IV - APELACAO CIVEL 2003.51.01.015878-8

RELATOR	: DESEMBARGADORA FEDERAL SALETE MACCALÓZ
APELANTE	: EDUARDO DE FREITAS DIAS
ADVOGADO	: EDUARDO MACHADO DOS SANTOS (RJ071405) E OUTRO
APELADO	: UNIAO FEDERAL
ORIGEM	: VIGÉSIMA VARA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (200351010158788)

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo Autor, Eduardo de Freitas Dias, contra sentença de improcedência proferida pelo juízo da 20ª Vara Federal Cível da Capital, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, nos autos do processo de conhecimento em demanda proposta em face da União.

O pedido deduzido pelo Demandante na petição inicial consistiu na declaração judicial de nulidade do ato administrativo por meio do qual foi decretada sua demissão dos quadros funcionais do Departamento de Polícia Federal, com sua consequente reintegração ao cargo público que ocupava.

Para a obtenção da tutela jurisdicional postulada na inicial, aduz o Autor que, em 1996, foi instaurado processo administrativo disciplinar (por força da Portaria 756/96-DPF) destinado à apuração de responsabilidade funcional concernente a fatos noticiados nos autos do Inquérito Policial nº 0751/95-DPRCF/SR/RJ, em que se investigou suposto crime de concussão praticado contra a instituição financeira denominada DISCOUNT BANK LATIN AMERICAN, em razão de apontadas exigências de vantagem indevida para que não fosse conduzida repressão policial relativamente a possíveis crimes tipificados na Lei nº 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional). Sendo que, após a conclusão dos trabalhos procedimentais, em 15 de dezembro de 1997 a Corregedoria-Geral de Polícia, por intermédio de sua divisão disciplinar, relatou desta forma o processo administrativo em comento: *"Os APF's EDUARDO DE FREITAS DIAS (grifei), MARCUS VINICIUS DO AMARAL, RENATO PEREIRA GOMES e TOBERTO VINICIUS DA SILVA BRAGA – infringiram o inciso XLVIII do*

art. 364 do Decreto 59.310/66, diante das provas colacionadas, as quais inclinaram-se a comprovar que os acusados, enquanto componentes da equipe FOX, executaram buscas no escritório de representação do DISCOUNT BANK LATIN AMERICA no Rio de Janeiro, desprovidos de mandado judicial, arrecadaram documentos importantes e não procederam à regular exibição às autoridades policiais às quais deviam subordinação, ensejando um relatório de missão intencionalmente incompleto por parte do chefe da equipe, APF EDUARDO. Com isto viabilizou a utilização daqueles documentos na prática do crime de concussão contra os clientes daquela instituição financeira e após, em desfavor da própria direção do D.B.L.A., traduzida posteriormente no acordo financeiro de US$ 2.000.000,00 (dois milhões de dólares) em troca da incineração dos ditos documentos. A pena disciplinar correspondente é a DEMISSÃO."

Afirma-se, ainda, que os autos do processo administrativo foram encaminhados ao Ministério da Justiça a fim de que fosse examinado e elaborado um parecer – para ulterior submissão ao Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça – que restou nos seguintes termos: "*Deste modo, após o minucioso exame do bojo destes autos, tendo em vista a inexistência da materialidade do fato, bem como da ausência na obtenção de qualquer tipo de vantagem, propomos pelo arquivamento do presente, em homenagem ao princípio in dúbio pro reo*".

Ocorre que, muito embora esse parecer da assessoria do Ministério da Justiça fosse favorável ao ora Demandante, sua Excelência o Ministro da Justiça, à época, Renan Calheiros, exarou opinião nos seguintes termos: "*Despacho a manifestação do Coordenador de Assuntos Disciplinares para acatar in totum as conclusões da d. Comissão Processante por seus próprios fundamentos, entendendo que as provas colhidas são suficientes e idôneas para caracterizar prática das infrações imputadas*".

Remetidos os autos à Casa Civil da Presidência da República, nela foi produzida a Nota nº 2.313/98, no sentido de acolher as conclusões da Comissão Processante, como o fez igualmente o Senhor Ministro da Justiça. Por sua vez, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República decidiu, no mesmo sentido, pela demissão dos servidores processados.

Contra essa decisão demissionária, sustenta o Demandante que as conclusões exaradas no processo administrativo em epígrafe tiveram como base provas inquinadas de ilegalidade, a implicar nulidade absoluta. No ponto, anota que os depoimentos irregularmente colhidos das testemunhas Israel Senderey e Bitoushi Menhem Alkalai, ambos prestados diretamente a autoridades brasileiras em estabelecimento consular em território estrangeiro. Também, alega o fato de que para tal procedimento não foram respeitados os dispostos previstos no Decreto Legislativo nº 55, de 19-04-1995, que aprovou o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa – Protocolo de Lãs Leñas; eis que, no caso, foram os citados depoimentos colhidos no Consulado Geral do Brasil em Montevidéu e em Buenos Aires, a violar o princípio do devido processo legal.

Adicionalmente, alega-se que, quando os depoimentos das citadas testemunhas foram renovados, agora mediante expedição de cartas rogatórias, constatou-se contradição entre as afirmações iniciais e as posteriores.

Nessa pedida, para o Autor, a prova ilícita decorrente da ilegalidade das colheitas das provas testemunhais, obtidas em outros países por autoridade sem autorização legal, nem poderes para tanto, atingiu, também, as provas posteriormente coligidas, conforme requer a doutrina conhecida como *fruit of the poisonous tree* (fruto da árvore envenenada), destinada a tutelar a garantia constitucional da inadmissibilidade de prova ilícita.

Outra questão jurídica suscitada pelo Autor diz respeito a suposto equívoco na fixação da sanção administrativa, isto é, quanto à pena de demissão. Na visão do Demandante: "*Na presente hipótese, dois fatos impõem o reexame da sanção aplicada. O primeiro diz respeito à própria sanção demissionária imposta, eis que amparada num dispositivo legal que exige a prova da obtenção da vantagem, a qual não foi produzida em nenhum momento, pelo simples fato de não ter existido; o segundo fato está repousado na nulidade do procedimento administrativo, face às nulidades e irregularidades lá constantes, tendo em vista a não observância do princípio do contraditório e da ampla defesa*" (cf. petição inicial de f. 14).

Por fim, evoca a orientação consagrada no Parecer JCF-16/92, da Advocacia-Geral da União, nestes termos: "*Delegado de Polícia Federal*

demitido com base no inciso XLVIII do art. 364 – do Decreto nº 59.310, de 27 de setembro de 1966. A caracterização do prevalecimento, abusivo, da condição de funcionário policial exige a obtenção de algum tipo de vantagem, o que não ficou comprovado no processo disciplinar. Pedido de reconsideração que se acolhe, para tornar sem efeito a penalidade imposta, com a consequente reintegração do funcionário ao cargo do qual foi demitido."

Assim, para o Autor, mencionado parecer expedido pela Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República, vincularia a Administração Federal, nos termos como previsto no art. 40 da Lei Complementar nº 73/93.

A União, por sua vez, em sua peça de contestação (f. 417-424), ressalta que a concussão é crime formal, sendo que o efetivo recebimento da vantagem indevida constitui-se como mero exaurimento do ilícito. Aduz, também, que no processo administrativo disciplinar foram respeitados o contraditório e a ampla defesa, não havendo falar-se, pois, em qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade no procedimento. Também, rechaça a tese de que o citado Parecer nº 16/92 da AGU seria vinculante, porquanto, para que o indigitado ato administrativo possa ter efeitos vinculantes, torna-se necessário que lavrado pelo Advogado-Geral da União, com aprovação expressa do Presidente da República, atribuindo-lhe tais efeitos.

Ao analisar a causa, o juízo de primeiro grau de jurisdição assentou a validade do procedimento administrativo disciplinar em epígrafe, ante a ausência de qualquer vício de inconstitucionalidade ou violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Tocante à argüição de ilicitude das provas testemunhais, adotou-se o posicionamento segundo o qual seria desnecessária a expedição de carta rogatória para a colheita dos depoimentos no país estrangeiro, uma vez que se trata de processo administrativo, e não judicial, não configurando, portanto, qualquer violação ao Protocolo de Las Leñas. Afirmou, também, que a conduta praticada pelo Autor, prevista no art. 364, XLVIII do Decreto nº 59.310/66 constitui crime formal, bastando, para tanto, que haja prova de que o servidor público utilizou-se de sua condição de forma abusiva, sendo irrelevante, para sua configuração, a prova de que o servidor tenha efetivamente auferido vantagem indevida. Com base nesse

entendimento, o pedido deduzido pelo autor na petição inicial foi julgado improcedente (cf. sentença de f. 1064-1070).

Após opor embargos de declaração, desprovidos, o Autor interpôs recurso de apelação (cf. petição de f. 1081-1130), no qual reitera toda a argumentação desenvolvida na petição inicial, repisando, em síntese, a tese da ilicitude de provas, violação da garantia constitucional do devido processo legal e efeito vinculante do Parecer 16/92 – AGU. Nesses termos, propugna pela integral reforma da sentença, com o reconhecimento da procedência do pedido apresentado no instrumento da demanda.

A União apresentou contrarrazões (f. 1140-1142) para pugnar, em linhas gerais, pela confirmação da sentença recorrida.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento do apelo (cf. parecer de f. 1154).

É o relatório.

SALETE MARIA POLITA MACCALÓZ
Desembargadora Federal

VOTO

1. Os limites da controvérsia.

O caso concreto em foco revela questão jurídica de significativa relevância jurídico-constitucional, porque ligada, especificamente, à concretização do princípio do devido processo legal e suas projeções no direito à ampla defesa e ao contraditório em processo administrativo disciplinar, a teor do disposto no inciso LV do art. 5º da Carta Política.

Basicamente, as alegações do Apelante encontram-se calcadas nos seguintes argumentos: (a) a decisão demissionária restou fundamentada em provas ilícitas, a invalidar o processo administrativo disciplinar subjacente; (b) o Parecer nº 16/92 da AGU seria vinculante para a Administração Pública Federal, o que seria favorável à tese da defesa; (c) o art. 364 do Decreto nº 59.310/66, no qual foi enquadrada a conduta do Demandante, exigiria a prova do favorecimento indevido, conforme entendimento consagrado no indigitado Parecer; e (d) violação ao devido processo legal, a implicar a invalidade de todo o processo, o que implica a imediata reintegração do servidor demitido.

2. O processo administrativo disciplinar como instrumento vocacionado à tutela da garantia do devido processo legal, de um lado, e dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa, do outro.

No caso dos presentes, como se trata de apuração de atos ilícitos praticados por servidor de Departamento de Polícia Federal, o processo administrativo disciplinar é especificamente traçada pelo Decreto nº 59.310, de 26 de setembro de 1966 (Dispõe sobre o regime jurídico dos Funcionários Policiais Civis do Departamento Federal de Segurança Pública e da Polícia do Distrito Federal, na forma prevista no artigo da Lei nº , de 3 de dezembro de 1965). Nada obstante, sobre a temática posta aqui em evidência (responsabilidade administrativa de servidor público federal), vale trazer à baila, porque também aplicados na hipótese dos presentes autos, os vetores interpretativos extraídos do Estatuto dos Servidores Federais – Lei nº 8.112/90.

Com efeito, o Regime Jurídico dos Servidores Civis Federais, em seu Título IV, dita regras sobre o modelo disciplinar a que se submetem todos os servidores civis da União, autarquias e fundações públicas, impondo deveres, proibições, responsabilidades e cominando as penalidades administrativas. Essas disposições legais, em uma análise sistemática, têm como fundamento os princípios constitucionais informadores da administração pública, quais sejam, princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, indisponibilidade, probidade administrativa e supremacia do interesse público. Os princípios jurídicos, por sua vez, outra coisa não são senão a viga mestra do sistema normativo cuja reverência o legislador infraconstitucional deve prestar.

Por isso, os servidores públicos devem guiar-se dentro das margens delimitadas pela lei, exercendo as atribuições do cargo com zelo, lealdade e dedicação.

Estabelece o artigo 121 do indigito Estatuto que, pelo exercício irregular de suas atribuições, o servidor público responde civil, penal e administrativamente. Os servidores estatutários que, no desempenho de suas funções ou sob a alegação de desempenhá-las, cometerem infrações, seja no âmbito civil, penal ou administrativo, responderão por elas perante a

Administração Pública e perante a Justiça Comum. Essa responsabilização do servidor público infrator é dever da entidade a qual ele se liga e, dentro dela, do superior hierárquico, que não pode se descurar desse dever legal.

A responsabilização do servidor acusado do cometimento do ato ilícito depende de apuração pelos meios adequados, previstos no ordenamento jurídico, com reverência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. A apuração da infração é feita pela própria entidade ligada ao acusado, por intermédio de processo administrativo dirigido por uma comissão regularmente constituída.

3. O controle judicial não deve adentrar o mérito do ato administrativo, eis que jungido à análise dos aspectos ligados à legalidade, moralidade e à razoabilidade.

O comportamento da entidade, no aplicar da pena, é discricionário. A autoridade competente, em razão da gravidade do fato determinante da punição, escolhe, do elenco estabelecido pela lei, a sanção que melhor atenda ao interesse público e que melhor sancione a infração praticada.

Assim, tem-se que o fator determinante da aplicação da pena é o interesse público em reconstituir a ordem jurídica violada, levando-se em conta, necessariamente, a gravidade da infração e o dano que possa ter causado ao serviço público.

Para a análise judicial do procedimento administrativo ora questionado, necessário se faz abrir um parêntese para ressaltar que o controle jurisdicional dos atos administrativos, como assente na doutrina, pode abranger quaisquer atos emanados da Administração Pública, tenham eles natureza vinculada ou discricionária, indistintamente.

Quanto aos atos administrativos de atuação discricionária, porém, importante reconhecer que tal controle não deve avançar o âmbito legalmente reservado ao juízo de oportunidade e conveniência do administrador (mérito)[1].

[1] Mas em que consiste realmente o mérito do ato administrativo? Para responder a essa indagação lançamos mão do conceito de discricionariedade engendrado por **Celso Antônio Bandeira de Melo** (em *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª edição, 4ª tiragem, Malheiros, São Paulo, pág. 48): "*Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger,*

Essa categoria de ato administrativo, vale acentuar novamente, não é imune à sindicabilidade judicial, contudo circunscrito tão-somente aos aspectos da legalidade, da motivação (pela teoria dos motivos determinantes), da moralidade e da razoabilidade.[2]

No caso concreto epigrafado nestes autos, observo que não merece ser desconstituído o ato administrativo que decretou a demissão do Autor dos quadros funcionais do Departamento de Polícia Federal. Isso porque restaram plenamente observadas as normas legais aplicáveis. Ademais, os padrões normativos mencionados na decisão administrativa ora impugnada, quais sejam, artigos 364, inc. XLVIII e 383 do Decreto 59.310/66, preveem as condutas ilícitas, bem como a sanção correspondente.

Com efeito, dita o art. 364, inc. XLVIII, do Decreto 59.310/66: "*Art. 364. São transgressões disciplinares: XLVIII - prevalecer-se, abusivamente, da condição de funcionário policial*."

Em complementação, o art. 383, X, do mesmo Diploma legal prevê a pena de demissão aplicável: "*Art 383. A pena de demissão será aplicada quando se caracterizar: X - transgressão dos itens IV, IX, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XXVIII, XXXVI, XXXVIII, XL, XLIII, XLIV, XLV, XLVIII, L, LI, LII, LIII, LV, LXI e LXII do artigo 364, deste Regulamento*" (grifei).

---

segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente".

[2] A doutrina clássica no sentido da impossibilidade do controle de mérito sobre os atos de atuação discricionária tem assimilado algumas exceções com matizes, diria, mas sofisticadas, decorrentes do chamado pós-positivismo e da normatividade dos princípios engendrada por Robert Alexy, que afirma que entre regras e princípios existe não somente uma diferença de grau, mas uma *diferença qualitativa (*Robert Alexy. *La teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993). Nessa nova ideologia, destacam-se princípios de conteúdo relevante no Direito Administrativo, dentre os quais o da razoabilidade, da moralidade e da eficiência. Conforme acentua Luís Roberto Barroso (no ensaio de sua autoria: **Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática**), "*à luz desses novos elementos, já não é mais possível afirmar, de modo peremptório, que o mérito do ato administrativo não é passível de exame. Isso porque verificar se alguma coisa é, por exemplo, razoável – ou seja, se há adequação entre meio e fim, necessidade e proporcionalidade – constitui, evidentemente, um exame de mérito*."

No mais, a medida aplicada pela autoridade administrativa afigura-se razoável, porque necessária e adequada, ante a gravidade dos fatos apurados.

Paulo Bonavides *(em Curso de Direito Constitucional, 8ª edição, Malheiros Editores, 1999, pp. 360/361),* com a proficiência que lhe é peculiar, abordou com profundidade o conteúdo do princípio da proporcionalidade, com atenção à sua original formulação pela doutrina alemã. Vejamos:

> *"Constatou-se na doutrina a existência de três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios que governam a composição do princípio da proporcionalidade.*
> *Desses elementos o primeiro é a pertinência ou aptidão (Geeignetheit) que segundo Zimmerli, nos deve dizer se determinada medida represente 'meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público', conforme a linguagem constitucional dos tribunais. Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Logo se percebe que esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação de arbítrio (Übermassverbot), que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade. Com o desígnio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister, portanto, que 'a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido', ou, segundo Hans Huber, que mediante seu auxílio se possa alcançar o fim desejado.*
> *O segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é a necessidade (Erförderlichkeit), ao qual também alguns autores costumam dar tratamento autônomo e não raro identificá-lo com a proporcionalidade propriamente dita. Pelo princípio ou subprincípio de necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim*

legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível dever ser necessária."

Minudenciando tal cânone, corolário do devido processo legal, a doutrina alemã identifica, no subprincípio da necessidade (Notwendigkeit), a determinação, ao legislador e ao aplicador da lei, de que haja uma proibição constitucional do excesso (Übermaβverbot). Vale dizer, entre todas as medidas que se prestam a alcançar determinada finalidade conforme a Constituição, deve-se optar pela menos deletéria aos direitos fundamentais do cidadão.

Transportando para o caso prático que se nos apresenta, afigura-se que, de fato, a medida tomada pela Administração restou consoante com o princípio da proporcionalidade, haja vista a gravidade dos atos imputados ao servidor, sendo suficiente para matizar a pena de demissão como adequada e necessária ao interesse da Administração Pública.

Em suma, a decisão que determinou a demissão do Autor (cf. relatório da Corregedoria-Geral de Polícia, f. 04-05; parecer do Ministro da Justiça, f. 09; e decisão do Exmo. Presidente da República, f. 311 e doc. nº 39) não se revelou contrária às normas legais aplicáveis, porquanto aplicou corretamente, ao caso concreto, os dispositivos que preveem os fatos ilícitos, bem como a sanção correspondente. Também, não se pode negar que a medida administrativa adotada - pena de demissão -, não discrepou do princípio constitucional da razoabilidade.

4. *In casu*, correta a dosimetria da pena, face aos ilícitos apurados no processo administrativo disciplinar.

Baseado nos diversos depoimentos constantes dos autos do processo, demonstrou-se que o Autor efetivamente utilizou-se de sua condição de policial federal para retirar, mediante ordem do Delegado Eleutério Ferreira Parracho, documentos pertencentes à instituição financeira denominada Discount Bank Latin American, sem, contudo, estar munido da indispensável ordem judicial de busca e apreensão, a revelar a utilização abusiva do servidor.

Conforme bem assentado pelo juízo de primeiro grau (f. 1068):

> *"Portanto, os fatos apurados e comprovados no processo disciplinar nº 003/96-1ª. CPD/CCL tornaram inquestionável a transgressão pelo servidor de suas obrigações funcionais, acarretando-lhe a imputação da penalidade administrativa máxima, com fulcro no inciso XLVIII do artigo 364 do Decreto nº 59.310/66, regulamentador da Lei nº 4.878/65."*

Vale assinalar que o ilícito administrativo imputado ao Autor – de ter ele se prevalecido abusivamente da condição de policial federal – é também tipificado na lei penal incriminadora como crime de concussão. Assim, as conclusões da Comissão Processante foram nos seguintes termos (f. 584), *verbis*:

> "Os autos não provam que esses quatro acusados houvessem praticado qualquer concussão ou que houvessem recebido qualquer quantia de clientes ou de dirigentes do banco, mas demonstram fartamente que, ao procederem à ilegal retirada de documentos da repartição bancária, prevaleceram-se abusivamente das suas condições de policiais e decisivamente contribuíram para as concussões que mais tarde se sucederiam"

Portanto, afigura-se-me correta a medida administrativa de demissão do servidor, aplicada no processo administrativo disciplinar em epígrafe.

5. Desnecessária a expedição de carta rogatória para obtenção de depoimento de testemunhas, prestado, no exterior, diretamente a autoridade brasileira em repartição consular. Art. 5º. do Protocolo de Las Leñas, promulgado pelo Decreto nº 2.067/96.

As cartas rogatórias são definidas como "*um pedido formal de auxílio para instrução de processo, feito pela autoridade judiciária de um Estado a outro*", conforme pontifica Nadia de Araújo (em *Direito Internacional Privado*, Renovar, 3ª ed. P. 273). Nas linhas de Carmen Tiburcio (em *Temas de Direito Internacional*, Renovar, p. 160): "*Na ausência de tratados, a carta rotatória é o meio processual adequado para a realização*

de diligências por solicitação de autoridades estrangeiras fora de uma determinada jurisdição. Na hipótese de estar o réu domiciliado em outro país, e havendo necessidade de citá-lo para que se instaure o processo, ou estando determinada testemunha essencial para o desenrolar do processo domiciliada no exterior e se há necessidade de interrogá-la, a via processual comumente utilizada é a carta rogatória. Observe-se que a carta rogatória é o meio mais utilizado para esta finalidade, o que não exclui outros meios para realização de tais atos no exterior, quando estes outros meios forem aceitos tanto pela lei do foto em que tramita o processo como pela lei do lugar da realização da diligência" (grifei).

Conforme se pode depreender dessa doutrina, a carta rogatória, como mecanismo para a realização da cooperação jurídica internacional, desenvolve-se propriamente entre autoridades judiciárias. Então, a questão que se impõe reside em se saber se no âmbito do processo administrativo a colheita de depoimento testemunhal, em outro país, exige, para sua validade, a expedição de *carta rogatória probatória*.

Ao analisar semelhante questão, tocante ao recurso de apelação interposto por Roberto Vinicius da Silva Braga – que respondeu, conjuntamente com o Autor deste demanda, ao Processo Administrativo Disciplinar 0751/95 DPRCF/SR/RJ – a Oitava Turma Especializada desta Corte Regional deu o seguinte tratamento à matéria (cf. AC 381707, DJU de 30-06-2009) forma, *verbis*:

> *"Em primeiro lugar, deve ser refutada a alegação de nulidade do Processo Administrativo Disciplinar em razão da ilicitude dos depoimentos de Israel Senderey e Bitoush Menahem Alkalai, por terem sido colhidos no Consulado Geral do Brasil, em Montevidéu e em Buenos Aires, sem a necessária expedição de Carta Rogatória.*
> *Na verdade, o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa (Protocolo de Las Leñas), em seu artigo 5º, apenas exige a expedição de Carta Rogatória para as*

> *autoridades jurisdicionais, as únicas competentes para a expedição do mencionado documento.*
> *Tratando-se de prova requerida pela Comissão responsável por Processo Administrativo Disciplinar sua colheita pode se dar mediante ofício, já que se trata de ato extrajudicial, conforme pode ser observado nos Decretos nº 1.560/95 e 1.850/96.*"

Importa ressaltar que o Protocolo de Las Leñas foi promulgado pelo Decreto nº 2.067, de 12 de novembro de 1996 (Promulga o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa), e o seu art. 5º dispõe nos seguintes termos:

> Artigo 5
> Cada Estado parte deverá enviar às autoridades jurisdicionais do outro Estado, segundo o previsto no artigo 2, cara rogatória em matéria civil, comercial trabalhista ou administrativa, quando tenha por objeto:
> a) diligências de simples trâmite, tais como citações, intimações, citações como prazo definido, notificações ou outras semelhantes;
> b) recebimento ou obtenção de provas.

Depreende-se do texto normativo acima transcrito, que as cartas rogatórias têm tramitação entre autoridades jurisdicionais, e não perante autoridades administrativas, como se dá nos casos de investigação e apuração procedidas em sede de processo administrativo.

Dessa forma, deve-se reconhecer como infundada a argumentação autoral segundo a qual o depoimento colhido das testemunhas, em país estrangeiro, deveria ser procedido mediante carga rogatória.

Na mesma linha de raciocínio caminhou o juízo de primeiro grau de jurisdição, senão vejamos (f. 419):

> "A colheita dos depoimentos não se deu em processo criminal, donde desnecessár5ia a carta rogatória. Na realidade, não havia qualquer processo jurisdicional, tão-

somente, processo administrativo. Daí a desnecessidade da carta rogatória.

O fato de, posteriormente, as testemunhas terem sido chamadas a depor em juízo, através de carta rogatória, se deve em função da instauração de processo penal na 7ª Vara Criminal da Justiça Federal do Rio de Janeiro."

Esse o quadro, os depoimentos prestados diretamente à autoridade brasileira em repartição consular do Brasil, tanto na Argentina como no Uruguai, para apuração de responsabilidades funcionais em processo administrativo disciplinar, não se afiguram ilegítimas nem ilícitas.

6. O parecer, como ato administrativo opinativo, somente adquire caráter normativo e vinculante quando a autoridade competente lhe atribua, formalmente, a condição de orientação geral para os órgãos administrativos.

O Demandante, em suas razões, evoca o texto explicitado no Parecer JCF 16/92, sob o entendimento de que mencionado ato administrativo vincularia a decisão que deveria ser tomada no processo disciplinar em foco. Assim, entende que, como não restou provado o fato de ter o servidor efetivamente recebido vantagem indevida, não poderia ser demitido dos quadros funcionais do Departamento de Polícia Federal como incurso no inciso XLVIII do artigo 364 do Decreto nº 59.310, de 27 de setembro de 1966.

Eis o conteúdo do citado Parecer Jurídico, *verbis*:

"Delegado de Polícia Federal demitido com base no inciso XLVII di art. 364 do Decreto nº 59.310, de setembro de 1966. A caracterização do prevalecimento abusivo, da condição de funcionário policial exige a obtenção de algum tipo de vantagem, o que não ficou comprovado no processo disciplinar.

Pedido de reconsideração que se acolhe, para tornar sem efeito a penalidade imposta, com a consequente reintegração do funcionário ao cargo do qual foi demitido."

Contudo, o parecer jurídico acima transcrito não ostenta caráter normativo, o que induz à conclusão de ser não ser vinculante ao presente caso concreto.

Com efeito, nas linhas de Maria Sylvia Di Pietro (em *Direito Administrativo*, Atlas, 14ª, ed., p. 221), "*parecer é o ato pelo qual os órgãos consultivos da administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência*". Pode ser facultativo, obrigatório e vinculante. Facultativo quando ficar a critério da Administração solicitá-lo ou não; mas se for indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la. Obrigatório ocorre quando a lei exige como pressuposto para a prática de determinado ato final. Tal obrigação, importante gizar, diz respeito à solicitação do parecer. O parecer vinculante aparece quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar sua conclusão, como, por exemplo, se dá na concessão de aposentadoria por invalidez, hipótese em que o parecer do médico vincularia a decisão administrativa.

Parecer normativo, na doutrina de Hely Lopes Meirelles (em Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 27ª ed., p. 189), "*é aquele que, ao ser aprovado pela autoridade competente, é convertido em norma de procedimento interno, tornando-se impositivo e vinculante para todos os órgãos hierarquizados à autoridade que o aprovou. Tal parecer, para o caso que o propiciou, é ato individual e concreto; para os casos futuros, é ato geral e normativo.*"

Ao comentar sobre essa categoria jurídica – parecer normativo, *v.g.* – José dos Santos Carvalho Filho assinala os requisitos necessários para que determinado ato administrativo concreto adquira suficiente grau de normatividade. Para o citado autor (em *Manual de Direito Administrativo*, *Lumen Juris*, 14ª ed., p. 118): "*Note-se, todavia, que sem a aprovação formal da autoridade decisória e sem sua indicação de que o tratamento deve ser estendido aos demais órgãos, o parecer não poderia ter tais efeitos. O que se observa é que a normatividade não é propriamente do parecer, mas da solução que deu a determinada questão devidamente aprovada pela autoridade competente.*"

No caso dos presentes autos, o indigitado Parecer JCF 16/92 não detém o necessário coeficiente de normatividade, uma vez que a autoridade

administrativa competente, o Exmo. Presidente da República, não lhe conferiu os atributos essenciais para tanto. Portanto, a tese defendida pelo autor não merece guarida.

7. A absolvição por ausência de provas no âmbito penal não faz coisa julgada nas esferas civil e administrativa.

Dispõe o art. 126 da Lei nº 8.112/90 que "*a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria*".

O Código Civil, por sua vez, dita igualmente em seu art. 935 nos seguintes termos: "*A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal*".

Com efeito, depreende-se dos padrões normativos acima indigitados que a responsabilidade do servidor será afastada, nas esferas cível e administrativa, caso haja absolvição criminal em razão da inexistência do fato ilícito ou quando ficar rechaçada a autoria.

Ao comentar sobre esse regime de *comunicabilidade de instâncias*, Maria Sylvia Di Pietro (em *Direito Administrativo*, Atlas, 14ª ed., p. 498) destaca a possibilidade de uma infração administrativa praticada pelo servidor seja também tipificada na lei como ilícito penal; e a situação em que a infração praticada constitua, tão-somente, ilícito penal. Sobre esse tema, destarte pontua a citada autora:

> "*Na primeira hipótese, instaura-se o processo administrativo disciplinar e o processo criminal, prevalecendo a regra da independência entre as duas instâncias, ressalvadas algumas exceções, em que a decisão proferida no juízo penal deve prevalecer, fazendo coisa julgada na área cível e na administrativa.*
>
> *A regra fundamental sobre a matéria está contida no artigo 1.525 do Código Civil, em cujos termos não se poderá questionar mais sobre 'a existência do fato ou*

quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decidias no crime'. Em consonância com esse dispositivo, o artigo 126 da Lei nº 8.112/90 determina que 'a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou da sua autoria'.

Por sua vez, o artigo 65 do Código de Processo Penal determina que 'faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhece ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito'. E o artigo 66 estabelece que 'não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Quando o funcionário for condenado na esfera criminal, o juízo cível e a autoridade administrativa não podem decidir de forma contrária, uma vez que, nessa hipótese, houve decisão definitiva quanto ao fato e à autoria, aplicando-se o artigo 1.525 do Código Civil.

"Quando a sentença for pela absolvição, há que se distinguir os seus várias fundamentos, indicados no artigo 386 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos:

(...)

Não repercutem na esfera administrativa:

1. a hipótese do inciso III, porque o mesmo fato que não constitui crime pode corresponder a uma infração disciplinar; o lícito administrativo é menos do que o ilícito penal e não apresenta o traço da tipicidade que caracteriza o crime;

2. as hipóteses dos inciso II, IV e VI, em que a absolvição se dá por falta de prova; a razão é semelhante à anterior: as provas que não são suficientes para

demonstrar a prática de um crime podem ser suficientes para comprovar um ilícito administrativo."

Na presente ação judicial, constata-se que o Autor fora absolvido, na instância criminal, por ausência de provas, com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal (cf. cópia de sentença de f. 962-1026). Nessa medida, a absolvição declarada nessa sentença penal não faz coisa julgada, nem no âmbito cível, nem no administrativo.

8. No processo administrativo disciplinar restou plenamente observado o devido processo legal, traduzido na garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CF).

A garantia constitucional insculpida no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República preconiza que "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*" – princípio do devido processo legal e ampla defesa. Olhando por esse prisma, forçoso se faz concluir que a aplicação de qualquer sanção disciplinar (advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria, etc.) deverá ser precedida por processo administrativo, no qual sejam assegurados ao servidor o contraditório e ampla defesa, sob pena de nulidade de todo o processo administrativo.

O pronunciamento judicial, quanto aos processos administrativos, limita-se às questões jurídicas referentes ao devido processo legal, vale dizer, a análise quanto à observância do contraditório e da ampla defesa do acusado no processo administrativo, bem como à observância da proporcionalidade. Assim, mostra-se descabido, portanto, que no processo judicial seja revolvida toda a análise probatória, isto é, é vedada a reavaliação das provas apuradas pela Comissão Julgadora. Tal entendimento, a rigor, foi secundado, de há muito, pelos tribunais superiores. A propósito, para o mesmo sentido aponta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (cf. MS nº 200101375985/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, , DJ de 22/04/2003, pág. 194), *verbis*:

"*(...)*

> *5. É inviável a apreciação da alegação do impetrante no sentido de que a Comissão Processante, ao analisar as provas produzidas nos autos, notadamente os depoimentos prestados, foi desidiosa, omissa e parcial, além de ter incorrido em prejulgamento, porquanto o seu exame requisita, necessariamente, a revisão do material fático apurado no procedimento administrativo, com a conseqüente incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, estranhos ao âmbito de cabimento do* mandamus *e à competência do Poder Judiciário. Precedentes do STJ e do STF.*

Em outras palavras, segundo a citada orientação jurisprudencial, é vedado ao Judiciário, em questões atinentes a processo administrativo disciplinar, reavaliar e valorar o conjunto probatório no qual se baseou a decisão administrativa disciplinar, vez que indigitada valoração diz respeito ao mérito do julgamento de atribuição da autoridade competente. Portanto, não cabe aqui qualquer reavaliação das provas constantes dos autos do processo administrativo disciplinar.

No mais, os documentos colacionados aos presentes autos asseguram a conclusão de que, no processo administrativo disciplinar subjacente, foram respeitadas as garantias constitucionalmente do contraditório e da ampla defesa, consubstanciadas na oportunidade de manifestação do Autor nos autos do processo, a atuação de defesa técnica, bem como na colheita de provas testemunhais, sendo refutado, desta forma, qualquer alegação de nulidade do processo.

9. Conclusão.

Observa-se, em conclusão, a plena validade do processo administrativo disciplinar em tela, notadamente porque foram respeitados os princípios jurídico-constitucionais da legalidade, da proporcionalidade e, acima de tudo, do devido processo legal.

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso de apelação*.

SALETE MARIA POLITA MACCALÓZ
Desembargadora Federal

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEVIDO PROCESSO LEGAL. DIREITO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. DESCABIMENTO DE CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. CORRETA A DOSIMETRIA DA PENA DE DEMISSÃO APLICADA, ANTE A GRAVIDADE DOS FATOS APURADOS. IMPOSSIBILIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTA ROGATÓRIA ENTRE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. ART. 5º DO PROTOCOLO DE LAS LEÑAS. PARECER JCF 16/92 DESTITUÍDO DE CARÁTER VINCULANTE E NORMATIVO. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS, NO ÂMBITO PENAL, NÃO VINCULA A ESFERA ADMINISTRATIVA.

1. No processo administrativo, o devido processo legal, que tem expressão no art. 5º, LV, da CRFB, é observado quando respeitadas as garantias do contraditório e da ampla defesa. Viabiliza-se ao servidor processado o conhecimento dos fatos a ele imputados, bem como a possibilidade de reação contra as imputações e produção de provas. Nos presentes autos, constata-se o pleno respeito a tais postulados.

2. O controle judicial não deve avançar para invadir o mérito (conveniência e oportunidade) do ato administrativo. Em sede de processo administrativo disciplinar, a agente competente tem um perímetro de liberdade para escolher, do elenco de punições legalmente previstas, aquela que melhor atenda concretamente a finalidade de se restabelecer a ordem jurídica violada. No caso dos autos, a medida administrativa adotada foi a pena de demissão, que se encontra prevista no inciso LXVIII do art. 364 do Decreto nº 59.310/66.

3. A carta rogatória, como mecanismo de cooperação jurídica internacional, desenvolve-se entre autoridades judiciárias, a teor do art. 5º do Protocolo de Lãs Leñas, promulgado pelo Decreto nº 2.067/96. Portanto, esse instrumento de cooperação não cabe em sede de processo administrativo disciplinar.

4. O parecer jurídico somente se torna normativo e vinculante na medida em que a autoridade competente tenha lhe atribuído a devida normatividade, como orientação de caráter geral para toda a administração. Ausentes tais pressupostos no tocante ao Parecer JCF nº 16/92, invocado pelo demandante para desconstituir o ato de demissão.

5. A absolvição por ausência de provas no âmbito penal não faz coisa julgada na esfera administrativa. Inteligência do art. 126 da Lei nº 8.112/90, art. 935 do Código Civil e art. 65 do Código de Processo Penal.

6. Negado provimento ao recurso de apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a Sétima Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2a Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, constante dos autos, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro, ____/____/2010.

SALETE MARIA POLITA MACCALÓZ
Desembargadora Federal