostrando-se inválida a prova originária do processo administrativo, porque obtida em desrespeito aos limites constitucionais, há de se reconhecer a nulidade da sanção, em razão de o acervo probatório restante ser dela derivado ou, ainda, por ela diretamente influenciado.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, afastando as provas obtidas a partir de indevido aproveitamento, declarar a insubsistência da Portaria nº 217/2008, da qual resultou a aplicação da pena máxima, na esfera administrativa, ao recorrente, servidor público da Receita Federal.

É como voto.

22/09/2015

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 28.774 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, examinei a matéria e, como de praxe, diante do percuciente e acutíssimo voto de Sua Excelência o Relator, os fatos foram explicitados, bem como os três horizontes macroscópicos dos argumentos que foram vertidos neste recurso em mandado de segurança.

Como restou já bem suscitado e exposto, o primeiro desses universos de argumentos é a nulidade do processo administrativo disciplinar em virtude de a comissão ter sido a mesma de outro PAD, anteriormente anulado por cerceamento de defesa.

Nesse primeiro universo são três argumentos que vêm à tona: o primeiro deles é que os membros da comissão de inquérito já haviam formulado um juízo de valor em relação ao acusado, qual seja, o de que era culpado e, portanto, merecedor da pena de demissão.

O segundo, de que a própria Lei 8.112, especialmente no seu art. 169, estabelece que será constituída outra comissão para instauração de novo processo se for verificada ocorrência de vício insanável.

Um terceiro argumento que suscita a defesa do impetrante recorrente é que teria sido condenado por suposta outra infração sem que fosse respeitado o devido processo legal.

Em um segundo universo de argumentos está a suscitação da nulidade pela ausência de contraditório após a emissão do relatório conclusivo. O argumento se centra na ideia segundo a qual a conclusão do trabalho da comissão de inquérito exige, obrigatoriamente, que seja o acusado cientificado para que possa se contrapor às afirmações conclusivas na fase de inquérito.

E o terceiro universo de argumentos é a tomada de prova emprestada, conversas telefônicas efetuadas, neste caso, por ocasião de

RMS 28774 / DF

uma investigação criminal denominada Operação Plata, o que seria inconstitucional e ilegal.

Em relação a esses três universos de argumentos, percebo que Sua Excelência o Relator afastou os primeiros dois - e nisso estamos perfeitamente sintonizados - porque a comissão, ainda que tenha sido a mesma, realizou seu trabalho respeitando a legislação e colhendo com cuidado todas as provas necessárias para o respectivo indiciamento, como bem exposto por Sua Excelência.

Em segundo lugar, todas as oportunidades de defesa foram oferecidas ao indiciado, e não houve aqui nenhuma ofensa ao contraditório. O que de fato resta é esta terceira questão da prova emprestada. Do ponto de vista teórico e abstrato, não me parece existir dúvida da possibilidade - aliás, na esteira de farta jurisprudência, inclusive deste Tribunal - da admissão, por empréstimo, de prova em outro processo judicial. A questão, todavia, aqui remanesce se no caso concreto essa possibilidade poderia efetivamente se dar sem macular o respectivo procedimento.

E o que faz suscitar a dúvida, portanto, neste aspecto também vou acompanhar Sua Excelência o Relator, é que não deduzi, embora seja esse argumento **a latere**, mas fui verificar, não deduzi nenhuma comprovação nos autos de que o indiciado tenha levado, pessoalmente, vantagem com a sua conduta. É claro que me parece suficientemente posta um determinado tipo de vantagem de outrem, o que pode ser suficiente para integrar um determinado modo de responsabilização e sancionamento.

Portanto, somando-se a dúvida emergente no caso concreto da tomada de empréstimo da prova e a sua produção inicial, bem como esse fato que acabo de mencionar, subscrevo no afastamento dos dois primeiros motivos e no acolhimento do terceiro e acompanho Sua Excelência o Relator.

22/09/2015

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 28.774 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu vou pedir vênias, todas as vênias aos eminente Ministros que já votaram, mas eu, verdadeiramente, não vi nulidade, tampouco a vi na prova emprestada.

De modo que, na linha do parecer do Ministério Público, eu estou desprovendo o recurso.

22/09/2015

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 28.774 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) -
Pedindo vênias ao Relator e ao Ministro Fachin, acompanho a divergência
aberta por Vossa Excelência, Ministro Luís Roberto.

Também no exame que fiz, o meu voto, a minha convicção é no
sentido de negar provimento ao recurso.



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 28.774

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S) : EDUARDO DE MORAES BORGES

ADV.(A/S) : JOÉLCIO DE CARVALHO TONERA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após os votos do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, e do Senhor Ministro Edson Fachin, que davam provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança; e dos votos dos Senhores Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber, Presidente, que negavam provimento ao recurso, a Turma suspendeu o julgamento do processo a fim de se aguardar voto de desempate do Senhor Ministro Luiz Fux, ausente, justificadamente. 1ª Turma, 22.9.2015.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Roberto Barroso e Edson Fachin. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luiz Fux. Compareceu o Senhor Ministro Dias Toffoli para julgar processos a ele vinculados, assumindo a cadeira do Senhor Ministro Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Carmen Lillian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma

09/08/2016

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 28.774 DISTRITO
FEDERAL

VOTO

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO MINISTRO DA FAZENDA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. 1) COMISSÃO PROCESSANTE. FORMAÇÃO. INTEGRANTES DE COMISSÃO ANTERIOR. POSSIBILIDADE. 2) NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO APÓS ELABORAÇÃO DO RELATÓRIO FINAL DO PAD. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. 3) INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS AUTORIZADAS EM PROCESSO CRIMINAL. UTILIZAÇÃO EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS. CONSTITUCIONALIDADE. 4) DEGRAVAÇÃO INTEGRAL DAS CONVERSAS. DESNECESSIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA DA COMISSÃO. POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS PELO INTERESSADO. VOTO PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto por EDUARDO DE MORAES BORGES em face de acórdão do Superior Tribunal de Justiça que denegou a segurança,

RMS 28774 / DF

mantendo o ato do Ministro da Fazenda, que demitiu o ora recorrente.

Na sessão do dia 22/9/2015, o Ministro Marco Aurélio, relator deste recurso, afastou as alegações de nulidade do ato de designação da comissão processante e do termo de indicição, bem como considerou insubsistente o pedido de abertura de vista após a elaboração do relatório final da comissão processante. Entretanto, votou pelo provimento do recurso, por considerar inconstitucional a utilização de informações constantes de interceptações telefônicas, produzidas em processo criminal, em processo administrativo disciplinar, tendo observado a importância dessa prova no PAD.

Na sequência, o Ministro Edson Fachin, embora tenha reconhecido a possibilidade de utilização dos dados obtidos em interceptações telefônicas em processo administrativo disciplinar, considerou não ter ficado comprovado nos autos que o recorrente tenha levado vantagem com a sua conduta. Dessa forma, também votou pelo provimento do recurso, embora por fundamento diverso do utilizado pelo relator.

O Ministro Roberto Barroso divergiu e negou provimento ao recurso, tendo sido acompanhado pela Ministra Rosa Weber.

Feito esse pequeno relato da sessão, passo ao exame do recurso em mandado de segurança.

O recurso foi interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que possui a seguinte ementa:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ANALISTA TRIBUTÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. OPERAÇÃO PLATA DA POLÍCIA FEDERAL. LIBERAÇÃO DE VEÍCULO COM MERCADORIA IRREGULAR. FACILITAÇÃO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. MEMBROS DA

RMS 28774 / DF

COMISSÃO PROCESSANTE REGULARMENTE
DESIGNADOS. AUSÊNCIA DE SUSPEIÇÃO.
INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE CONVERSÃO DO FEITO
EM DILIGÊNCIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO.
POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA.
DEGRAVAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA
LEGALMENTE COLHIDA EM INSTRUÇÃO CRIMINAL.
OBSERVÂNCIA CRITERIOSA DO RITO PROCEDIMENTAL
PREVISTO NAS LEIS 8.112/90 E 9.784/99. SEGURANÇA
DENEGADA.

1. *Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a Servidor Público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual excesso administrativo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais do procedimento sancionatório. Precedentes.*

2. *O indiciado se defende dos fatos que lhe são imputados e não de sua classificação legal, de sorte que a posterior alteração da capitulação legal da conduta, não tem o condão de inquinar de nulidade o Processo Administrativo Disciplinar; a descrição dos fatos ocorridos, desde que feita de modo a viabilizar a defesa do acusado, afasta a alegação de ofensa ao princípio da ampla defesa.*

3. *Respeitados todos os aspectos processuais relativos à suspeição e impedimento dos membros da Comissão Processante previstos pelas Leis 8.112/90 e 9.784/99, não há qualquer impedimento ou prejuízo material na convocação dos mesmos servidores que anteriormente tenham integrado Comissão Processante, cujo relatório conclusivo foi posteriormente anulado (por cerceamento de defesa), para compor a segunda Comissão de Inquérito.*

4. *O rito procedimental previsto pela Lei 8.112/90 não traz qualquer normatização que imponha a intimação do acusado após a apresentação do Relatório Final pela Comissão Processante, nem a possibilidade de impugnação de seus termos, devendo o processo ser*

RMS 28774 / DF

imediatamente remetido à autoridade competente para julgamento, como se deu no caso em tela.

5. O valor constitucionalmente protegido pela garantia de inviolabilidade das comunicações telefônicas é a intimidade, que não pode ser ofendida, salvo em hipóteses excepcionais de existência de indícios veementes de cometimento de ilícito penal. Porém, uma vez rompida esta barreira, nada impede que a prova colhida sob os auspícios da lei, a dizer, mediante autorização judicial e para fins de investigação ou processo criminal, seja utilizada para fins outros, como instruir procedimento administrativo punitivo.

6. A situação exposta nesta impetração ajusta-se à orientação deste Colegiado acerca da possibilidade de o Presidente da Comissão denegar pedidos de produção de provas considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos; a Comissão Processante fundamentou apropriadamente a rejeição do pedido, explicitando que cabia ao impetrante ter juntado aos autos os documentos que entendia pertinentes ao deslinde da controvérsia, já que tinha pleno acesso aos mesmos, além de que se mostrava desnecessária a análise do restante das gravações, porquanto não diziam respeito ao indiciado.

7. Imposta a partir de elementos convincentes da postura desprestigiada do impetrante em relação à ética funcional, aferidos em procedimento realizado em harmonia com os princípios embasadores da atividade sancionadora da Administração, não há qualquer ilegalidade na penalização do impetrante; ao contrário, sua demissão evidencia-se coerente, inclusive, com os postulados da proporcionalidade e razoabilidade, elementos integrativos da extensão da legalidade do ato disciplinar.

8. Segurança denegada, em conformidade com o parecer ministerial."

O recorrente sustentou as seguintes ilegalidades: 1) segunda comissão processante integrada pelos mesmos membros de comissão instaurada anteriormente; 2) ausência de vista para o recorrente contraditar o relatório final elaborado pela comissão de inquérito; 3) indeferimento do pedido de transcrição das interceptações telefônicas; e

RMS 28774 / DF

4) utilização de interceptações telefônicas utilizadas em processo penal.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso, em parecer assim ementado:

“Recurso em mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Servidor público. Demissão. Comissão processante. Identidade entre os membros constantes da primeira comissão, cujo relatório foi anulado. Possibilidade. Relatório final. Vista ao servidor indiciado, antes do julgamento pela autoridade competente. Desnecessidade. Interceptação telefônica autorizada judicialmente. Prova utilizada no processo administrativo disciplinar. Legalidade. Pelo Desprovimento do recurso.”

É o relatório. Passo a votar.

Inicialmente, o recorrente sustenta a nulidade da portaria que constituiu a comissão processante, pois os integrantes seriam os mesmos de comissão anteriormente criada.

Os artigos 18 e 20 da Lei nº 9.784/1999 estabelecem os casos de impedimento ou de suspeição para os integrantes de comissão disciplinar, *verbis*:

“Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

(...)

Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos

RMS 28774 / DF

interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.”

Não se vislumbra a alegada impossibilidade de participação dos membros da primeira comissão processante, pois essa situação não se enquadra em nenhuma das previstas nos artigos transcritos. O impetrante não demonstrou de que forma os membros teriam agido de forma tendenciosa. Não há falar, assim, em nulidade do processo administrativo disciplinar em decorrência do impedimento ou suspeição de seus membros. Nesse sentido, menciono:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ATO DO MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. QUEBRA DE SIGILO FISCAL DE CONTRIBUINTE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E AUSÊNCIA DE PROVAS DA PRÁTICA DA INFRAÇÃO IMPUTADA. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Suspeição da comissão de processo administrativo não demonstrada. Inexistência de ato ou manifestação que evidencie atitude tendenciosa de seus membros. 2. A ausência de intimação do resultado do relatório final da comissão de processo administrativo não caracteriza afronta ao contraditório e à ampla defesa quando o servidor se defendeu ao longo de todo o processo administrativo. Precedentes. 3. O indeferimento motivado de pedido de prova testemunhal formulado após o término da instrução do processo administrativo não caracteriza cerceamento de defesa. Art. 156, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.112/1990. 4. Existência de provas suficientes da participação do servidor na quebra do sigilo fiscal de contribuinte e no compartilhamento indevido de sua senha pessoal de acesso aos sistemas do Ministério da Fazenda. 5. Recurso ordinário ao qual se nega provimento.” (RMS 30881, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DJe 29/10/2012)

A segunda nulidade arguida seria a necessidade de abertura de vista dos autos, após a elaboração do relatório final do PAD, para que acusado

RMS 28774 / DF

no processo administrativo pudesse contraditar a fundamentação utilizada pela comissão processante.

Quanto a essa alegação, além da ausência de previsão na Lei nº 8.112/1990, o recorrente exerceu o seu direito de defesa, tendo prestado declarações, juntado documentos e defesa escrita, conforme ficou consignado no acórdão recorrido. Além disso, verifico que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da necessidade de demonstração do prejuízo causado pela falta de intimação, o que não restou demonstrado pelo recorrente. A título de exemplo, confira-se o seguinte precedente, assim ementado:

“Mandado de Segurança. Servidor público. Processo Administrativo. Pena disciplinar de demissão. Alegação de violação à ampla defesa pela ausência de notificação quanto às conclusões do relatório final rejeitada, porquanto regular o exercício do contraditório ao longo do processo, tendo a servidora constituído advogado e apresentado defesa escrita. Não restou demonstrado, ademais, o prejuízo que teria sido causado pela falta da referida intimação. Mandado de segurança que se indefere” (MS 23.268, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 7/6/2002).

O recorrente também sustenta a inconstitucionalidade na utilização de gravação de conversas telefônicas como prova em processo administrativo.

Em relação ao uso das interceptações telefônicas, ressalto que esta Corte tem precedente específico acerca da legitimidade do uso de prova emprestada da esfera judicial em processo administrativo. Nesse sentido:

“PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores,

RMS 28774 / DF

cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova.” (Inq nº 424/RJ-QQsegunda, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJ 24/8/2007).

Finalmente, para exame da alegação de nulidade da portaria de demissão em decorrência da inexistência de degravação de todas as conversas telefônicas, transcrevo do relatório final do PAD:

“De início, cabe ressaltar que esta comissão de inquérito nem tomou conhecimento da totalidade das gravações telefônicas, já que foi autorizado a esta, conforme anteriormente descrito, o recebimento de cópia tão somente dos documentos e elementos que levaram à detenção do acusado. Também deve ser ressaltado que esta comissão não foi em busca de documentos ou informações que poderiam entrar no foro íntimo do indiciado e que seriam alheios ao PAD, pois desta forma estaria correndo o risco de violar a privacidade do acusado e mesmo o sigilo de outras partes.

Por outro lado, a produção de provas do PAD não cabe unicamente à comissão de inquérito. De acordo com o art. 156 da Lei 8.112/90, o acusado pode produzir as provas e contraprovas que julgar necessário.

Assim, caso o indiciado entendesse necessário o acréscimo de tais gravações telefônicas no PAD, ele próprio deveria ter solicitado ao poder judiciário a cópia das mesmas e as inserido nos autos, durante a fase de instrução ou mesmo em anexo à sua defesa.

Considerando o acima exposto, foram incluídas nos autos cópias das degravações nas quais o indiciado fazia parte, nas quais era citado

RMS 28774 / DF

diretamente ou indiretamente e as que situavam os fatos descritos nestas conversas, concorrendo para a sua detenção. Não foram juntadas a este PAD cópia de gravações que não tinham relação alguma com a detenção do indiciado, nem das gravações telefônicas propriamente ditas, pois aí haveria uma extrapolação da autorização judicial.

Portanto, se o interessado, tendo acesso a estas gravações no processo judicial, não quis inseri-las nos autos, não cabe a essa comissão, sob o risco de ser acusada de violar a privacidade do mesmo, fazê-lo. Da mesma forma, também resta prejudicado o pedido de diligência neste sentido, já que, além deste não poder ser atendido pela comissão, esta o considera meramente protelatório e desnecessário (fls. 374/375)."

Dessa forma, a comissão processante, além de ter indicado a adoção dos procedimentos para a produção da prova requerida pelo recorrente, fundamentou a impossibilidade da gravação.

Assim, foi observado o art. 156, § 1º, da Lei nº 8.112/1990, que possibilita a denegação de pedidos impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

Ressalto que mesmo em matéria penal, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não é necessária a gravação integral das escutas, sendo bastante que dos autos constem excertos suficientes a embasar o oferecimento da denúncia. Nesse sentido:

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA PROBATÓRIA. OFENSA REFLEXA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS JUDICIALMENTE AUTORIZADAS. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL. DESNECESSIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

I – Este Tribunal tem decidido no sentido de que o indeferimento de diligência probatória, tida por desnecessária pelo juízo a quo, não

RMS 28774 / DF

viola os princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes.

II – No julgamento do HC 91.207-MC/RJ, Rel. para o acórdão Min. Cármen Lúcia, esta Corte assentou ser desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas, sendo bastante que se tenham gravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida.

III – Impossibilidade de reexame do conjunto fático probatório. Súmula 279 do STF.

IV – Agravo regimental improvido.” (AI 685.878-AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 12/06/2009)

“Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Cerceamento de defesa. Acesso ao conteúdo integral das interceptações telefônicas. Prescindibilidade de gravação de todas as conversas, sendo bastante que se tenham gravados os excertos que subsidiaram o oferecimento da denúncia. Precedentes do STF. 3. Mero inconformismo do recorrente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 765.440-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 14/05/2014)

Ante o exposto, acompanho os Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber e denego a segurança.

É como voto.

09/08/2016

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 28.774 DISTRITO
FEDERAL**

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - O meu voto - e penso que o da Ministra Rosa igualmente - considera que não havia nulidade na prova emprestada, ou seja, não fechamos a porta que Vossa Excelência acha que é de bom alvitre deixar aberta. Portanto, o voto de Vossa Excelência não diverge, apenas explicita, com o que eu estou de pleno acordo - e penso que a Ministra Rosa igualmente.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 28.774

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S) : EDUARDO DE MORAES BORGES

ADV.(A/S) : JOÉLCIO DE CARVALHO TONERA (41660/RS) E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após os votos do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, e do Senhor Ministro Edson Fachin, que davam provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança; e dos votos dos Senhores Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber, Presidente, que negavam provimento ao recurso, a Turma suspendeu o julgamento do processo a fim de se aguardar voto de desempate do Senhor Ministro Luiz Fux, ausente, justificadamente. 1ª Turma, 22.9.2015.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao recurso ordinário em razão da inexistência de direito líquido e certo, nos termos do voto do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente e Redator para o acórdão, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Edson Fachin. 1ª Turma, 9.8.2016.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma