CGU

Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União
Corregedoria-Geral da União
Comissão de Coordenação de Correição

VOTO DO RELATOR

Tema: Direito de acesso integral ao PAD por todos os acusados. Impossibilidade de oposição de sigilo. Princípios do contraditório e da ampla defesa.

RELATÓRIO

1. O presente tema trata da aparente colisão entre dois direitos fundamentais inerentes à pessoa humana albergados pela Constituição Federal de 1988: o direito à ampla defesa e ao contraditório e o direito à intimidade e à vida privada.

2. O debate origina-se da orientação constante no Curso de Provas em PAD, ministrado pela Controladoria-Geral da União (CGU) no ano de 2014, o qual recomenda que, em um PAD com mais de um acusado, eventuais documentos protegidos por sigilo, seja fiscal ou bancário, por exemplo, devem ser juntados em anexos individualizados para cada servidor, bem como deve ser dada vista dos autos apenas ao anexo com as informações pertencentes ao acusado interessado, nos seguintes termos:

> "A regra de publicidade para o acusado e seu procurador, como um corolário da ampla defesa, comporta exceções. Isto porque, podem ser juntados documentos sigilosos aos autos do Processo Administrativo Disciplinar, aos quais a defesa só terá acesso quando forem próprios do acusado a que se refere. Os mais comuns seriam as declarações fiscais e os extratos bancários.
>
> Assim, a CPAD pode juntar aos autos documentos que têm uma natureza sigilosa diretamente especificada em lei. Se houver apenas um acusado no PAD, tal não gerará maiores problemas, vez que este terá amplo acesso a toda a prova produzida no processo. O problema nasce quando há mais de um acusado no PAD e são juntados documentos sigilosos em face de todos eles. Neste caso, a CPAD deve ter o cuidado de juntar os documentos sigilosos em anexos individualizados (um anexo para cada acusado com dados sigilosos). Quando der vista ou tirar cópia dos autos para entregar à defesa, a CPAD deve ter o cuidado de fazê-lo apenas com os dados do solicitante. Assim, se tivermos um processo com 03 acusados (A, B e C) cujos dados sigilosos sejam necessários, teremos o volume principal e 03 anexos individualizados. Se a defesa de A solicitar vista/cópia do processo ela terá apenas do volume principal + anexo individualizado de A. O mesmo ocorrerá com B e C." (Módulo 2 – Curso de Provas PAD – Prova Documental – fl. 13)

3. Essa abordagem põe em precedência o direito do acusado à intimidade e à privacidade, em detrimento do direito à ampla defesa e ao contraditório dos demais acusados. Entretanto, à luz de um processo administrativo disciplinar regularmente instaurado e à vista da ausência de hierarquia entre os direitos fundamentais, questiona-se: o direito à intimidade e à privacidade de um acusado deve prevalecer sobre o direito à ampla defesa e ao contraditório dos demais acusados no âmbito de um mesmo PAD?

VOTO

Do Direito à Intimidade e à Privacidade

4. A proteção à intimidade e à vida privada insere-se entre as liberdades individuais e está garantida pelo art. 5°, inciso X, da Constituição Federal de 1988:

> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

5. Esse inciso prevê o direito à intimidade, facultando a cada indivíduo a possibilidade de opor resistência à intromissão não consentida em sua vida privada e familiar, impedindo a divulgação de informações de conteúdo privado.

6. A doutrina preceitua que o direito à intimidade busca defender as pessoas dos olhares alheios e da interferência na sua esfera íntima, por meio da espionagem e da divulgação de fatos obtidos ilicitamente - é o direito de "não ser importunado pela curiosidade ou pela indiscrição alheia" (Cooley, 1873).

7. Assim, o direito à intimidade e à privacidade consiste fundamentalmente na faculdade de todo e qualquer indivíduo de impedir a intromissão de terceiros em sua vida particular e familiar, bem como o acesso a informações íntimas e privadas que não quer que se tornem de conhecimento público.

8. Com o objetivo de assegurar tais direitos, a Carta Magna ainda traz, em seu art. 5°, inciso LX, o seguinte comando:

> LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

9. A Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999, ao regular o processo administrativo, dispôs:

> Art. 46. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.

10. Já a Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990 diz, em seu art. 150, caput, que a Administração Pública, em casos de PAD, assegurará "o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração".

Do Direito à Ampla Defesa e ao Contraditório

11. Por seu turno, o direito de defesa também integra o rol de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e insere-se entre as liberdades individuais, conforme art. 5°, inciso LV, da Constituição Federal de 1988:

> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

12. O princípio da ampla defesa e do contraditório ancora-se no dever delegado ao Estado de facultar ao acusado a possibilidade de efetuar a mais completa e ampla defesa quanto à imputação que lhe foi realizada.

13. O direito de defesa é decorrência do princípio do contraditório e tem ligação estrita com os princípios da igualdade das partes e o da liberdade processual. Conforme Renato Brasileiro (2011, p. 21):

> "O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da

> ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório - o direito à informação."

14. O contraditório impõe ao aplicador da lei que em todos os atos processuais deva ser assegurado às partes o direito de participar em igualdade de condições, oferecendo alegações e provas, a fim de se chegar à verdade processual com equilíbrio.

15. Desse modo, o direito à informação das partes deverá ser observado rigorosamente no processo para ser garantida a ampla defesa e o contraditório.

16. Sobre ampla defesa, Alexandre de Moraes (2006, pp. 94/95) afirma:

> "Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto que o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (por conflito), pois todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa da feita pelo autor."

17. Assim, observa-se que o legislador de 1988 preocupou-se em garantir às partes envolvidas no processo todos os direitos para exercer a plenitude de sua defesa, protegendo-os de qualquer irregularidade que possa causar dano aos seus direitos fundamentais ou individuais.

18. Além da esfera constitucional, esse princípio também se encontra positivado nos arts. 153 e 156 da Lei n° 8.112, de 1990, e nos arts. 2°, *caput*, e 3°, inciso II, da Lei n° 9.784, de 1999, *in verbis*:

> **Lei 8.112, de 1990:**
>
> Art. 153. O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.
>
> Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.
>
> **Lei 9.784, de 1999:**
>
> Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
>
> Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:
>
> (...);
>
> II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

Da Aparente Colisão entre os Princípios

19. Em tese, os princípios constitucionais não se confrontam, eis que a Constituição Federal de 1988 assegura a harmonia entre eles. Assim, as aparentes contradições devem ser harmonicamente conciliadas.

20. Embora não seja simples de se determinar os limites entre o direito à privacidade e à ampla defesa, a solução dessa aparente colisão pode ser encontrada pela dimensão de peso e importância (método da ponderação dos direitos e bens constitucionais), não significando que o princípio de menor peso perderá sua validade ou que deixará de ser aplicado, mas apenas que terá sua aplicabilidade formatada diante da precedência de outro princípio.

21. Nesse contexto, colocam-se em discussão duas teses para o assunto. A primeira seria a de que, em um PAD com mais de um acusado, não pode ser oposta nenhuma restrição de acesso aos autos pelos acusados, ainda que se trate de dado protegido por sigilo pertencente a outro acusado, em virtude dos princípios do contraditório e da ampla defesa. A segunda tese segue a linha de proteção à privacidade recomendada pela CGU, com a ressalva de que, caso o documento sigiloso pertencente a um acusado seja utilizado como elemento de prova para a responsabilização de outro acusado, o acesso a esse documento não poderia ser refreado.

22. Impende aqui abrir um parêntese para esclarecer que a referida celeuma refere-se apenas a processos abertos com mais de um acusado que se alinham perfeitamente ao conceito trazido pelo art. 76 do CPP:

> Art. 76. A competência será determinada pela conexão:
>
> I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;
>
> II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;
>
> III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

23. Dessa forma, somente figurará mais de um acusado no processo pela existência de uma estreita relação entre as condutas praticadas por cada um deles. Eventual necessidade de acesso a dados sigilosos de um ou mais acusados para a elucidação dos fatos, mesmo que de forma indireta, seria consequência dessa conexão.

24. Dito isso, não há que se falar em concessão de acesso a dados sigilos de outro acusado quando o processo tiver sido aberto com vício em sua instauração, não se inserindo no conceito de conexão, ou seja, quando se puserem num mesmo PAD dois ou mais acusados que deveriam ter respondido pelos respectivos ilícitos individualmente.

25. Nesse contexto, a Corregedoria da Receita Federal do Brasil defende a tese da impossibilidade de oposição de restrição de acesso aos autos pelos acusados em processo administrativo disciplinar.

Fundamentação da posição da Corregedoria da RFB

26. Ancoramos a prevalência do princípio da ampla defesa e do contraditório em detrimento do princípio da privacidade e da intimidade na idéia de que não haveria que se falar aqui em quebra de sigilo legalmente protegido, pois, uma vez regularmente autuado eventual documento sigiloso, o sigilo passa a pertencer ao processo, cabendo àqueles que possuam título jurídico de acesso o dever legal de guardá-lo.

27. Aliás, a não preservação dessas informações constitui não só infração disciplinar grave, prevista no art. 132, inciso IX, da Lei n.° 8.112, de 1990, sujeita à penalidade de demissão, como também delito de "violação de sigilo funcional", previsto no Código Penal, art. 325, constituindo crime contra a Administração Pública praticado por funcionário público.

28. Nessa seara, a balança de ponderação entre os princípios constitucionais penderia para a salvaguarda da ampla defesa e do contraditório, atribuindo menor peso à proteção da intimidade e da privacidade de cada acusado. Até porque, se é o caso de os dois acusados estarem respondendo a um mesmo PAD, presume-se alguma forma de conexão entre suas condutas, de forma que o conjunto probatório deve, indistintamente e irrestritamente, ser disponibilizado a ambas as defesas.

29. A tese que segue a linha de proteção à privacidade, com a ressalva de que, caso o documento sigiloso pertencente a um acusado seja utilizado como elemento de prova para a responsabilização de outro acusado, o acesso a esse documento não poderia ser refreado – essa tese, no nosso entendimento, sofre do grave problema de delimitar a defesa do outro acusado, uma vez que o documento autuado, ainda que não utilizado na acusação, pode servir como elemento na estratégia de sua defesa – e a decisão sobre a importância do documento para tanto deve caber ao próprio acusado, e não à comissão.

30. No entanto, cumpre destacar que, para viabilizar o direito de acesso integral ao conteúdo do PAD por todos os acusados, a Comissão Processante deve cuidar para juntar aos autos somente conteúdo e provas que realmente interessem ao escopo do processo, de modo a evitar a exposição desnecessária da intimidade e privacidade daqueles indivíduos referidos na documentação acostada ao processo.

31. Tal cuidado deve nortear também a atuação da autoridade instauradora que, ao realizar o juízo de admissibilidade prévio à instauração de apuração disciplinar, deverá verificar se realmente há conexão entre os fatos que justifique verdadeiramente a instauração de um processo contra mais de um acusado. Do mesmo modo, a Comissão processante, no desenrolar dos trabalhos de condução do processo, deverá ter a mesma precaução ao prosseguir no intento apuratório dos fatos envolvendo mais de um acusado.

32. Por derradeiro, cumpre transcrever dispositivos contidos na Resolução n°58, de 25 de maio de 2009, do Conselho de Justiça Federal, que estabelece diretrizes para os membros do Judiciário e integrantes da Polícia Federal no que concerne ao tratamento de processos e procedimentos de investigação criminal sob publicidade restrita, no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus:

> Art. 2º Considera-se sob publicidade restrita o processo ou procedimento de investigação criminal que contenham informações protegidas constitucional e legalmente, tendo acesso a eles somente as partes, seus advogados e estagiários regularmente constituídos e servidores com dever legal de agir no feito, nos exatos termos disciplinados nos incisos XXXIII e LX do art. 5º da Constituição da República. (grifo nosso)
>
> Art. 3º (...)
>
> § 4º É garantido ao investigado, ao réu e a seus defensores acesso a todo material probatório já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento, sob pena de sua frustração, situação em que a consulta de que trata o parágrafo anterior poderá ser indeferida pela autoridade judiciária competente, voltando a ser franqueada assim que concluídas as diligências determinadas. (grifo nosso)
>
> (...)

> Art. 9º A carga dos autos referentes aos processos que se encontram sob publicidade restrita é prerrogativa exclusiva dos procuradores das partes regularmente constituídos, quando o prazo para a prática de atos processuais não lhes for comum, caso em que lhes será facultada a solicitação de cópias em secretaria mediante o recolhimento das taxas previstas pelos tribunais, sendo de sua inequívoca ciência que a eles se estende o dever de manter sigilo sobre as informações constantes do processo relativas às partes que não são representadas pelo procurador que efetua a carga. (grifo nosso)

CONCLUSÃO

33. À vista do exposto, a Corregedoria da Receita Federal do Brasil, de forma a uniformizar e normatizar o tema, propõe a apreciação do seguinte enunciado:

> **HAVENDO CONEXÃO A JUSTIFICAR A INSTAURAÇÃO DE UM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR COM MAIS DE UM ACUSADO, A TODOS ELES É GARANTIDO O ACESSO INTEGRAL AOS DOCUMENTOS AUTUADOS, EM DECORRÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.**

Brasília, em 04 de julho de 2017.

RODRIGO LUIZ DE A. FERREIRA BETTAMIO
Corregedor Adjunto da Secretaria da Receita Federal do Brasil