

MANDADO DE SEGURANÇA 25.135 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. CELSO DE MELLO
IMPTE.(S)	: JOSÉ WELLINGTON MEDEIROS DE ARAÚJO
ADV.(A/S)	: ANGELA CIGNACHI E OUTRO(A/S)
IMPDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
IMPDO.(A/S)	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
IMPDO.(A/S)	: JOSÉ EDUARDO SABO PAES
ADV.(A/S)	: MARCELLO ALENCAR DE ARAÚJO E OUTROS
IMPDO.(A/S)	: NÍDIA CORRÊA LIMA
ADV.(A/S)	: CHRISTINA AIRES CORRÊA LIMA E OUTROS
IMPDO.(A/S)	: MARIA DE LOURDES ABREU
ADV.(A/S)	: MARCUS VINÍCIUS VITA FERREIRA
IMPDO.(A/S)	: UNIÃO
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

DECISÃO: Registro, *preliminarmente*, **por necessário**, que o Supremo Tribunal Federal, mediante edição da Emenda Regimental nº 28, de 18 de fevereiro de 2009, delegou expressa competência ao Relator da causa, para, em sede de julgamento monocrático, **denegar ou conceder** a ordem de mandado de segurança, desde que a matéria versada no “*writ*” em questão constitua “*objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal*” (RISTF, art. 205, “*caput*”, na redação dada pela ER nº 28/2009).

Ao assim proceder, fazendo-o mediante interna delegação de atribuições jurisdicionais, esta Suprema Corte, atenta às exigências de celeridade e de racionalização do processo decisório, limitou-se a reafirmar princípio **consagrado** em nosso ordenamento positivo (RISTF, art. 21, § 1º; Lei nº 8.038/90, art. 38; CPC, 544, § 4º) que autoriza o Relator da causa a decidir, **monocraticamente**, o litígio, sempre que este referir-se a tema já definido em “*jurisprudência dominante*” no Supremo Tribunal Federal.

Nem se alegue que essa orientação implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 159.892-AgR/SP Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

A legitimidade jurídica desse entendimento – que vem sendo observado na prática processual desta Suprema Corte (MS 27.649/DF Rel. Min. CEZAR PELUSO – MS 27.962/DF Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) – decorre da circunstância de o Relator da causa, no desempenho de seus poderes processuais, dispor de plena competência para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, justificando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar (RTJ 139/53 – RTJ 168/174-175 – RTJ 173/948), valendo assinalar, quanto ao aspecto ora ressaltado, que o Plenário deste Tribunal, ao apreciar o MS 27.236-AgR/DF Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, reafirmou a possibilidade processual do julgamento monocrático do próprio mérito da ação de mandado de segurança, desde que observados os requisitos estabelecidos no art. 205 do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental nº 28/2009.

Tendo em vista essa delegação regimental de competência ao Relator da causa, impõe-se reconhecer que a controvérsia mandamental ora em exame ajusta-se à jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em análise, o que possibilita seja proferida decisão monocrática sobre o litígio em questão.

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra deliberação que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios proferiu nos autos do Processo Administrativo Disciplinar nº 1.218/2003 (ratificada por meio de

Decreto do Presidente da República), **consubstanciada** em acórdão assim ementado (fls. 80/82):

“PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MAGISTRADO. PORTARIA DE INSTAURAÇÃO. INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. DADOS SUFICIENTES PARA A IMPUTAÇÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LICEIDADE DO ATO. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEI Nº 9.296/96. GRAVAÇÃO DIALÓGICA. PROVA LÍCITA. ALCANCE DE OUTRA PESSOA QUE NÃO O INVESTIGADO. POSSIBILIDADE. A QUEBRA DO SIGILO ALCANÇA QUALQUER INTERLOCUTOR QUE INTEGRAR A COMUNICAÇÃO DIALÓGICA. PROVA EMPRESTADA. HIPÓTESE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. IRREPETIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DIREITO À INTIMIDADE. VALORAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA PUBLICIDADE, CONTRAPOSTOS AO DA PRIVACIDADE. PREVALÊNCIA DO INTERESSE COLETIVO. DISCIPLINA JUDICIÁRIA. DEVER DO MAGISTRADO. VIOLAÇÃO AO ART. 35, VIII, DA LOMAN. DESVIO DE CONDUTA. PENA DISCIPLINAR ADMINISTRATIVA. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA.

1 - Não há porque inquirir de nulidade portaria inaugural de processo administrativo disciplinar, ainda que sucinta e genérica, restando evidenciado que não houve prejuízo à defesa do magistrado processado, que se fez bem representar. Princípio ‘pas de nullité sans grief’. Indicação, ‘in casu’, de forma clara e objetiva, do preceito disciplinar em tese violado.

2 - Não pode ser caracterizada como prova ilícita a interceptação telefônica autorizada judicialmente, disciplinada no comando constitucional pela Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, com a captação de comunicação dialógica entre o investigado e terceiro interlocutor, este alcançado mesmo que tenha direito a foro especial por prerrogativa de função, configurada conexidade manifesta em relação aos fatos apurados oficialmente. Como fonte de prova advinda

de inquérito policial mostra-se irrepetível, por sua natureza, eis que não poderia ser jamais produzida com a integração dos partícipes, em instrução contraditória. A prerrogativa de função emergirá por ocasião da utilização da degravação como prova em desfavor do processado, quer na esfera penal, civil ou administrativa, com irrestrita observância das regras atinentes à competência do órgão julgador, sob a garantia do princípio do juiz natural.

3 - Prevalência de orientação atual, a considerar prova emprestada a que for trasladada e produzida no curso de outro processo judicial (STJ, 3ª Turma, REsp. nº 311.370/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros), não abrangendo, destarte, aquelas outras tidas como materiais, pré-constituídas, oriundas de procedimentos criminais em fase investigatória, anteriores, pois, à ação penal, distinguidas pelo aspecto da irrepetibilidade quando da instrução do processo, havendo posicionamento a respeito do tema de que '(...) a sede preferencial das objeções à prova emprestada é de prova oral.' (Sepúlveda, HC 78749/MS, RTJ 170/1 PAG-264).

4 - Como regra da 'proporcionalidade', as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolera-se o detrimento a alguns direitos por ele conferidos, no caso o direito à intimidade, e neste enfoque, da privacidade, ponderados os direitos em conflito, a prevalecer aquele mais valioso, se sobrelevar o interesse do Estado na garantia da moralidade e da publicidade administrativas. (Precedentes do STF e do STJ).

5 - A temática da Disciplina Judiciária, a par das prerrogativas e das garantias constitucionais, leva a considerar ser inarredável, como dogma derivado de princípios, fundamentos e sistema de moral, como consubstanciado na Lei Orgânica da Magistratura, no inciso VIII do artigo 35, o dever de 'manter conduta irrepreensível na vida pública ou particular', cuja violação produz reflexos na esfera pública ou social, tratando-se de disposição legal de claro conteúdo deontológico, que 'consiste em estabelecer um tratado de deveres a serem cumpridos pelo homem no relacionamento profissional e social' (Ministro José Augusto Delgado 'in' 'Influência da Deontologia no exercício da Magistratura').

6 - Com a imputação dos fatos, delineada a tipicidade da infração administrativa, havendo congruência entre a indicação e o fundamento da decisão, o que remanescer constitui elemento de prova, sem prescindir, com este corolário, 'que o nexo com o fato a ser provado seja lógico ou próximo' (Precedentes do STF).

7 - A materialização da prova, gravação da interceptação telefônica procedida de acordo com a Lei nº 9.296/96, firma-se na sua inequívoca autenticidade, ao ser admitida 'ab initio' pelo próprio processado e, de igual, pelos principais interlocutores que estavam sob investigação policial, havendo o somatório de uma série de fatores neste sentido: depoimento do processado, oitiva de testemunhas, inclusive as arroladas pela defesa e documentação existente nos autos.

8 - A configuração do desvio de conduta, desenharia a moldura fática, acentua-se pelo comportamento pouco ortodoxo do magistrado, com fortes matizes de conteúdo aético, conduzindo à imposição sancionatória administrativa disciplinar com a violação de um dever indeclinável e tipicamente identificado, compreendido objetivamente na imputação dos fatos consignados na portaria instauradora do processo disciplinar, posto que 'não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio fato ressalta a imoralidade' (Jobim, HC 75338/RJ).

9 - O descumprimento do dever funcional, computando-se mais que meros indícios, acaba por desgastar, também, a imagem da própria instituição perante a sociedade, descurando o magistrado do dever de 'manter conduta irrepreensível na vida pública e particular', na dicção do artigo 35, VIII, da LOMAN, tornando aplicável a pena disciplinar de aposentadoria compulsória, com vencimentos proporcionais por tempo de serviço (artigo 42, V)." (grifei)

Alega-se, em síntese, nesta sede processual, o que se segue (fls. 03/04):

"Após divulgação, pela imprensa, de gravação de interceptações telefônicas efetuadas com autorização do Juízo da 1ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília, que tinha como alvos outros personagens que não o ora Impetrante, foi

instaurada Sindicância contra este para que se apurasse, sumariamente, 'fatos veiculados na imprensa referentes a magistrados do Distrito Federal'. Este procedimento, registre-se, foi iniciado tão somente porque dentre as interceptações telefônicas, algumas eram de conversas entre aqueles investigados e o Impetrante.

Assim, o Impetrante, na condição de Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, após a Sindicância realizada sem o crivo do contraditório, foi submetido a Processo Administrativo Disciplinar instaurado ilegalmente.

De fato, a Portaria GPR n. 499, de 26 de agosto de 2003, de efeitos pretéritos, limitou-se a 'Instaurar processo administrativo para apuração dos fatos imputados ao Desembargador JOSÉ WELLINGTON MEDEIROS DE ARAÚJO, constantes do relatório final da Comissão de Sindicância instaurada mediante a Portaria GPR n. 780, de 21.11.2002, e admitidos no voto do Relator do Processo Administrativo 1.218/2003, e deliberação sobre a aplicação de pena disciplinar eventualmente cabível'.

Como se pode ver, a Portaria acusatória não especificou ou delimitou os fatos que constituíram infração disciplinar, restando prejudicado o direito de ampla defesa consagrado na Constituição Federal (art. 5º, LV) aos acusados em geral.

Ocorre que, muito mais grave que, isso, foi o caráter ilícito e ilegítimo da escuta telefônica utilizada como prova contra o ora Impetrante, que ensejou – ilegalmente – na aplicação da sanção máxima de APOSENTADORIA COMPULSÓRIA ao Impetrante.

Logo, tal conclusão do Tribunal Pleno Administrativo do TJDFT – absolutamente ilegal – teve seu remate com a publicação no Diário Oficial, de Decreto do Presidente da República – autoridade competente para tanto, Aposentando Compulsoriamente o Impetrante, e que enseja o presente 'writ'."

Os órgãos apontados como coatores (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e Presidência da República) **prestaram** as informações que lhes foram requisitadas, **sendo certo, ainda**, que os litisconsortes passivos necessários **impugnaram** a pretensão mandamental ora em exame (fls. 122/125, 127/152 e 171/176).

O Ministério Público Federal, **ao manifestar-se** neste processo, **opinou pela denegação** do mandado de segurança, **em parecer assim ementado** (fls. 155):

“Mandado de segurança interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que, fundamentada por indigitada prova ilícita, decretou a aposentadoria compulsória do impetrante, bem como ato do Presidente da República que ratificou a referida decisão.

- É suficiente que da portaria que institui o Processo Administrativo Disciplinar conste o registro do processo de sindicância que a originou e do qual o servidor teve ciência.

- Validade da sindicância e do processo administrativo disciplinar que respeitaram o rito do artigo 27 da Lei Complementar n.º 35/79 e o artigo 93, VIII da Constituição.

- Inexistência de prova emprestada. Procedimento administrativo (que pode ser iniciado de ofício) deflagrado por ‘notitia criminis’ e material publicado na imprensa.

- Inviabilidade, no mandado de segurança, de reabertura da discussão acerca das razões de fato e das provas que levaram à pena imposta ao servidor.

- Legitimidade do uso da ‘prova encontrada’. Precedentes do STF.

- Validade do uso da prova obtida por meio de interceptação telefônica em processo de outra seara. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar.

- Parecer pela denegação da segurança.” (grifei)

Sendo esse o contexto, **passo a examinar** a pretensão deduzida nesta sede mandamental. E, **ao fazê-lo, ponho em destaque, por relevante**, o fundamentado pronunciamento da douta Procuradoria-Geral

da República, **que se orientou** em sentido contrário ao pleito deduzido na presente causa (fls. 156/169):

“Trata-se de mandado de segurança, interposto por José Wellington Medeiros de Araújo, contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que, fundamentada por indigitada prova ilícita, decretou a sua aposentadoria compulsória no cargo de desembargador, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, à teor do artigo 93, VIII, da Constituição Federal, e artigos 28 e 42, V, da Lei Complementar n.º 35/79, bem como contra o ato do Presidente da República que ratificou a referida decisão.

2. Em síntese, alega o impetrante que os desembargadores que realizaram a sindicância participaram do julgamento do processo administrativo, circunstância que comprometeu a imparcialidade destes magistrados; que não é lícita a utilização, em processo administrativo, de provas originadas de interceptação telefônica, obtidas, ainda que lícitamente, em processo penal; que, por ser desembargador, somente ao Superior Tribunal de Justiça caberia a autorização da investigação criminal, por meio de escuta, de atos atribuídos a si; que não é admitida prova emprestada quando não existe identidade de partes nos dois processos; que haveria irregularidade nos ofícios trocados entre o segundo impetrado e o STJ. Aduziu, ainda, que não foi respeitado o princípio do devido processo legal, na medida que a portaria acusatória não especificou os fatos que constituíram a infração disciplinar. Pleiteou a concessão de liminar, para que se sustassem o Decreto presidencial que ratificou a aposentadoria compulsória ou, ao menos, os atos voltados ao preenchimento da vaga originada pela sua aposentadoria, e, ao final, da segurança.

.....
9. Não assiste razão ao impetrante.

10. São infundados os questionamentos a propósito da legalidade do procedimento de sindicância e do processo administrativo disciplinar.

11. Não se pode admitir o argumento de que a portaria acusatória não teria especificado ou delimitado os fatos que

constituiriam a infração disciplinar. A uma porque, conforme já reconheceu essa Corte em diversas oportunidades, a referência às conclusões da comissão de sindicância, considerando que ao acusado se franqueou acesso aos autos, é suficiente para subsidiar a abertura do processo administrativo disciplinar. Ilustra este entendimento o seguinte aresto:

'EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEIS 8.112/90 E 8.429/92. APLICABILIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. 1. Sindicância e Inquérito. Servidor da Comissão de Valores Mobiliários. Atividades incompatíveis com o exercício do cargo. Alegação de haver sido cientificado da imputação somente após o encerramento da instrução. Improcedência. Comprovação de que o indiciado teve acesso a todo o conteúdo das irregularidades apuradas no inquérito administrativo. 2. Portaria de designação da Comissão Processante. Indicação de todos os fatos imputados ao acusado e das irregularidades noticiadas, para o exercício da ampla defesa e do contraditório. Vício formal. Inexistência. É suficiente que dela conste o registro do processo de sindicância que a originou e do qual o servidor teve ciência. 3. Processo administrativo disciplinar. Fase instrutória. Estádio processual em que é promovida a tipificação da infração e o indiciamento formal do acusado, sendo-lhe facultada a apresentação de defesa (Lei 8.112/90, artigo 161). Procedimentos observados. 4. Mandado de Segurança. Revolvimento de matéria fático-probatória coligida no processo administrativo. Impossibilidade. Precedentes do Tribunal. Segurança indeferida, ressalvadas as vias ordinárias.' (...). (STF, MS 23490, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, in D.J.U. de 01.08.2003, p. 105)

12. Ademais, como bem proclamou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, na decisão que impôs a aposentadoria ao impetrante, *quedou evidenciado que, mesmo que não estivesse, de forma cabal, delimitada a acusação que pesava sobre o desembargador, não houve prejuízo à defesa deste, dado que participou de todo o procedimento, devidamente representado.*

13. Quanto aos demais atos, observa-se que, comprovadamente, estão de acordo com o procedimento previsto pelo artigo 27 e parágrafos, da Lei Complementar n.º 35/79.

14. Por outro lado, o procedimento foi inquinado de nulidade pela participação, no órgão que decretou a pena de aposentadoria ao ora impetrante, dos cinco magistrados que constituíram a comissão de sindicância.

15. De início, deve ser reputado sem valor o argumento de que o presente feito se amolda ao julgamento da ADI n.º 1.570, relatado pelo Exmo. Ministro Maurício Corrêa, onde se reduziu o conteúdo normativo do artigo 3.º da Lei n.º 9.034/95.

16. Ocorre que, naquele processo, discutia-se a atuação do magistrado para além da atividade jurisdicional que lhe é peculiar. O referido artigo conferia ao juiz poderes investigatórios, em alguns casos específicos, englobando, de forma ilegítima, atribuições da polícia judiciária e do ministério público. Logo, estariam comprometidos tanto o sistema acusatório, determinado pela Carta Constitucional, como as normas constitucionais que, dividindo as competências entre os diversos órgãos do Estado, possuem eficácia irradiante, atingindo, em forma de princípio, todo o ordenamento jurídico.

17. Na hipótese cuida-se de atividade administrativa, apesar de realizada por magistrados. 'In casu', se analisou a ocorrência de elementos típicos para a aplicação de uma penalidade prevista pela Lei Complementar n.º 35/79, respeitando-se os requisitos desta e da Constituição Federal (primordialmente o artigo 93, VIII). Aqui não há processo judicial, com funções específicas para juiz, ministério público e polícia judiciária, mas magistrados atuando como membros do órgão, como fariam quaisquer servidores públicos que constituíssem uma comissão de sindicância, nos moldes do artigo 143,

§ 3.º da Lei n.º 8.112/90.

18. Por sua vez, a sugerida aplicabilidade ao caso do artigo 252, § 2.º, da Lei Complementar n.º 75/93, de igual sorte, não merece guarida. Vejamos o que dispõe este diploma legal, 'in verbis':

'Art. 252. O processo administrativo, instaurado por decisão do Conselho Superior, será contraditório, assegurada ampla defesa ao acusado.

(...)

§ 2º Da comissão de processo administrativo não poderá participar quem haja integrado a precedente comissão de inquérito.

(...).'

19. É verdade que, como afirmou o impetrante, às fls. 9, 'na LOMP a imparcialidade da comissão do processo administrativo é norma expressa'. Da mesma forma, poderia, como princípio geral do direito, aplicar-se a outros procedimentos administrativos que não dispusessem, expressamente, norma idêntica e não albergassem texto legal em sentido diametralmente oposto.

20. Contudo, o processo administrativo disciplinar previsto pela LOMAN é substancialmente diferente daquele engendrado pela LOMPU, notadamente quanto ao órgão que decide o feito. Observe-se ao que dizem, respectivamente, o § 6.º do artigo 27 da Lei Complementar n.º 35/79 e 259, IV, da Lei Complementar n.º 75/93:

'Art. 27 - O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do Tribunal, ou do seu órgão especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou Secional da Ordem dos Advogados do Brasil.

(...)

§ 6º - O julgamento será realizado em sessão secreta do Tribunal ou de seu órgão especial, depois de relatório oral, e a decisão no sentido da penalização do magistrado só será tomada

pelo voto de dois terços dos membros do colegiado, em escrutínio secreto.'

'Art. 259. O Conselho do Ministério Público, apreciando o processo administrativo, poderá:

(...)

IV - propor ao Procurador-Geral da República o ajuizamento de ação civil para:

a) demissão de membro do Ministério Público da União com garantia de vitaliciedade;

b) cassação de aposentadoria ou disponibilidade.'

21. Portanto, enquanto a decisão do processo administrativo disciplinar instaurado contra membro do Ministério Público deve ser proferida pelo Conselho Superior do órgão que fará a proposição para o Procurador-Geral aviar ação civil, a decisão em idêntico processo no judiciário cabe ao Tribunal ao qual o magistrado se vincula ou a seu órgão especial.

22. Por consequência, é plenamente possível que, em um julgamento de um membro do ministério público, haja diversos membros que, não integrantes do Conselho Superior do Ministério Público, estejam aptos a participar da comissão de sindicância que analisará os atos praticados pelo acusado. Diversamente, no âmbito de um tribunal, não haverá membros que ao mesmo tempo não estejam jungidos ao julgamento do magistrado e possam analisar, em uma comissão de sindicância, seus atos.

23. Nesse sentido, colaciona-se trecho das informações da União da lavra do Advogado-Geral da União, às fls. 95/96:

'Nota-se, desde já, ser inviável, por razões de hierarquia e competência, a composição da comissão de sindicância por membros que não fossem desembargadores do próprio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Além disso, o art. 93, VIII, da Constituição da República, impõe a votação de 2/3 (dois terços) do Tribunal para a

aposentadoria do magistrado por interesse público, pressupondo que a deliberação será exercida por todos os membros da respectiva corte, até porque a exigência é de fração dos votos do Tribunal e não dos votos dos membros presentes.

Observando-se a legislação vigente sobre o assunto, chega-se a conclusão de que não era possível a composição da comissão de sindicância por membros diversos daqueles que julgaram o processo administrativo disciplinar, não podendo se taxar de nulo atos que respeitaram estritamente as disposições legais e constitucionais vigentes.'

24. Some-se que, na esteira da argumentação do autor, norma da LOMPU que poderia ser aplicada em lacuna existente na LOMAN, seria o § 1.º do artigo 252 da Lei Complementar n.º 75/93, que subsidia a argumentação em epígrafe, 'in verbis':

'Art. 252. O processo administrativo, instaurado por decisão do Conselho Superior, será contraditório, assegurada ampla defesa ao acusado.

§ 1º A decisão que instaurar processo administrativo designará comissão composta de três membros escolhidos dentre os integrantes da carreira, vitalícios, e de classe igual ou superior à do acusado, indicará o presidente e mencionará os motivos de sua constituição.'

