Enap Escola Nacional de Administração Pública

Provas no Processo Administrativo Disciplinar

Módulo 3 Diligências e Prova Emprestada

Brasília - 2017

Conteúdo para impressão

Fundação Escola Nacional de Administração Pública

Presidente
Francisco Gaetani

Diretor de Desenvolvimento Gerencial
Paulo Marques

Coordenadora-Geral de Educação a Distância
Natália Teles da Mota Teixeira

Equipe responsável
Carla Rodrigues Cotta (conteudista, 2016/2017).
Daniele Silva Santos Lustosa (Coordenadora CGU, 2016/2017).
Fabiany Glaura Alencar e Barbosa (Coordenadora CGEAD, 2016/2017).

Desenvolvimento do curso realizado no âmbito do acordo de Cooperação Técnica FUB/CDT/Laboratório Latitude e Enap.

© Enap, 2017

Enap Escola Nacional de Administração Pública
Diretoria de Comunicação e Pesquisa
SAIS - Área 2-A - 70610-900 — Brasília, DF
Telefone: (61) 2020 3096 - Fax: (61) 2020 3178

SUMÁRIO

1. Boas vindas **5**

2. Conceito e características das diligências **5**
2.1 As diligências genéricas *6*
2.2 A prova chamada diligência *6*
2.3 Exemplos de prova-diligência: *7*

3. A concretização da diligência – o termo **8**
3.1 Busca e apreensão de documentos/objetos durante a diligência *9*

4. A efetivação do contraditório na diligência **11**

5. Como realizar a diligência **12**

6. Diligência-prova e diligência genérica **13**

7. Conceito e características da prova emprestada **13**
7.1 Fundamentos da prova emprestada *14*

8. A prova emprestada e a efetivação do contraditório **15**
8.1 A força probatória da prova emprestada *16*

9. Como trazer a prova emprestada para o pad **18**

10. Interceptação telefônica e gravação clandestina **19**
10.1 Diferença entre escuta telefônica e gravação clandestina *20*

Glossário **22**

Referências bibliográficas **22**

Material complementar **22**

Módulo 3 Diligências e Prova Emprestada

Objetivos de aprendizagem

Ao final do módulo, você deverá ser capaz de:

a) Diferenciar o que comumente se denomina diligência do que efetivamente é diligência;

b) Identificar o momento em que a diligência deve ser realizada;

c) Identificar os cuidados para a colheita da prova diligência;

d) Definir o conceito de prova emprestada;

e) Identificar a forma de utilização da prova emprestada;

f) Definir a forma e o momento de efetivação do contraditório na produção da prova diligência e da prova emprestada.

1. Boas vindas

Olá! Continuaremos agora nosso percurso de aprendizagem nos temas relativos ao último módulo do Curso Provas no Processo Administrativo Disciplinar.

Nesse módulo, entre outros assuntos, conheceremos os conceitos e finalidades das Diligências e da prova Emprestada. Vamos lá!

2. Conceito e características das diligências

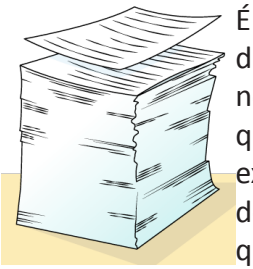
A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, não discorre sobre o que seja ou como deva ser colhida a prova denominada diligência. Por outro lado, de forma clara, seu artigo 155 prevê a possibilidade de se efetuarem diligências ao dispor que:

> *Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.*

Ocorre, entretanto, que o termo diligência tem dois aspectos: um, que reflete a prova de diligência em si, e outro mais genérico, para identificar todo e qualquer ato praticado pela comissão durante o processo.

Assim, antes de tudo, cumpre distinguir a diligência-prova da diligência genericamente considerada. É vital essa diferenciação em face do contraditório, que se processará de forma completamente diversa a depender da hipótese.

2.1 As diligências genéricas



É muito comum as comissões disciplinares afirmarem que "saíram em diligência", "efetuaram diligências para localizar o acusado para fins de notificação prévia", "diligenciaram junto à Justiça federal para identificar quais documentos seriam trazidos para os autos disciplinares". Esses exemplos NÃO se configuram na PROVA denominada DILIGÊNCIA. Apesar de esses atos serem comumente chamados de diligências, nada mais são do que pesquisas e providências visando a otimizar o andamento do processo.

Essas diligências não são provas em si, mas podem ser um antecedente da prova documental. Normalmente essas diligências transformam-se em certidões (por exemplo, declarando que foram efetuadas tentativas de localização do acusado) ou documentos trazidos para o processo (cópias do processo judicial ou do processo de licitação cuja regularidade é questionada). Em razão de essas pesquisas e providências não constituírem meio de prova, o contraditório será efetivado posteriormente e em face do que foi juntado aos autos, isto é, em face do documento efetivamente colhido.

2.2 A prova chamada diligência

A prova chamada diligência é um deslocamento que se faz visando a efetivar verificação in loco, avaliação genérica ou vistoria que não exija o conhecimento de um perito e cuja elaboração configure um elemento do fato irregular ou de sua autoria. Não é apenas o resultado que interessa aos autos, mas a confecção dele em si. A prova é a própria elaboração do resultado.

Assim conceituada, resta claro que a diligência enquanto prova muito se assemelha à denominada prova pericial. A diferença entre ambas é que na perícia é imprescindível o conhecimento de um perito, um expert, alguém que possa efetuar um juízo técnico especializado. Já na prova-diligência, a verificação que se produzirá não necessita de conhecimento eminentemente técnico e será produzida pelos próprios membros da comissão.

O Código de Processo Civil traz os elementos da prova diligência no que denomina "inspeção judicial", esclarecendo, por intermédio de seu artigo 483, quando a mesma deverá ocorrer:

Art. 483. O juiz irá ao local, onde se encontre a pessoa ou coisa, quando:

I - julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar;

II - a coisa não puder ser apresentada em juízo, sem consideráveis despesas ou graves dificuldades;

III - determinar a reconstituição dos fatos.

Parágrafo único. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que reputem de interesse para a causa.

O inciso I tem sido o mais comumente utilizado para justificar efetivamente a necessidade de produção da diligência no âmbito dos processos disciplinares.

Via de regra, as diligências ocorrerão em locais públicos. Se for ocorrer em um órgão público, deverá ser comunicada a sua realização ao chefe do setor, para que ele possa organizar os trabalhos do dia. Se o local público for aberto à população de forma geral, somente será feita a comunicação ao setor responsável pela sua manutenção, se for necessária a interrupção do fluxo de pessoas, o que costuma ser a exceção.

IMPORTANTE

Ressalte-se que o parágrafo único do supracitado dispositivo legal indica a necessidade de contraditório na prova-diligência, especificando que as partes podem até mesmo fazer observações durante a colheita de provas.

2.3 Exemplos de prova-diligência:

a) Medição do tamanho de uma sala - não é necessária uma perícia, e sim uma trena.

b) Reconstituições ou reprodução simulada - a comissão, com base nas demais provas dos autos, dirige-se a um determinado local para reconstituir como ocorreu determinado fato. A título de exemplo, imaginemos que uma determinada comissão esteja investigando um recebimento de propina por um servidor público que tinha um escritório no qual se apresentava como despachante. Nos autos consta um nome comum para o referido despachante (José da Silva) e nenhuma das testemunhas possui o endereço do mesmo. Digamos que uma delas lembre-se do caminho que percorreu até o escritório do despachante. A comissão deve colher esse testemunho com todos os detalhes do caminho para o escritório. Posteriormente, pode ser feita uma diligência, na qual a comissão reproduza o caminho descrito. Num outro caso, poderia ser necessária uma diligência para a verificação in loco da rotina de tramitação de processos na repartição.

c) Vistorias - vistoriar significa dirigir-se a um local para verificar as condições do mesmo. Há grande discussão na doutrina acerca do aspecto técnico da vistoria, isto é, se a mesma configuraria uma diligência ou uma prova pericial. Em verdade, isso dependerá do que se espera como resultado: se é necessária uma avaliação técnica do local, será uma perícia. Digamos que o fato tido como irregular tenha ocorrido numa reunião de vários servidores, e que os mesmos dizem não terem conseguido visualizar o que aconteceu, porque o evento se deu num auditório. A comissão pode proceder a uma diligência (prova), na qual medirá o recinto, tirará fotos, descreverá a sala (quantidade de cadeiras, mesas, etc.), e isso pode ser suficiente para confirmar ou negar o que as testemunhas têm afirmado. Agora, se as testemunhas declararem não terem conseguido visualizar o que ocorreu por se tratar de um local escuro, pode-se fazer necessária uma avaliação das condições de luminosidade do ambiente, o que pode demandar a realização de uma perícia.

Enap

Esses são os exemplos mais comuns, dentre vários outros que podem ser feitos através de diligências (prova).

3. A concretização da diligência – o termo

Para a realização da diligência-prova, devem os três membros se deslocar para o local de sua realização, onde promoverão os atos necessários à produção da prova (medições, fotografias, reconstituições, entre outros). Da diligência efetuada será lavrado um TERMO DE DILIGÊNCIA, que deverá conter todos os elementos verificados durante o evento. Esse termo será lavrado pela própria comissão, e muito se assemelha ao termo de oitiva.

O Código de Processo Civil esclarece, em seu artigo 484, como será lavrado o termo de diligência:
Art. 484. Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa.
Parágrafo único. O auto poderá ser instruído com desenho, gráfico ou fotografia.

Em linhas gerais, poderíamos estabelecer alguns itens essenciais que o termo de diligência deve conter:

1. Data, hora e local em que foi efetuada a diligência;

2. Identificação de todos os que estiveram presentes no evento: DEVEM estar presentes todos os membros da comissão; PODEM estar presentes os acusados e seus procuradores (devem ser regularmente intimados de sua realização - mais informações no item acerca do contraditório) e o secretário da comissão, que não seja membro, se houver sido regularmente designado e sua presença for necessária;

3. Apontamentos da comissão: discorrer sobre o que foi feito, visto e verificado. Não é exarado um juízo de valor nesse termo, uma conclusão sobre o que foi examinado, mas apenas um relato do que ocorreu. A avaliação sobre a prova será efetuada quando da indiciação;

4. Apontamentos da defesa: antes do término da diligência, a CPAD deve perguntar se há algum outro ato/verificação que a defesa deseja que seja realizado. Em caso afirmativo, como ocorre no depoimento, a comissão fará um breve juízo sobre a pertinência do que foi solicitado pela defesa e, sendo pertinente, deverá relatar no termo a solicitação da defesa e o que foi feito. Se a defesa não efetuar nenhum apontamento, ainda assim a comissão deverá consignar que passou a palavra à defesa e esta nada quis perguntar.

IMPORTANTE

Passar a palavra à defesa efetiva o contraditório, e isso deve ser sempre registrado no termo da diligência.

5. Encerramento: todos os presentes devem assinar o termo de diligência. O ideal é que, ao final da diligência, o termo seja impresso e assinado por todos. Pode ocorrer, entretanto, que isso não seja possível, como no caso de a diligência ser feita fora da sede da comissão. Nessa hipótese, se apenas a comissão tiver participado, ela fará a lavratura do termo a partir de suas anotações, assim que possível. Se os acusados e seus advogados tiverem participado, a comissão deverá lavrar o termo tão logo se encontre em um local onde possa haver a impressão do referido documento.
   Duas medidas podem ser adotadas, com preferência para a primeira:
   - Circular o termo para todos os que estiveram presentes assinarem. Essa medida será efetuada por ofício da comissão, preferencialmente levado em mão pelo secretário ou membro, para que se colha a assinatura, no original, de cada presente;
   - A lavratura do termo apenas pelos membros da CPAD que, ao final, devem dar fé de tudo o que ocorreu na diligência, inclusive certificando quem estava presente.

Ambas as hipóteses são excepcionais; o ideal é que o termo seja lavrado imediatamente após a realização da diligência e assinado por todos os presentes logo ao final do ato.

Ao término de diligência podem ser juntados quaisquer elementos que sejam necessários à melhor compreensão da diligência, tais como fotografias, filmagens, cópias de planta arquitetônica do local etc., devendo ser expressamente mencionados no termo, como anexos a este.

3.1 Busca e apreensão de documentos/objetos durante a diligência

Pode ocorrer que se faça necessária a apreensão de documentos ou objetos da repartição durante a efetivação da diligência. O ideal é que a comissão preveja esse tipo de situação e, de antemão, ao comunicar a realização da diligência para a chefia da unidade, já noticie que, caso se faça necessário, o colegiado procederá à apreensão de documentos e objetos.

Em alguns casos, entretanto, pode ser que a comunicação não seja favorável à colheita da prova. Por exemplo, quando o acusado estiver atuando na unidade como chefe ou tenha acesso direto à informação da apreensão. Também pode ocorrer de a necessidade de apreender surgir apenas quando a comissão chegar ao local e descobrir a documentação - no computador, ou mesmo em processo físico, ou seja, durante a diligência. Nessa hipótese, deve-se excepcionalmente fazer a apreensão e comunicar sua necessidade formalmente em seguida, ou então entrar em contato com a chefia da repartição para que ela responsabilize-se por lacrar e guardar o bem/documento até que a comissão possa retirá-lo da unidade.

Tanto o objeto apreendido quanto a comunicação à chefia apenas no ato da diligência devem ser registrados no termo.

Enap

O computador utilizado pelo acusado no recinto da repartição não é dele, servidor, e sim da Administração. Não há que se falar em ofensa ao direito de intimidade, por poder conter arquivos pessoais, vez que se trata de bem público e que vigora o princípio do interesse público na apuração disciplinar.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. OPERAÇÃO CARONTE. DEMISSÃO DE FUNCIONÁRIO ENVOLVIDO. MANDADO DE SEGURANÇA QUE APONTA ILICITUDES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AFASTAMENTO DA ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA, PRESCRIÇÃO, VÍCIO NO TERMO DE INDICIAMENTO, CERCEAMENTO DE DEFESA E ILICITUDE DE PROVAS. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO OU COMPARTILHAMENTO DE PROVAS COLHIDAS EM OUTROS PROCESSOS. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A impetração tem origem em investigações da Polícia Federal sobre irregularidades praticadas no INSS de Belém/Pará. Por meio da chamada "Operação Caronte", "apurou-se que servidores do INSS, com habitualidade, facilitavam o andamento de procedimentos administrativos previdenciários, mediante fraude, inserindo dados inverídicos, criando falsas situações de regularidade de pessoas jurídicas junto ao INSS, emitindo Certidões Negativas de Débito (CNDs) e Certidões Positivas de Débito com Efeito de Negativa (CPDs - EN) indevidamente e autorizando recebimento irregular de créditos previdenciários".

(...)
4. Análise em computador que compõe patrimônio público, determinada por servidor público responsável, não configura apreensão ilícita. Proteção, in casu, do interesse público e do zelo pela moralidade administrativa.

(...)

9. Segurança denegada.
(MS 15.825/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2011, DJe 19/05/2011).

Assim, pode a comissão regularmente apreender o computador público utilizado pelo servidor acusado (ou outros) durante uma diligência, e, sobre ele exigir que se faça uma perícia para fins de extração dos dados ali constantes.

4. A efetivação do contraditório na diligência

Toda prova colhida no Processo Administrativo Disciplinar ou na Sindicância Punitiva deve passar pelo crivo do contraditório.

Dessa maneira, e especificamente no que se relaciona à diligência, o já citado parágrafo único do artigo 483 do Código de Processo Civil assevera que "as partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa", tornando claro que deve ser concedida a oportunidade à defesa de atuar, inclusive durante a diligência. Estamos mencionando a prova diligência. Para as diligências genericamente consideradas (vide item 1.1), não é necessário ser efetivado o contraditório – pois efetivamente não constituem meio de prova, por si só.

Na prova denominada diligência, o contraditório se concretiza com os seguintes atos:

a) **Notificação à defesa -** a defesa deve ser notificada acerca do dia, da hora e do local em que ocorrerá a diligência, para que compareça, caso queira, dentro do prazo legal previsto no artigo 26, § 2º, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 ("A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento"). Não se esqueça de que a data, o local e o horário agendados devem ser cumpridos, como em qualquer prova em que haja a faculdade de comparecimento para exercício do contraditório e da ampla defesa. Assim como na prova testemunhal, o comparecimento é uma faculdade conferida à defesa, para participar se quiser. Caso a defesa seja regularmente notificada e não compareça, a ausência NÃO impõe o dever de remarcar a prova diligência. Mas a defesa DEVE ser notificada com antecedência da produção da prova, sob pena de eventual ocorrência de nulidade. Caso, ainda que não notificada regularmente, a defesa compareça, sua presença suprirá a falta da comunicação, como se dá na prova testemunhal.

b) **Oportunizar a manifestação da defesa** - se a defesa comparecer, a comissão deverá expressamente abrir-lhe a oportunidade de se manifestar DURANTE a diligência. Caso a defesa não queira utilizar dessa faculdade, a comissão deverá expressamente consignar no termo de diligência que foi indagada à defesa se havia mais algum elemento que quisesse esclarecer e que essa nada quis acrescentar. Fazendo assim, evitam-se eventuais alegações de nulidade da prova por cerceamento de defesa.

c) **Avisar à defesa sobre a juntada do termo aos autos** - o termo de diligência é um documento genericamente considerado. Logo, a defesa pode dele ter vista e cópia. Deve a comissão notificar-lhe da juntada do documento. Mas, como já vimos na unidade relativa à prova documental, nada impede que esse seja mais um documento cuja juntada é comunicada em bloco pela comissão à defesa. Assim, essa última etapa do contraditório é menos relevante que as demais.

Os dois primeiros atos não podem ser supridos pela mera vista dos autos, após a realização da diligência. Já o último, por se tratar de contraditório de um documento, é suprido com a vista dos autos pela defesa.

É importante que a defesa seja notificada para comparecer à diligência. E, se comparecer, é imprescindível que lhe seja dada a oportunidade para se manifestar, sob pena de eventual nulidade da prova.

Enap

Lembre-se de que só há que se falar em nulidade da prova quando houver prejuízo para a defesa. Caso a prova tenha sido colhida sem o contraditório, mas não seja utilizada pela comissão para formar um juízo de valor desfavorável ao réu, o processo não estará nulo. Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça. Verifique a decisão abaixo.

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR INSTAURADO COM BASE EM INVESTIGAÇÃO PROVOCADA POR DENÚNCIA ANÔNIMA. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

(...)

2. As acusações que resultaram da apreensão de documentos feita pela Comissão de Sindicância, sem a presença do indiciado, não foram consideradas para a convicção acerca da responsabilização do servidor, pois restaram afastados os enquadramentos das condutas resultantes das provas produzidas na mencionada diligência.
3. Eventual nulidade no Processo Administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo sofrido, o que não restou configurado na espécie, sendo, pois, aplicável o princípio pas de nullité sans grief. Precedentes.

(...)

5. Segurança denegada.
(MS 13.348/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 16/09/2009).

5. Como realizar a diligência

Em síntese, durante a realização da prova-diligência, deverá a comissão proceder da seguinte forma:

1. Notificar a defesa acerca do dia, da hora e do local em que será realizada a diligência;
2. No dia e na hora marcados, dirigir-se ao local indicado;
3. Proceder aos atos necessários ao esclarecimento dos fatos;
4. Indagar expressamente à defesa se ela deseja a prática de algum ato ou o esclarecimento de algum ponto;
5. Lavrar o termo de diligência;
6. Colher as assinaturas dos presentes;
7. Juntar o termo de diligência aos autos do Processo Administrativo Disciplinar/ Sindicância; e
8. Notificar a defesa da referida juntada.

6. Diligência-prova e diligência genérica

Não confunda a prova diligência com as diligências genericamente consideradas e que são feitas pela comissão.

Ações como efetuar pesquisas em cartórios e processos judiciais, efetuar notificações, assim como demais deslocamentos da comissão na busca de elementos que possam esclarecer os fatos, NÃO SÃO provas. Não é necessário dar contraditório prévio à realização desses atos, apesar de comumente chamados de diligências.

Já na diligência-prova ocorre a própria elaboração do resultado, por meio de inspeção ou vistoria, constituindo elemento importante para esclarecimento do fato. Antes da diligência-prova, deve ser dado contraditório, e também durante e após a realização da prova. Veja pontos importantes a serem considerados:

- Registre todos os presentes na prova diligência e colha suas assinaturas ao final. A defesa deve ter sido notificada previamente, no prazo da Lei nº 9.784/99.
- Na prova-diligência o contraditório se efetiva com a notificação da defesa de que ela será realizada (antes), com a oportunidade de a defesa se manifestar durante a realização da diligência e com a notificação da defesa de que o termo de diligência foi juntado.
- Lembre-se de passar a palavra à defesa durante a diligência para que ela informe se quer a produção de algum ato no evento. Registre ter oportunizado a manifestação da defesa.

7. Conceito e características da prova emprestada

Ocorre com relativa frequência que a comissão, ou mesmo o servidor acusado no processo disciplinar, tome conhecimento de uma prova existente em outro processo que auxilie no esclarecimento dos fatos em apuração, de maneira que o aproveitamento dessa prova poderá ser útil nas investigações que estão sendo realizadas.

Essa prova pode constar tanto de outro procedimento disciplinar (Sindicância ou Processo Administrativo Disciplinar) como pode ter sido produzida em qualquer outro tipo de processo administrativo, assim como em processo que tramita no âmbito do Poder Judiciário. Não importa o tipo do processo, tendo ciência da existência dessa prova, a comissão ou o acusado pode vir a se interessar pelo seu conteúdo, porque é de interesse para elucidação dos fatos investigados.

Dessa forma, podemos conceituar prova emprestada como documento, perícia, depoimento, interrogatório, diligência ou qualquer outro instrumento com força probatória, constante de processo administrativo ou judicial, que é trazido para o processo disciplinar por iniciativa da comissão ou do servidor acusado.

Enap

7.1 Fundamentos da prova emprestada:

Antes de discutirmos sobre os principais temas a respeito da prova emprestada, é interessante observar que a prova emprestada não está prevista na Lei nº 8.112/90, de forma que surge a dúvida: qual o fundamento para utilizarmos a prova emprestada?

No módulo 1 do nosso curso, vimos que o processo disciplinar é regido por princípios que informam a interpretação e a aplicação das normas que regem a atividade, dentre os quais se destacam os princípios da ampla defesa, do contraditório e da verdade material.

Não podemos esquecer, entretanto, que existem outros princípios que regem o processo disciplinar, incluindo os expressos na Constituição federal, como é o caso dos princípios da eficiência, da isonomia e da segurança jurídica (art. 5º, caput, incisos XXXVI e LXXVIII, e art. 37, caput), além de outros considerados implícitos.

Além do mais, a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração federal, aplicável subsidiariamente ao processo disciplinar, prevê outros princípios importantíssimos, como o princípio do formalismo moderado e o da economia processual (art. 2º, incisos VI, VIII e IX).

Com base nessas normas gerais, é possível extrair a conclusão de que se a Administração Pública, representada pela comissão responsável pela condução de um processo disciplinar, tem conhecimento da existência prévia de uma prova constante de outro processo em trâmite perante o poder público, o dispêndio de recursos para produzir novamente o material deve ser evitado, em nome da eficiência e da economicidade.

IMPORTANTE

Importante lembrarmos também que a Lei nº 8.112/90 não prevê uma lista de provas que são possíveis de serem produzidas, limitando-se a afirmar, no artigo 155, que na "fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos".

Assim, e considerando que a Lei nº 8.112/90 não veda expressamente a utilização da prova emprestada, podemos entender como aplicável ao processo disciplinar a ideia prevista no artigo 369 do Código de Processo Civil.

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Em outras palavras, além dos depoimentos, acareações, diligências e perícias expressamente previstos na Lei nº 8.112/90, são meios de provas aceitáveis no processo disciplinar todos aqueles que não sejam expressamente vedados pela legislação, desde que não ofendam a moral e não tenham sido obtidos por meio ilícitos (art. 30 da Lei nº 9.784/99).

8. A prova emprestada e a efetivação do contraditório

Agora que temos uma ideia do que é a prova emprestada, vamos ver como a comissão deve utilizar a prova emprestada sem desobedecer ao princípio do contraditório.

A polêmica surge porque, como se estudou nos módulos anteriores, a produção de provas no processo administrativo disciplinar é realizada com a participação do acusado (art. 153 da Lei nº 8.112/90), de forma que ele tenha a oportunidade de reinquirir testemunhas, apresentar quesitos aos peritos e participar das diligências, entre outras providências. Ele deve ser, inclusive, previamente notificado da realização desses atos para que se prepare adequadamente para a sua intervenção.

Ocorre que a prova emprestada é, por definição, uma prova já produzida em outro processo, que é trazida para o processo disciplinar já pronta, o que impossibilita a participação do acusado em sua realização.

Mesmo nos casos em que o acusado também participa do processo do qual a prova emprestada se origina, o problema persiste porque nem sempre os objetos dos processos são iguais, de forma que, num depoimento de testemunha, por exemplo, o servidor acusado pode se interessar por fazer perguntas distintas em um e noutro processo.

Assim, num processo penal em que o servidor é acusado de homicídio culposo na direção de veículo automotor, pode o réu, ao reinquirir uma testemunha, limitar-se a fazer perguntas sobre a assistência prestada à vítima, para que não incorra no aumento de pena previsto no parágrafo único do artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro.

Transposto esse depoimento como prova emprestada para o processo disciplinar em que o mesmo servidor responde por inobservância do dever de exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo de motorista (art. 116, inciso I, da Lei nº 8.112/90), o servidor acusado pode ter interesse em reinquirir a testemunha sobre outros aspectos, como, por exemplo, se é um servidor dedicado e atento às suas obrigações.

Por fim, há aqueles casos em que se busca prova emprestada em processo no qual não houve o contraditório, seja porque inexistente (inquérito policial), seja porque ilegalmente desconsiderado, ou, ainda que tenha havido o contraditório, seja porque o servidor acusado não participou da produção da prova, pois não é interessado naquele processo.

O inquérito policial é o procedimento destinado à coleta de provas de suposto crime, que antecede a instauração da ação penal. Em regra, não são aplicáveis ao inquérito policial os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Enap

Nestes casos, é preciso avaliar primeiro se é possível utilizar a prova emprestada. Mas mesmo em caso positivo, questiona-se: como utilizá-la sem ferir o princípio do contraditório? Desde que regularmente produzida perante o poder público, tem se admitido a utilização da prova emprestada em todos os casos narrados acima.

Sempre, porém, após a juntada da prova emprestada aos autos do processo disciplinar, a comissão deverá intimar o acusado, facultando ao servidor que a conteste, inclusive com outras provas. Sobre os argumentos apresentados pelo acusado, a comissão deverá expressamente se manifestar, inclusive deferindo ou rejeitando motivadamente a complementação da prova (reinquirição da testemunha, complementação do laudo pericial com os quesitos apresentados pela defesa, etc.).

Lembre-se que é um direito do acusado requerer a produção de provas, ou a complementação desta, no caso da prova emprestada trazida aos autos pela comissão. Por outro lado, compete ao presidente do colegiado "denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos" (art. 156, § 1º, da Lei n.º 8.112/90).

Assim, a comissão deve analisar com cuidado o pedido do acusado de complementar a prova emprestada, buscando sempre que possível atender ao direito ao contraditório e à ampla defesa do servidor, mas sem esquecer-se de que as requisições do servidor não são irrecusáveis, de que se deve motivar adequadamente o pedido. Se fosse considerada sempre obrigatória a repetição da prova para que se admitisse o empréstimo de elemento de outro processo, restaria inviabilizado o instituto da prova emprestada.

8.1 A força probatória da prova emprestada

A força probatória da prova depende de ter sido ela produzida com a participação do acusado ou não. Fique atento, portanto, às seguintes diferenças:

a) Se a prova foi produzida com a participação do acusado, em contraditório, no processo de em que ela se origina, a prova é transposta para o processo disciplinar com o mesmo valor de convencimento que lhe era atribuído no processo de origem; é o que já decidiu o Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

[...]

2. A prova emprestada tem existência reconhecida na doutrina e jurisprudência pátrias, valendo como tal a que foi produzida no processo-crime a que responde o servidor, e que foram juntadas nos autos do processo administrativo disciplinar. [...] (RMS 7.685/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 19/09/2002, DJ 04/08/2003, p. 421).

b) Se a prova foi produzida num processo em que o acusado era interessado e, portanto, legitimado a intervir, mas a prova não foi realizada sob o crivo do contraditório, essa prova é utilizada no processo disciplinar com um valor probatório inferior àquele que lhe é atribuído usualmente. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela validade desse tipo de prova:

[...]

A doutrina e a jurisprudência se posicionam de forma favorável à "prova emprestada", não havendo que suscitar qualquer nulidade, tendo em conta a utilização de cópias do inquérito policial que corria contra o impetrante. (MS 9.850/DF, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/04/2005, DJ 09/05/2005, p. 293) [1].

c) Se a prova foi produzida em processo no qual o acusado sequer era parte interessada, aqueles elementos podem ser emprestados ao processo disciplinar, mas também com valor de convencimento inferior à prova que foi produzida sob o crivo do contraditório. Veja o que o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

"PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova (Inq-QO-QO 2424/RJ - Relator: Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 20/06/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno DJ 24-08-2007)". Precedentes/STJ: MS 11.965/DF, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08.08.2007, DJ 18.10.2007; MS 10.292/DF, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22.08.2007, DJ 11.10.2007; HC 47.813/RJ, QUINTA TURMA, julgado em 09.08.2007, DJ 10.09.2007.

Ou seja, o que importa em relação às provas que não foram produzidas sob o crivo do contraditório, ou em relação àquelas das quais o servidor acusado não teve a oportunidade de participar da produção, é que elas sejam confirmadas pelos demais elementos probatórios, isto é, que essas provas estejam em harmonia com as demais.

Enap

A respeito desta diferenciação entre o valor probatório da prova emprestada, lembre-se que não há, no processo administrativo disciplinar regido pela Lei nº 8.112/90, um sistema em que se estabelece previamente o valor de cada prova.

Ainda assim, como já vimos nos módulos anteriores, quem julga o processo disciplinar, da mesma forma como ocorre no processo judicial, aprecia o conjunto probatório de maneira livre, porém motivada.

Dessa forma, em nome dos princípios da ampla defesa e do contraditório, assim como da motivação, o julgador pode não atribuir a mesma força probante à prova que passou pelo crivo prévio do contraditório e àquela que, ao contrário, foi apreciada pelo acusado apenas após já estar pronta.

De outro lado, é importante notar que há provas em que o contraditório é sempre posterior à sua produção, como é o caso da prova documental, das escutas telefônicas, da busca e apreensão, situações em que, independente da prova ter sido produzida em processo em que o servidor era parte interessada ou não, ela tem o mesmo valor probatório do que no processo original. Essa foi a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no seguinte julgamento:

[...]

A garantia constitucional do contraditório - ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural - é o obstáculo mais frequentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual, pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de provir a prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se cuida de prova que - não fora o seu traslado para o processo - nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes. (RE 328138 / MG - Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 16/09/2003 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJ 17-10-2003).

9. Como trazer a prova emprestada para o PAD

Bom, agora que já estudamos as questões mais polêmicas da prova emprestada, vejamos alguns aspectos práticos de como se deve realizar este meio de prova.

Em primeiro lugar, devemos lembrar que a iniciativa para trazer a prova emprestada para o processo disciplinar pode partir da comissão ou do servidor acusado. Em ambos os casos, tendo a comissão deliberado previamente por buscar essa prova, deve o presidente do colegiado dirigir expediente à autoridade responsável pelo processo em que consta a prova almejada.

Veja que, se a prova constar de outro processo disciplinar, o expediente deverá ser dirigido à autoridade que instaurou esse processo, e não ao presidente da outra comissão, porque este não é autorizado a conceder vistas ou cópia de documento constante do processo disciplinar para ninguém, exceto para os servidores acusados.

Estando a prova emprestada juntada aos autos de processo judicial, o presidente da comissão oficiará o juiz responsável pela Vara onde tramita o processo, ou ao Diretor da Secretaria da Vara, Turma de Tribunal, etc.

Após a juntada da prova ao processo, o acusado deverá ser notificado para poder contrapor seus argumentos, sobre os quais a comissão deverá se manifestar expressamente.

No caso de prova oriunda de processo em que o servidor acusado não é parte interessada, deve-se atentar para o dever de manter o sigilo de informações e documentos que não interessem para a elucidação dos fatos e que de alguma forma atinjam a honra, intimidade ou vida privada de terceiros, excluindo-os ou mantendo-os reservados.

10. Interceptação telefônica e gravação clandestina

Fonte: Elaboração Enap

Há discussão sobre a utilização da interceptação telefônica como prova no processo disciplinar porque a Constituição Federal só autoriza a realização de interceptação telefônica em investigação ou processo penal:

Art. 5º [...] 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.

Assim, ao contrário de outros dados e informações que possam atingir a "intimidade, a vida privada, a honra" ou a "imagem das pessoas" (art. 5º, inciso X, da Constituição federal), como os dados bancários e fiscais, que podem ser obtidos pela comissão para a instrução do processo disciplinar, o sigilo das comunicações telefônicas só pode ser afastado no interesse de investigação de crime.

Apesar dessa restrição, nossos Tribunais têm admitido que, uma vez produzida essa prova (interceptação telefônica) no interesse da investigação de um crime, é possível o compartilhamento desse material com processos cíveis ou administrativos.

O entendimento de nossos magistrados tem sido no sentido de que uma vez que a prova foi produzida com obediência ao disposto na Constituição, e bem assim na lei que regulamentou a matéria (Lei nº 9.296/96), seu posterior compartilhamento com outras esferas não ofende o direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XII. É o que já decidiram o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal:

[...] VI - Sendo a interceptação telefônica requerida nos exatos termos da Lei nº 9.296/96, uma vez que o impetrante também responde a processo criminal, não há que se falar em nulidade do processo administrativo disciplinar. [...] (MS 9.212/DF, 3ª Seção, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 1º/6/2005).

[...] 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. [...] (STJ, MS 13.986/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 12/02/2010).

[...] 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). [...] (STF, Plenário, QO no Inq. 2275, Rel. Ministro Carlos Britto, DJe de 26/9/2008).

10.1 Diferença entre escuta telefônica e gravação clandestina

A escuta telefônica ou a interceptação telefônica é a prova obtida com autorização judicial, nos termos da Lei nº 9.296/96, por meio da qual, utilizando-se recursos tecnológicos apropriados, o agente público realiza a gravação de conversas telefônicas mantidas entre investigados em inquérito ou ação penal, ou entre estes e terceiros.

Gravação clandestina é a gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores ou por terceiro com o consentimento deste, sem o conhecimento dos demais interlocutores (MORAES, 2008, p. 65).

Embora a gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores não seja por si só ilegal, sua divulgação para terceiros afronta o inciso X do artigo 5º da Constituição federal (intimidade e vida privada).

Assim, a gravação clandestina de conversa telefônica só tem sido aceita como prova em processo administrativo e judicial, quando sua rejeição importar em afronta a outro direito fundamental, via de regra, o direito à liberdade ou ao patrimônio do acusado.

Em outras palavras, a gravação clandestina tem sido aceita como prova utilizada pela defesa, em processo judicial ou administrativo, porque sua desconsideração poderia acarretar um mal ainda maior que a violação da intimidade dos interlocutores, como seria o caso da condenação de um inocente em processo penal.

Este é o entendimento de nossos Tribunais:

PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou. (RE 402717, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-04 PP-00650 RTJ VOL-00208-02 PP-00839 RT v. 98, n. 884, 2009, p. 507-515).

Retornando à interceptação telefônica propriamente dita, é importante lembrar que, além de ter sido autorizada judicialmente, a prova deve ter sido regularmente compartilhada com a comissão por autoridade judiciária. Assim, tendo ciência da existência desse tipo de prova, a comissão deve solicitar ao representante judicial do Órgão ou da entidade que peticione nos autos do Inquérito policial ou da ação penal, a fim de obter aquela autorização.

Vale dizer que o representante judicial, nos órgãos da Administração direta (Ministérios), é a Procuradoria da União local e, no caso da Administração indireta (autarquias e fundações públicas), é a Procuradoria Federal do Estado (Decreto nº 7.392/2010).

Juntada a prova ao processo disciplinar, é "desnecessária a transcrição integral dos diálogos colhidos em interceptação telefônica, nos termos do art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.296/96, que exige da autoridade policial apenas a feitura de auto circunstanciado, com o resumo das operações realizadas. (Precedente do c. STF: Plenário, HC 83.615/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 4/3/2005)." (MS 13.501/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/12/2008, DJe 09/02/2009).

Parabéns! Chegamos ao fim do nosso curso, espero que você tenha gostado e adquirido conhecimentos importantes sobre Provas no Processo Administrativo Disciplinar! E não se esqueça de realizar o último exercício avaliativo do curso e também a avaliação de satisfação do curso. Até mais!

Enap

Glossário

Glossário Padrão

Verbete	Definição / Significado
Otimizar	Ocasionar circunstâncias mais proveitosas para; retirar o que há de melhor em; aprimorar, melhorar.
Antecedente	O que precede, anterior.
In loco (latim)	No lugar, no próprio local.
Antemão	De modo antecipado, de maneira prévia.
Lavrar	Redigir uma ata, escrever.
Subsidiariamente	De modo acessório.
Dispêndio	Gasto, despesa
Reinquirir	Tornar a inquirir ou a fazer perguntas.
Quesito	Ponto ou questão sobre que se pede a opinião ou o juízo de alguém.
Inviabilizado	Tornar inviável ou irrealizável.
Deliberar	Decidir, resolver mediante discussão ou exame.
Almejar	Desejada, muito querida.
Peticionar	Requerer, solicitar, fazer uma petição.

Referências bibliográficas

1.BRASIL, CGU. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar.** Brasília, 2016.

Material complementar

1. BRASIL, CGU. **Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar.** Brasília, 2016.

2. CARVALHO, Antônio Carlos Alencar de. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

3. COSTA, José Armando da. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar.** 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2011.

4. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

5. TEIXEIRA, Marcos Sales. **Anotações sobre Processo Administrativo Disciplinar.** Disponível em: http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/rfb-anotacoes-sobre-pad-2015.pdf