25. Ressalte-se que, mesmo que não fossem computados os votos dos desembargadores que integraram a comissão de sindicância, sendo esses substituídos por outros, os 2/3 dos votos teriam sido facilmente atingidos, de forma que não se pode alegar que a suposta nulidade teria trazido prejuízo ao impetrante. Nesse sentido MS n.º 22.432/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão).

26. Quanto ao debate acerca da validade da prova originada de interceptação telefônica em processo anterior, o impetrante baseia seu direito em dois pontos: a impossibilidade da utilização de escuta telefônica em processo diverso, por meio de prova emprestada, e o caráter ilícito do uso da escuta telefônica como prova alheia à

investigação criminal e ao processo penal.

27. No que tange ao primeiro argumento, necessária melhor compreensão de alguns institutos. O processualista Paulo Rangel conceitua prova emprestada da seguinte forma:

‘É aquela que foi produzida em um processo e trasladada (transferida) para outro. Ada Pellegrini Grinover, em artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 1, n.º 4, out/dez/1993, p. 60, conceitua como ‘aquela que é produzida nem processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos em processo distinto’. Seja qualquer meio de prova: o depoimento de uma testemunha, um documento, um laudo de exame de corpo de delito, a confissão do acusado, enfim todo meio de prova.’ (Direito Processual Penal. 2.ª Edição, Ed. Lumen Juris, 2000. P. 263).

28. A natureza jurídica da ‘prova emprestada’ é meio de prova inominado, de forma documental. Destarte, é instrumento que pode ser utilizado pelo juiz no julgamento da ação, sendo instrumento suficiente para subsidiar a formação de seu convencimento.

29. Não foi o que ocorreu no processo administrativo disciplinar que impôs a aposentadoria ao impetrante. Neste, a prova obtida por interceptação telefônica, assim como as notícias que foram divulgadas pela imprensa, constituem ‘notitia criminis’ que orientaram o Tribunal de Justiça a deflagrar o procedimento administrativo.

30. Não houve, portanto, nulidade na determinação de abertura do procedimento, de vez que se acolheram os indícios fornecidos por essa ‘notitia criminis’. Lembre-se que, à teor do artigo 27 da Lei Complementar n.º 35/79, tal procedimento pode ser iniciado, inclusive, de ofício.

‘Art. 27 - O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do Tribunal, ou do seu órgão especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, de

ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.'

31. Essa parece ter sido, inclusive, a orientação do TJDF, como se observa do item 3 do acórdão condenatório:

'3 - Prevalência de orientação atual, a considerar prova emprestada a que for trasladada e produzida no curso de outro processo judicial (STJ, 34 Turma, REsp. nº 311.370/ISP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros), não abrangendo, destarte, aquelas outras tidas como materiais, pré-constituídas, oriundas de procedimentos criminais em fase investigatória, anteriores, pois, à ação penal, distinguidas pelo aspecto da irrepetibilidade quando da instrução do processo (...).'

32. Destarte, uma vez iniciado licitamente o procedimento que culminou na aposentadoria compulsória do impetrante, não é possível o exame, em mandado de segurança, das razões que lastrearam o convencimento do órgão responsável pela imposição da pena. Assim entende esta Corte Suprema, como exemplificado pelo julgado, ementado em seguida:

'EMENTA: Servidor público: cassação de aposentadoria: processo administrativo disciplinar: validade: inexistência das nulidades apontadas: ampla defesa assegurada, prescrição não consumada, inviabilidade, no mandado de segurança, de reabrir a discussão das razões de fato e das provas que levaram à pena imposta ao servidor' (STF, RMS 24.533/DF, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 'in' D.J.U. de 15.04.05)

33. Entretanto, ainda que não se entenda que os indícios foram recebidos à título de 'notitia criminis', é perfeitamente admissível pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal a utilização da 'prova encontrada' para subsidiar o início de investigações, ainda que em outra seara. A esse respeito, a douta Advocacia-Geral da União

apresentou, em suas informações, dois fragmentos de votos proferidos por Ministros deste STF que albergam essa teoria, constantes, respectivamente, do HC 81.260/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence e HC 78.098/SC, Rel. Min. Moreira Alves. 'In verbis':

*'95. **Aludo ao problema** dos 'conhecimentos fortuitos', concernente a saber em que hipóteses e em que medida será lícito utilizar-se, como prova, da informação colhida –, a respeito de fatos delituosos estranhos àqueles para a averiguação dos quais se emitiu a autorização.*

(...)

*97. **Basta observar** que é francamente minoritária, entre os tribunais e os doutores, a recusa peremptória da licitude da 'prova encontrada', parecendo dominante, pelo contrário, a dos que concluem por sua admissibilidade, desde, pelo menos, que o fato desvelado fortuitamente se encontre entre os chamados 'crimes do catálogo' – isto é, entre aqueles para a investigação dos quais se permite autorizar a interceptação telefônica.*

*98. **Nesse quadro**, parece manifesto que seria um contra-senso sujeitar a licitude da prova casualmente captada a que o delito descoberto se compreendesse na competência do juiz que, com vistas à averiguação da suspeita de um outro – compreendido na sua esfera de jurisdição – houvesse autorizado legitimamente a interceptação.'*

(STF, HC 81.260/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, in D.J.U. de 19.04.2002)

*'(...) **Tendo em vista** a Lei 9.296/96, ao exigir que se individualize o investigado, o fez para que o juiz possa decidir com plenos elementos sobre a necessidade da interceptação de comunicações telefônicas, e não para que apenas se possa verificar se o autor do crime é necessariamente o investigado, tanto assim que admite que sequer se aponte o suspeito quando há impossibilidade de fazê-lo, tenho como corretas estas considerações de VICENTE GRECO FILHO referidas no parecer da Procuradoria-Geral da república, 'verbis':*

‘Há que se resolver, então, por um lado, o problema do que for apurado em face de terceiros que se utilizem da mesma linha interceptada, e, de outro, o daqueles que se comunicam com o sujeito passivo da interceptação e de fatos criminosos que não fundamentaram a interceptação que surge por ocasião dele.

Aqui talvez se encontre a questão mais delicada e que gerará o maior número de divergências na lei.

***Para encaminhamento** da solução desses difíceis problemas, cremos ser necessário remontar à natureza das coisas. Ao se pensar em interceptação de comunicação telefônica é de sua essência que o seja em face de dois interlocutores, um dos quais poderão ter qualquer relação com o fato que gerou a autorização judicial, de modo que é impossível dissociar o que foi dito por um do que foi dito pelo outro. Aliás exatamente, o usual é que se necessite da interceptação para a demonstração da existência da quadrilha ou bando, de conexão entre as pessoas e seu envolvimento em determinado fato criminoso.*

***Assim**, por exemplo, se está investigando a atuação de alguém suspeito de drogas, especificamente o querendo saber se é de quem adquire a substância, a quem vende, quais seus agentes ou colaboradores. A autorização de interceptação, portanto, parece-nos irrecusável abrange a participação de qualquer interlocutor no fato que está sendo apurado e não apenas aquele que justificou a providência. Caso contrário a interceptação seria praticamente inútil. Pode ocorrer, até, que se verifique a inocência daquele que justificou a interceptação e o envolvimento de outros. Não vemos, pois, limitação subjetiva à utilização da prova obtida mediante interceptação, desde que relacionada com o fato que a justificou. Os interlocutores não envolvidos estarão protegidos pelo sigilo das conversas, cuja violação é*

sancionada penalmente pela própria lei.'

(...)'

(STF, HC nº 78.098/SC, Rel. Min. Moreira Alves, 1.^a Turma, 'in' D.J.U. de 06.08.99)

34. Por outro lado, se forem desconsiderados os argumentos acima esposados e restar aceito que a utilização dos elementos obtidos por meio de interceptação telefônica e publicados pela imprensa configuram prova emprestada, ainda assim tais provas não poderiam ser reputadas ilícitas.

35. Isso, porque o inciso XII do artigo 5.^o da Constituição tem como desiderato a proteção da privacidade dos cidadãos, por meio do sigilo dos meios de comunicação. Assim dispõe a norma constitucional:

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

(...)

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

36. Logo, uma vez que houve a quebra do sigilo dos dados e das comunicações telefônicas, por meio de interceptação realizada licitamente, com esteio nos ditames da Lei n.^o 9.296/96 e da Constituição, não há mais privacidade a ser protegida. Entender o contrário é proceder uma interpretação exclusivamente gramatical do texto (e ainda assim questionável), divorciada do princípio da razoabilidade. Nesses termos, o autorizado magistério de Ada Pellegrini Grinover:

‘O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, lícitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável.’
(A nulidades no processo penal. Editora: Revista dos Tribunais, 6.^a Ed., p. 194)

37. O argumento acima citado torna-se claro com o seguinte exemplo: Um servidor público comete crime de concussão. Obtidas provas por meio de interceptação telefônica, legalmente admitida por juiz competente para tanto, é intuitivo que tal prova possa ser usada no processo administrativo para fins de demissão do servidor. É claro que, no âmbito administrativo não se pode autorizar a interceptação telefônica, pela prevalência do direito fundamental ‘privacidade’ sobre o interesse da administração, no caso. Por outro lado, se não existe mais privacidade a ser protegida, o suposto direito seria apenas uma escusa para proteção do investigado das sanções administrativas.

38. Assim, observado que a interceptação telefônica foi requerida nos exatos termos da Lei nº 9.296/96 e da Constituição, não há o que se questionar da utilização desta prova em procedimento diverso do penal.

39. A alegação de invalidade da interceptação telefônica, por ter sido autorizada por juiz incompetente para fazê-lo quando for réu desembargador, não merece melhor sorte.

40. No caso, o juiz que autorizou a escuta era competente para o ato, de vez que o fez em processo em que os acusados não detinham prerrogativas de foro. Repete-se, o processo criminal não corria contra o, então, desembargador, mas nesse foi encontrada prova contra este que subsidiou a abertura de inquérito penal e sindicância administrativa.

.....
42. Finalmente, no que tange aos ofícios remetidos pelo TJDF

ao STJ e reciprocamente, o impetrante sequer apontou qual seria o prejuízo à sua defesa decorrente do evento. Da mesma forma, apenas mencionou que teria sido ferida a garantia do devido processo legal, sem explicar o porquê.

43. Em verdade, não se vislumbra nulidade no ato, muito menos eventuais prejuízos ao impetrante. Mas, se existirem, é certo que não foram de pronto provados e, tendo em vista que o mandado de segurança não admite dilação probatória, não podem ser examinados nesta estreita via.

Por todo o exposto, o Ministério Público Federal **opina pela denegação da segurança.**" (grifei)

Tenho por inteiramente **procedentes** os fundamentos **que dão suporte** ao parecer em questão, **cujo teor adoto** como razão de decidir.

Registro, desde logo, por oportuno, **que se reveste de plena legitimidade jurídico-constitucional a adoção**, no caso, da técnica da motivação "per relationem" (**HC 69.438/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 69.987/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, **pronunciando-se a propósito da técnica da motivação por referência ou por remissão, reconheceu-a compatível** com o que dispõe o art. 93, inciso IX, da Constituição da República, **como resulta** de diversos precedentes firmados por esta Suprema Corte (**HC 54.513/DF**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **RE 37.879/MG**, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI – **RE 49.074/MA**, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI):

"Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional **a utilização**, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação 'per relationem', **que se mostra compatível** com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. **A remissão** feita pelo magistrado – **referindo-se**, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte **a anterior decisão (ou, então, a pareceres** do Ministério Público ou, ainda, **a informações** prestadas por órgão

apontado como coator) – **constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir. Precedentes.**

(**AI 825.520-AgR-ED/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Ressalto que também não tenho por caracterizada situação de ilegalidade ou de abuso de poder no curso do procedimento administrativo ora questionado, **em cujo âmbito o Tribunal Pleno Administrativo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios utilizou a denominada prova emprestada, cuja validade constitucional tem sido reconhecida, tal como assinalado**, no parecer da douta Procuradoria-Geral da República, pelo Supremo Tribunal Federal, **desde** que os elementos probatórios **assim coligidos tenham respeitado**, como sucedeu na espécie, **em sua produção, a exigência fundada na garantia constitucional do contraditório (HC 67.707/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Pet 3.683-QO/MG, Rel. Min. CEZAR PELUSO – RHC 106.398/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):**

“PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos.”

(**Inq 2.424-QO/RJ**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – grifei)

“1. A utilização de prova emprestada legalmente produzida em outro processo de natureza criminal não ofende os princípios

constitucionais do processo. 2. **O amplo acesso** à totalidade dos áudios captados **realiza o princípio da ampla defesa.** (...)."

(**Inq 2.774/MG**, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

*"Os **elementos informativos** de uma investigação criminal, ou as **provas** colhidas no bojo de instrução processual penal, desde que obtidos mediante interceptação telefônica devidamente autorizada por Juízo competente, **aditem compartilhamento** para fins de instruir procedimento criminal ou mesmo procedimento administrativo disciplinar contra os investigados. **Possibilidade jurisprudencial** que foi ampliada, na Segunda Questão de Ordem no Inquérito 2.424 (da relatoria do ministro Cezar Peluso), **para também autorizar** o uso dessas mesmas informações contra outros agentes. (...)."*

(**HC 102.293/RS**, Rel. Min. AYRES BRITTO – grifei)

Esse entendimento – *que tem prevalecido* na jurisprudência *de outros* Tribunais (**RT 614/69** – **RT 719/166** – **MS 14.405/DF**, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO – **MS 14.503/DF**, Rel. Min. CELSO LIMONGI – **MS 15.411/DF**, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA – **REsp 930.596/ES**, Rel. Min. LUIZ FUX, *v.g.*) – **também encontra fundamento no magistério da doutrina** (JOÃO BATISTA LOPES, "A Prova no Direito Processual Civil", p. 64/65, 3ª ed., 2007, RT; FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA, "Curso de Direito Processual Civil", vol. 2/50-53, item n. 7, 5ª ed., JusPodium; ADA PELLEGRINI GRINOVER, "O Processo em Evolução", p. 54/63, 1996, Forense Universitária; ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA, "Da Prova no Processo Penal", p. 196/198, 3ª ed., 1994, Saraiva; NORBERTO AVENA, "Processo Penal Esquematizado", p. 509/510, item n. 8.5.10, 2ª ed., 2010, Método; SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI, "Processo Administrativo", p. 135, 1ª ed./2ª tir., 2002, Malheiros), **cujas lições atribuem eficácia jurídica à prova emprestada, reconhecendo-a** juridicamente admissível, **desde que observados** determinados requisitos, **notadamente** aquele concernente à garantia do contraditório, **sob pena** de os elementos de

informação nela fundados apresentarem-se **desprovidos** de qualquer validade jurídica.

Vale mencionar, no ponto, **a lição** de MARCELLUS POLASTRI LIMA (“A Prova Penal de Acordo com a Reforma Processual Penal”, p. 58/59, item n. 6.3, 3ª ed., 2009, Lumen Juris), **inteiramente aplicável** ao caso ora em exame, **em que se proporcionou**, ao ora impetrante, **a possibilidade** de impugnar a questionada *prova emprestada* (re)produzida em procedimento **no qual se respeitou**, **quanto a ela**, a garantia constitucional do contraditório:

*“(…). Assim, a chamada prova emprestada (produzida em outros autos e trazida para certo processo) não pode gerar qualquer efeito contra a parte que não participou de sua produção, **salvo se for submetida** ao contraditório novamente (ou repetida) **no novo** processo **ou**, ao menos se apresentada, **for dado o direito** de a outra parte **contraditá-la**.” (grifei)*

Cabe examinar, ainda, **a questão** referente à **descoberta fortuita ou accidental** de elementos de informação **obtidos**, **casualmente**, contra o magistrado ora impetrante, **por meio** de interceptações telefônicas **de terceiras pessoas**, em procedimento probatório **validamente** autorizado, **quanto a estas**, por magistrado competente.

O tema **da descoberta fortuita ou accidental**, **especialmente** examinado **no contexto** de interceptações telefônicas **judicialmente autorizadas**, **tem sido objeto** de ampla discussão doutrinária, **com especial destaque** para aqueles autores **que reconhecem a legitimidade** dos dados informativos delas resultantes **em relação a pessoas estranhas** ao procedimento de interceptação, **desde que observados**, como na espécie, **determinados requisitos** (LUIZ FLÁVIO GOMES e SILVIO MACIEL, “Interceptação Telefônica – Comentários à Lei 9.296, de 24/07/96”, p. 106/112, item n. 6, 2011, RT; LENIO LUIZ STRECK, “As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais – A Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e

processuais”, p. 93/99, item n. 13.3, 1997, Livraria do Advogado; VICENTE GRECO FILHO, “Interceptação Telefônica – Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996”, p. 33/39, 2ª ed., 2005, Saraiva; ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES, “As nulidades no processo penal”, p. 176/177, 12ª ed., 2011, RT; ANTONIO SCARANCE FERNANDES, “Processo Penal Constitucional”, p. 99/102, itens ns. 7.13 e 7.14, 6ª ed., 2010, RT; EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA e DOUGLAS FISCHER, “Comentários ao Código de Processo Penal”, p. 303/305, item n. 157.9, 3ª ed., 2011, Lumen Juris; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Código de processo penal comentado”, p. 365, item n. 44, 9ª ed., 2009, RT; AURY LOPES JR., “Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional”, p. 539/541, vol. I, item n. 5.4, 3ª ed., 2008, Lumen Juris; NORBERTO AVENA, “Processo Penal Esquematizado”, p. 503/504, item n. 8.5.4, 2ª ed., 2010, Método; HÉLVIO SIMÕES VIDAL, “Curso Avançado de Processo Penal”, p. 175, item n. 13.10.1, 2011, Arraes; DENILSON FEITOZA, “Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Praxis”, p. 790/792, item n. 15.12.2.3, 6ª ed., 2009, Impetus).

Vale referir, ainda a esse propósito, que a própria jurisprudência dos Tribunais (RT 888/618 – RT 894/635 – AP 425/ES, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA – HC 33.462/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ – HC 33.553/CE, Rel. Min. LAURITA VAZ – HC 69.552/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, v.g.), notadamente a desta Suprema Corte (RT 773/512, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RTJ 193/609-610, Rel. Min. NELSON JOBIM – HC 84.224/DF, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA – MS 26.249/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, v.g.), tem admitido a plena validade jurídica da prova assim obtida:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA

CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica licitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. (...)."

(**AI 626.214-AgR/MG**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – grifei)

Há a considerar, *ainda*, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República **no ponto em que, corretamente, afasta a alegada ocorrência** de vício resultante da participação, no Tribunal Pleno Administrativo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **composto** por 32 Desembargadores, **daqueles que integraram** a Comissão de Sindicância, constituída por 5 Senhores Desembargadores.

O Ministério Público Federal, em referida manifestação, **demonstrou a inaplicabilidade** ao caso em questão da regra **inscrita** no art. 252, § 2º, da Lei Complementar nº 75/93, **enfatizando**, além de outras razões expostas em seu parecer, que, "(...) *mesmo que não fossem computados os votos dos desembargadores que integraram a comissão de sindicância, sendo esses substituídos por outros, os 2/3 dos votos teriam sido facilmente atingidos, de forma que não se pode alegar que a suposta nulidade teria trazido prejuízo ao impetrante*" (fls. 164, **item n. 25**).

Igualmente correto o pronunciamento da douta Procuradoria-Geral da República **quando acentua** a "*Inviabilidade, no mandado de segurança, de reabertura da discussão acerca das razões de fato e das provas que levaram à pena imposta ao servidor*" (fls. 155 – grifei).

Como se sabe, a ação de mandado de segurança **faz instaurar processo de caráter eminentemente documental**, **a significar** que a pretensão

jurídica deduzida pela parte impetrante **há de ser** demonstrada **mediante** produção de provas documentais pré-constituídas, **aptas a evidenciar** a alegada ofensa a direito líquido e certo supostamente titularizado pelo autor do “*writ*” mandamental.

Registre-se que esta Corte, **em sucessivas** decisões, **deixou assinalado** que o **direito líquido e certo**, apto a autorizar o ajuizamento da ação de mandado de segurança, é, tão somente, aquele que concerne **a fatos incontroversos**, constatáveis, de plano, mediante prova literal inequívoca (**RE 269.464/DE**, Rel. Min. CELSO DE MELLO):

“(...) direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documento inequívoco.”

(**RTJ 83/130**, Rel. Min. SOARES MUÑOZ – grifei)

“O mandado de segurança labora em torno de fatos certos e como tais se entendem aqueles cuja existência resulta de prova documental inequívoca...”.

(**RTJ 83/855**, Rel. Min. SOARES MUÑOZ – grifei)

“(...) É da essência do processo de mandado de segurança a característica de somente admitir prova literal pré-constituída, ressalvadas as situações excepcionais previstas em lei (Lei n. 1533/51, art. 6º e seu parágrafo único).”

(**RTJ 137/663**, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO)

É por essa razão que a doutrina **acentua a incomportabilidade** de qualquer **dilação probatória** no âmbito desse “*writ*” constitucional, **que supõe** – *insista-se* – **a produção liminar**, pelo impetrante, das provas literais pré-constituídas, destinadas a evidenciar **a incontestabilidade** do direito público subjetivo invocado pelo autor da ação mandamental.

Por isso mesmo, **adverte** HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (“O Mandado de Segurança Segundo a Lei n. 12.016, de 09 de agosto de

2009”, p. 19, item n. 9, 2009, Forense), que “*O que importa não é a maior ou menor complexidade da tese jurídica, mas a prova pré-constituída (documental) do seu suporte fático. Se a demonstração do direito do impetrante estiver na dependência de investigação probatória, ainda a ser feita em juízo, o caso não é de mandado de segurança. Terá de ser resolvido pelas vias ordinárias” (grifei).*

Sendo assim, em face das razões expostas, com fundamento nos poderes processuais outorgados ao Relator da causa (RTJ 139/53 – RTJ 168/174), e considerando, sobretudo, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, cujo teor adoto como razão de decidir, denego o presente mandado de segurança.

2. Dê-se ciência ao eminente Senhor Advogado-Geral da União (Lei Complementar nº 73/93, art. 4º, III, e art. 38, c/c o art. 6º, “caput”, da Lei nº 9.028/95).

Publique-se.

Brasília, 28 de fevereiro de 2013.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator