

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

12ª CÂMARA CÍVEL

Desembargador Mario Guimarães Neto

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000865-30.2011.8.19.0035

ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE NATIVIDADE

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO 1: MARCOS ANTÔNIO DA SILVA TOLEDO

APELADOS 2: MCR MANUTENÇÃO CONSTRUÇÃO E REFORMA LTDA

APELADO 3: GENIVALDO DA SILVA CANTARINO

INTERESSADO 1: MUNICÍPIO DE NATIVIDADE

INTERESSADO 2: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REJEIÇÃO DA INICIAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA. FASE IMPRÓPRIA PARA O ENFRENTAMENTO DE QUESTÕES QUE DEMANDEM ALTA INDAGAÇÃO PROBATÓRIA. SENTENÇA QUE PRECIPITA A COGNIÇÃO DE MATÉRIA AFETA AO MÉRITO. *ERROR IN PROCEDENDO*. RESPOSTA PRELIMINAR. FASE JUDICIAL FUNDADA NO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES QUE DEMONSTREM A TIPICIDADE DA CONDUTA E A VIABILIDADE DA PRETENSÃO SANCIONATÓRIA. DENÚNCIAS PRESTADAS POR AUTORIDADES EM INQUÉRITO CIVIL COMPOSTO POR MAIS DE DUAS MIL LAUDAS. PROVIMENTO DO RECURSO PARA ANULAR A SENTENÇA E, RECEBENDO A INICIAL, DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DO FEITO, COM A CITAÇÃO DOS RÉUS PARA APRESENTAREM CONTESTAÇÃO, NA FORMA DO ART. 17, §9º, DA LEI Nº 8429/92.

A=C=Ó=R=D=Ã=O

Vistos e etc.

A=C=O=R=D=A=M, os Desembargadores que integram a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **unanimidade** de votos, em conhecer do recurso e **DAR-LHE PROVIMENTO**, na forma do voto do Relator.

Rio de Janeiro, 11 de junho de 2013.

DESEMBARGADOR MARIO GUIMARÃES NETO

Relator



MARIO GUIMARAES NETO:9642

Assinado em 13/06/2013 16:06:51
Local: GAB. DES MARIO GUIMARAES NETO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

12ª CÂMARA CÍVEL

Desembargador Mario Guimarães Neto

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000865-30.2011.8.19.0035

ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE NATIVIDADE

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO 1: MARCOS ANTÔNIO DA SILVA TOLEDO

APELADOS 2: MCR MANUTENÇÃO CONSTRUÇÃO E REFORMA LTDA

APELADO 3: GENIVALDO DA SILVA CANTARINO

INTERESSADO 1: MUNICÍPIO DE NATIVIDADE

INTERESSADO 2: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

Ação civil pública movida pelo **Ministério Público** em face de **Marcos Antônio da Silva Toledo, MCR – Manutenção, Construção e Reforma Ltda, Genivaldo da Silva Cantarino, Ana Lúcia Vilaça Beiral, Aline Siqueira Dias Lima, Estado do Rio de Janeiro e Município de Natividade.**

Narra o *Parquet*, como causa de pedir, que no curso de um ano de investigação e cerca de duas mil laudas, foi constatado um esquema para fraudar licitações de obras públicas, em articulações que permitiram a vitória irregular de cinco licitações consecutivas pela sociedade empresarial MCR – Manutenção, Construção e Reforma Ltda, cujo sócio de fato seria o Prefeito do Município de Natividade, Sr. Marcos Antônio da Silva Toledo.

Aduz o MP que a investigação ministerial foi deflagrada em razão de informações prestadas pela ex-Presidente da Comissão de licitação da Prefeitura Municipal de Natividade, Sra. Reisilaine Oliveira de Moraes Soares, que confirmou o direcionamento da licitação nas Tomadas de Preço 03, 04, 05, 06 e 07.

O *Parquet* argumenta que os sócios que constam no contrato social da sociedade MCR consistem em laranjas do Prefeito de Natividade, conforme informado pela Ex-Presidente da Comissão de Licitação, alegando o MP que, além desses graves fatos, o próprio Vice-Prefeito de Natividade, Sr. Francisco José Martins Bohrer, compareceu à investigação e informou gravíssimas suspeitas de “direcionamento de diversas licitações efetuadas pelo Prefeito Municipal, inclusive beneficiando empresas de Genivaldo, vulgo Gegê Catarino”.



O MP sustenta, como fruto do depoimento da Sra. Reisilaine, que após a celebração de convênio entre o Estado do Rio de Janeiro e a Prefeitura de Natividade, no qual ficou acordada a transferência de 2 milhões de reais para realização de obras públicas, todas as licitações com essa destinação foram ganhas pela empresa MCR, pertencente a Genivaldo Cantarino, o que seria confirmado pelo Vice Prefeito, por sócio de empresa concorrente e pelo vereador Rubens Boechat Serodio.

O *Parquet* afirma que “o direcionamento de licitação arquitetado pelo Prefeito Municipal de Natividade, tal como informado às fls. 05/12 pela ex-Presidente da Comissão de Licitação local, Reisilaine, restou confirmado pela documentação acima, no sentido de que uma única empresa, além de ter vencido todas as competições, foi a única que teve as respectivas propostas “julgadas”, em virtude de a concorrente ter sido desclassificada, ou, então, por realmente não haver competidor”.

O órgão ministerial também sustenta que, além desse esquema, foram apuradas diversas irregularidades na reforma da Escola Municipal Alvorada, sustentando o MP que essa obra, como foi constatado por especialistas, foi feita em “desrespeito a qualquer critério técnico”, causando prejuízo na ordem de R\$ 176.371,71.

Nas demais obras, o *Parquet* também acusa diversas irregularidades, apontando, para cada uma, a estimativa dos prejuízos causados aos cofres públicos, mediante a impropriedade técnica da obra e do atraso significativo dos serviços contratados, o que teria causado um prejuízo aos cofres públicos no importe de R\$ 221.028,52.

O MP, ao final, pede: i) a condenação dos denunciados, à exceção dos entes políticos, para ressarcirem integralmente os danos ao erário, solidariamente; ii) a suspensão dos direitos políticos dos denunciados por até dez anos; iii) a condenação dos denunciados (menos os entes políticos), solidariamente, ao pagamento de multa civil, acrescido de juros e correção monetária devidos desde a data em que os valores foram pagos pelo erário até o momento da sentença, na forma do art. 12 e art. 18 da Lei nº 8429/92; iv) a proibição de todos os denunciados de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de outra pessoa jurídica da qual seja sócio, na forma do art. 12 da Lei nº 8429/92; v) a condenação dos denunciados, ressalvados os entes políticos, a honorários de sucumbência a serem revertidos ao Fundo Estadual do MP.

O Juízo *a quo* deferiu parcialmente a liminar e decretou a indisponibilidade do patrimônio dos réus no patamar de R\$ 221.028,52, determinando sua notificação para os fins do art. 17 da LIA.



O réu Marcos Antônio da Silva Toledo apresentou resposta preliminar às fls. 1899/1953. Em síntese, alega que a investigação estaria baseada em testemunhos sem credibilidade, como o do Vice-Prefeito, que assumiria o cargo em caso de vacância do titular, e da Sra. Reise, por ter sido afastada do cargo que ocupava diante das irregularidades apuradas. Argumenta que o técnico pericial do GATE não constatou irregularidade nos procedimentos, cuja lisura teria sido confirmada pelo TCE. Outrossim, aduz que as obras foram feitas em conformidade com a qualidade exigida pelo edital, não sendo comprovado o alegado prejuízo aos cofres públicos, como comprovariam os documentos que instrui em anexo.

Decisão do Juízo às fls. 2069, levantando a indisponibilidade das contas bancárias do Prefeito Marcos Antônio.

Resposta preliminar apresentada pelo réu Genivaldo da Silva Cantarino, aduzindo, em síntese, que os depoimentos colhidos no inquérito civil não provam seu envolvimento com os fatos. Alega que concorreu para o cargo de Deputado Estadual, não tendo contado com o apoio do Prefeito de Natividade, réu nesta ação. Alega, por fim, que nada pode contribuir acerca dos questionamentos das obras, porque não participa das empresas responsáveis.

Resposta preliminar apresentada por MCR – Manutenção, Construção e Reforma Ltda, Aline Siqueira Dias Lima e Ana Lúcia Vilaça Beiral, fls. 2079/2084, aduzindo que suas sócias não são laranjas do Prefeito de Natividade, não existindo ilicitude no mero fato de a mesma licitante ganhar mais de uma licitação, ainda que consecutivas. Pondera que o próprio técnico do GATE/MP não encontrou irregularidade, nem tampouco o TCE, sustentando que se alguma obra ficou paralisada, foi porque houve atrasos de pagamento por parte do Município, não sendo possível identificar qualquer prejuízo suportado pelo erário. Argumenta, outrossim, que existem obras do mesmo convênio sendo executadas por outras empresas, e que se existisse algum conluio, ela teria vencido todas as licitações de 2010, e não apenas aquelas impugnadas pelo MP.

Sentença prolatada às fls. 2356/2370, deixando de receber a inicial, sob o fundamento da ausência de justa causa para a instauração da ação de improbidade, ponderando que o TCE e o núcleo técnico do MP (GATE) não constatarem as irregularidades alegadas.

Recurso de apelação interposto pelo MP às fls. 2402/2415, propugnando pela anulação da sentença por cerceamento de defesa, mediante o argumento de que *“o não recebimento da inicial, quando o MPRJ se dispõe a produzir as provas necessárias para a condenação por improbidade, é uma clara violação ao direito de defesa da sociedade, neste caso apresentada pelo Ministério*



Público”, ponderando que a sentença cometeu “valoração totalmente inadequada da prova até então produzida, sem um juízo de cognição exauriente”.

Contrarrazões às fls. 2424/2459, arguindo preliminar de intempestividade e, no mérito, protestando pela manutenção da sentença.

Certidão exarada no sentido de que os demais réus não apresentaram contrarrazões (fl. 2464).

Parecer da culta Procuradoria de Justiça às fls. 2485/2490, opinando pelo provimento do recurso, para se anular a sentença e receber-se a exordial, sob o argumento de que “a alegação de que não há prova da prática de ato de improbidade tangencia o mérito e depende de dilação probatória, sendo impossível reconhecê-la, ou não, nos angustos primórdios desta ação, ainda sem qualquer instrução judicial”.

Relatados. Ao douto Revisor.

Rio de Janeiro, 30 de abril de 2013.

DESEMBARGADOR MARIO GUIMARÃES NETO

Relator



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

12ª CÂMARA CÍVEL

Desembargador Mario Guimarães Neto

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000865-30.2011.8.19.0035

ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE NATIVIDADE

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO 1: MARCOS ANTÔNIO DA SILVA TOLEDO

APELADOS 2: MCR MANUTENÇÃO CONSTRUÇÃO E REFORMA LTDA

APELADO 3: GENIVALDO DA SILVA CANTARINO

INTERESSADO 1: MUNICÍPIO DE NATIVIDADE

INTERESSADO 2: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOTO

Rejeito a preliminar de intempestividade, arguída pelo réu Marcos Antônio, porque a certidão de fls. 2401 atesta que o MP teve vista dos autos em 18.01.2012, tendo sido interposto o recurso em 08.02.2012, dentro, portanto, do prazo legal.

Após detida análise dos argumentos encampados pelo *Parquet*, pela defesa em sede de resposta preliminar, e também pelas provas até então produzidas, concluo que a sentença padece de *error in procedendo* e deve, por conseguinte, ser anulada.

Da simples leitura da sentença se infere que o Juízo Singular rejeitou a inicial, após a resposta preliminar dos réus, com fundamento em questões ligadas ao mérito da ação, o que causou evidente cerceamento do direito de defesa do titular da ação, o Ministério Público.

Não se questiona que a ação de improbidade administrativa, implicando graves consequências jurídicas aos acusados, depende da comprovação da justa causa, tanto que a lei permite ao juiz rejeitar a ação, após a apresentação da resposta preliminar dos réus, “*se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita*”(Lei nº 8429/92, art. 17, §8º).

Enfrentando a questão da justa causa na ação de improbidade, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o tema, afirmando que “*as ações judiciais fundadas em dispositivos legais insertos no domínio do Direito Sancionador, o ramo do Direito Público que formula os princípios, as normas e as*



regras de aplicação na atividade estatal punitiva de crimes e de outros ilícitos, devem observar um rito que lhe é peculiar, o qual prevê, tratando-se de ação de imputação de ato de improbidade administrativa, a exigência de que a petição inicial, além das formalidades previstas no art. 282 do CPC, deva ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade (art. 17, §6º, da Lei nº 8429/92), sendo certo que ação temerária, que não convença o Magistrado da existência do ato de improbidade ou da procedência do pedido, deverá ser rejeitada (art. 17, §8º, da Lei nº 8429/92).” (REsp 952.351-RJ, DJ 04.10.2012). (grifado)

Como cediço, o juízo efetuado sobre o recebimento da ação de improbidade, acerca da inexistência, improcedência ou inadequação da ação, deve ser feito por um filtro de cognição superficial, apenas sendo possível rejeitar a ação quando for manifesta a improcedência, pois qualquer solução em contrário, que tangencie questões profundas e controvertidas, pressuporia o cerceamento de defesa do órgão acusador.

Os fundamentos que o douto Juízo sentenciante utilizou para rejeitar a inicial proposta pelo Ministério Público, atestando a falta de justa causa da ação, podem ser resumidos nos seguintes pontos: i) o órgão do GATE/MP e o Tribunal de Contas atestaram a lisura dos procedimentos licitatórios; ii) o Prefeito adotou as providências cabíveis para sanear as irregularidades cometidas nas obras feitas pela empresa MCR; iii) a acusação da senhora Reisilaine teria sido desmentida pelas provas dos autos, já que o empresário Genivaldo da Silva Cantarino não consta nos contratos sociais da empresa; iv) o Ministério Público não incluiu no pólo passivo da ação a Sra. Reisilaine, juntamente com o Vice-Prefeito Francisco José Martins Bohrer e o Vereador Rubens Boechat Serodio, tendo em vista que a primeira teria reconhecido em seu depoimento “*que recebeu documentos falsos que foram anexados aos procedimentos licitatórios mencionados, e os dois últimos porque sabiam de todo o esquema montado pelo Prefeito Municipal, mas mesmo assim não tomaram qualquer medida que pudesse resultar na anulação dos procedimentos licitatórios*”; v) que seria ilegal a gravação ambiental das conversas travadas com o Prefeito e o Secretário Leandro.

Pela mera leitura desses fundamentos, não é necessário muito esforço para se concluir que todas as premissas adotadas pela sentença dependeriam do esgotamento da instrução probatória, mormente porque as provas apresentadas em resposta preliminar não conseguem, por si, ilidir as conclusões tiradas pelo Ministério Público ao longo de um inquérito civil de mais de 2000 laudas, cujo procedimento consta, na sua íntegra, em apenso, formando 12 volumes repletos de documentos.



À luz do teor das acusações feitas no Inquérito Civil, viola o devido processo legal concluir que a denúncia do Ministério Público não tenha justa causa levando em consideração pronunciamentos do TCE e do GATE/MP.

É cediço que esses órgãos atêm-se às especificidades técnicas do procedimento licitatório, não podendo ser enfrentada, nesta seara, as matérias sujeitas à cláusula de reserva de jurisdição, como fraudes que estariam submersas na aparente legalidade do certame, cuja dinâmica contava com a participação de laranjas, sendo necessária a confirmação de indícios extraídos de denúncias feitas pelo Vice-Prefeito, por um Vereador do Município e pela ex-Presidente da Comissão de Licitação.

Por essa razão, a Lei de Improbidade preceitua que “a aplicação das sanções previstas nesta Lei **independe**: ii) da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas” (LIA, art. 21, inc. II).

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento retro citado (REsp 952.351-RJ), deixou claro que o juiz deve rejeitar o que foi denominado de *ação temerária*, isto é, aquela que não se consiga demonstrar a *tipicidade da conduta* ou a *viabilidade da acusação*.

Essa Corte Superior também já consignou que “o objetivo do contraditório prévio (art. 17, § 7º) é tão-só evitar o trâmite de ações clara e inequivocamente temerárias, não se prestando para, em definitivo, resolver - no preâmbulo do processo e sem observância do princípio *in dubio pro societate* - tudo o que haveria de ser apurado na instrução” (REsp 1115399/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 27/04/2011).

Obviamente, não é possível, portanto, que na fase preliminar, o juízo adentre com tamanha profundidade no contexto das provas, até porque se foi necessário versar sobre as provas já constantes nos autos, é porque a tipicidade da conduta e a própria viabilidade da ação restaram plenamente demonstradas.

Nesse sentido, firma-se a jurisprudência firme do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. PESSOA JURÍDICA. LEGITIMIDADE PASSIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. PROVA EMPRESTADA. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF.

1. A recorrente insurge-se contra acórdão do Tribunal Regional Federal que manteve o recebimento da petição inicial de Ação Civil Pública por



improbidade administrativa relacionada a suposto esquema de corrupção constatado na Procuradoria do INSS de Mato Grosso, envolvendo o favorecimento de advogados e empresas devedoras da referida autarquia com a emissão indevida de certidões negativas de débito, ou positivas com efeitos negativos.

2. As pessoas jurídicas que participem ou se beneficiem dos atos de improbidade sujeitam-se à Lei 8.429/1992.

3. A Lei da Improbidade Administrativa exige que a petição inicial seja instruída com, alternativamente, "documentos" ou "justificação" que "contenham indícios suficientes do ato de improbidade" (art. 17, § 6º). Trata-se, como o próprio dispositivo legal expressamente afirma, de prova indiciária, isto é, indicação pelo autor de elementos genéricos de vinculação do réu aos fatos tidos por caracterizadores de improbidade.

4. O objetivo do contraditório prévio (art. 17, § 7º) é tão-só evitar o trâmite de ações clara e inequivocamente temerárias, não se prestando para, em definitivo, resolver - no preâmbulo do processo e sem observância do princípio in dubio pro societate - tudo o que haveria de ser apurado na instrução. Precedentes do STJ.

5. Se não se convencer da inexistência do ato de improbidade administrativa, da flagrante improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, o magistrado deve receber a petição inicial (art. 17, § 8º).

6. Inexiste ilegalidade na propositura da Ação de Improbidade com base nas apurações feitas em inquérito policial, porquanto serão submetidas ao contraditório durante a fase instrutória.

7. Os dispositivos da Lei 9.296/1996 não possuem comando hábil a infirmar o acórdão recorrido, tendo em vista que o Tribunal apenas acenou com a possibilidade de utilização dos resultados da interceptação telefônica determinada no processo criminal como prova emprestada na Ação de Improbidade. Súmula 284/STF.

8. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (REsp 1115399/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 27/04/2011)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – ART. 17, § 8º, DA LEI 8.429/1992.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Na fase prevista no art. 17, § 8º, da Lei 8.429/1992, o magistrado deve limitar-se a um juízo preliminar sobre a inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, a fim de evitar a ocorrência de lides temerárias.

3. Hipótese em que o recorrente busca a apreciação de argumentos sobre o mérito da ação civil pública e sua eventual participação em atos de improbidade, o que é inviável nesse momento processual,



devendo ser objeto de análise por ocasião do julgamento da demanda principal.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1008568/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009)

Com efeito, apenas com o esgotamento da instrução é que se conseguiria engendrar um convencimento sólido que permitisse desacreditar os depoimentos do Vice-Prefeito, do Vereador do Município e da ex-Presidente da Comissão de Licitação (IC em apenso).

Analizando os demais fundamentos adotados pela sentença para rejeitar a ação, a questão da ilegalidade da gravação de conversa com o Prefeito e com o Secretário do Município, *concessa vênia*, não mereceria ser sumariamente rejeitada.

Como cediço, nem todas as gravações ambientais são necessariamente ilícitas, tendo em vista que a gravação feita por um dos interlocutores, para se defender de uma investida ilícita ou realizada em ambiente que não pressuponha a expectativa de intimidade (como conversas travadas entre agentes públicos, no desempenho de suas funções e nas próprias dependências do órgão público), traduz-se conduta plenamente legítima, conduzindo à validade da prova:

Ementa: QUESTÃO DE ORDEM. INQUÉRITO INSTAURADO A PARTIR DE CARTA DENÚNCIA E DE DEGRAVAÇÃO DE FITA MAGNÉTICA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. CONVERSAS NÃO PROTEGIDAS POR SIGILO LEGAL. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO DE AGENTE DETENTOR DE PRERROGATIVA DE FORO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM RESOLVIDA, POR MAIORIA, PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES NO STF . 1. É lícita a prova obtida mediante a gravação ambiental, por um dos interlocutores, de conversa não protegida por sigilo legal. Hipótese não acobertada pela garantia do sigilo das comunicações telefônicas (inciso XII do art. 5º da Constituição Federal). 2. Se qualquer dos interlocutores pode, em depoimento pessoal ou como testemunha, revelar o conteúdo de sua conversa, não há como reconhecer a ilicitude da prova decorrente da gravação ambiental. 3. A presença de indícios de participação de agente titular de prerrogativa de foro em crimes contra a Administração Pública confere ao STF o poder-dever de supervisionar o inquérito. 4. Questão de ordem resolvida no sentido da fixação da competência do Supremo Tribunal Federal para supervisionar as investigações e da rejeição da proposta de trancamento do inquérito por alegada ilicitude da gravação ambiental que motivou a abertura desse procedimento investigatório.



(Inq 2116 QO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-042 DIVULG 28-02-2012 PUBLIC 29-02-2012)

Ementa: QUESTÃO DE ORDEM. INQUÉRITO INSTAURADO A PARTIR DE CARTA DENÚNCIA E DE DEGRAVAÇÃO DE FITA MAGNÉTICA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. CONVERSAS NÃO PROTEGIDAS POR SIGILO LEGAL. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO DE AGENTE DETENTOR DE PRERROGATIVA DE FORO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM RESOLVIDA, POR MAIORIA, PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES NO STF . 1. É lícita a prova obtida mediante a gravação ambiental, por um dos interlocutores, de conversa não protegida por sigilo legal. Hipótese não acobertada pela garantia do sigilo das comunicações telefônicas (inciso XII do art. 5º da Constituição Federal). 2. Se qualquer dos interlocutores pode, em depoimento pessoal ou como testemunha, revelar o conteúdo de sua conversa, não há como reconhecer a ilicitude da prova decorrente da gravação ambiental. 3. A presença de indícios de participação de agente titular de prerrogativa de foro em crimes contra a Administração Pública confere ao STF o poder-dever de supervisionar o inquérito. 4. Questão de ordem resolvida no sentido da fixação da competência do Supremo Tribunal Federal para supervisionar as investigações e da rejeição da proposta de trancamento do inquérito por alegada ilicitude da gravação ambiental que motivou a abertura desse procedimento investigatório.

(Inq 2116 QO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-042 DIVULG 28-02-2012 PUBLIC 29-02-2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXTORSÃO.

CONFIGURAÇÃO DA ELEMENTAR DA "GRAVE AMEAÇA". ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO.

REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE, IN CASU. ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES, SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO. LICITUDE DA PROVA.

ENTENDIMENTO DA CORTE ESTADUAL DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.



1. Relativamente ao art. 158, caput, do Código Penal, o acórdão recorrido fundamentou que a conduta descrita na denúncia se amolda ao tipo penal da extorsão, sendo que, rever tal entendimento, sem dúvida, implica o simples reexame do contexto fático-probatório, providência inviável na presente via recursal, ante o óbice do enunciado n. 7 da Súmula/STJ.

2. A gravação ambiental, realizada por um dos interlocutores, com o objetivo de preservar-se diante de investida ilícita, prescinde de autorização judicial, sendo exatamente esse o caso dos autos.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 180.721/SP, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 08/03/2013)

Com efeito, se as conversas gravadas não estão inseridas num contexto que lhes emprestem legitimação, trata-se de fato que deverá ser detidamente enfrentado no curso da ação, não sendo razoável, portanto, que essa prova seja rejeitada sumariamente, em termos genéricos, como se qualquer gravação fosse ilícita, e como se todas as gravações citadas pelos depoimentos fossem feitos sob as mesmas circunstâncias.

Sobre o tema da admissibilidade de gravação ambiental para fins de prova de ato de improbidade administrativa e os contextos que lhe emprestariam consonância com o ordenamento pátrio, notadamente à luz da inviolabilidade da cláusula de preservação do sigilo e intimidade, chamo atenção à existência de um precedente, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relatado pelo STJ no bojo do AI nº 1.123.815/SP, oportunidade na qual a Corte Paulista, com magistral categoria jurídica, ponderou que *“Não é ilícita prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores da conversa sem o conhecimento do outro, no caso específico, pois ambos eram vereadores da Câmara Municipal tratando de assuntos concernentes à administração pública, mais especificamente funções atinentes ao Poder Legislativo municipal - Não incide proteção, aí, do art 5º, X e XII, da CF, pois tudo aquilo que se refere à administração pública integra a vida pública do indivíduo, posto que é, nessa qualidade, o próprio Estado agindo, incidindo, portanto, a regra de publicidade do art 37, caput, da CF”*.

Outrossim, não há fundamento jurídico que justifique que o Vereador e o Vice-prefeito deveriam também ter sido denunciados pelo MP, sob o argumento de que eles teriam se omitido em anular a eventual irregularidade nas licitações.



Em primeiro lugar, esses indivíduos parecem ter tomado providências a respeito das fraudes investigadas, tanto que se prontificaram a depor junto ao MP; em segundo lugar, a ação de improbidade rege-se pelo princípio da divisibilidade, à semelhança do que ocorre nas ações penais, nada impedindo que o MP, apurando o envolvimento dos depoentes com os fatos objetos da investigação, resolva deduzir uma nova ação em face deles.

Nesse sentido, reconhecendo a ausência de litisconsórcio necessário em sede de ação de improbidade, firma-se a jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO.
IMPROBIDADE. DANO AO ERÁRIO.

EMPRESA BENEFICIADA. AUSÊNCIA DE
LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública fundada em improbidade administrativa decorrente de pagamentos indevidos, supostamente respaldados em contratos fraudulentos e sem ter havido efetiva contraprestação, feitos com verba da Fundação Nacional de Saúde no Pará às empresas Timbira Serviços Gerais Ltda. e Timbira Serviços de Vigilância, em 1998.

2. A ação foi proposta contra Roberto Jorge Maia Jacob, então Coordenador-Geral da fundação, por autorizar a despesa; Noélia Maria Maues Dias Nascimento, servidora que efetivou os pagamentos por meio de ordens bancárias, a despeito da ciência da irregularidade; e Carlos Gean Ferreira de Queiroga, gerente responsável pelas empresas beneficiadas.

3. O Juízo de 1º grau reconheceu a ocorrência de improbidade diante da comprovação de pagamentos irregulares e posterior celebração de contratos com data retroativa, tendo julgado o pedido parcialmente procedente por constatar que alguns serviços foram prestados. Os réus foram condenados a ressarcir, solidariamente, o montante de R\$ 39.658,62 (trinta e nove mil, seiscentos e cinquenta e oito reais e sessenta e dois centavos), além das sanções de suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e proibição temporária de contratar com o Poder Público.

4. As apelações foram julgadas prejudicadas pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que, de ofício, declarou nula a sentença e determinou o retorno dos autos para citação das empresas e de seus representantes legais.

5. Nas Ações de Improbidade, inexistente litisconsórcio necessário entre o agente público e os terceiros beneficiados com o ato ímprobo, por não estarem presentes nenhuma das hipóteses previstas no art. 47 do CPC (disposição legal ou relação jurídica unitária).

Precedentes do STJ.

6. É certo que os terceiros que participem ou se beneficiem de improbidade administrativa estão sujeitos aos ditames da Lei 8.429/1992, nos termos do seu art. 3º, porém não há imposição legal de formação de litisconsórcio passivo necessário.



7. A conduta dos agentes públicos, que constitui o foco da LIA, pauta-se especificamente pelos seus deveres funcionais e independe da responsabilização da empresa que se beneficiou com a improbidade.

8. Convém registrar que a recíproca não é verdadeira, tendo em vista que os particulares não podem ser responsabilizados com base na LIA sem que figure no pólo passivo um agente público responsável pelo ato questionado, o que não impede, contudo, o eventual ajuizamento de Ação Civil Pública comum para obter o ressarcimento do Erário.

Precedente do STJ.

9. Na hipótese, o Juízo de 1º grau condenou os agentes públicos responsáveis pelas irregularidades e também o particular que representava as empresas beneficiadas com pagamentos indevidos, mostrando-se equivocada a anulação da sentença por ausência de inclusão, no pólo passivo, da pessoa jurídica beneficiada.

10. Recurso Especial provido.

(REsp 896044/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 19/04/2011)

Nesse diapasão, o fato de o MP não ter proposto ação de improbidade contra os depoentes, por si só, nunca poderia subtrair a validade desses relatos, sem olvidar que esses depoimentos foram deduzidos por autoridades do Município, o Vice-Prefeito e um Vereador.

Se motivos eleitorais ou escusos jazem escondidos sob a denúncia deflagrada pela ex-Presidente da Comissão de Licitação, certamente esse fato capitula conduta gravíssima dos depoentes, traduzindo-se em denúncia caluniosa.

Contudo, em sede preliminar, não cabe ao Juízo tolher do Ministério Público o direito de confirmar em juízo esses depoimentos, sob pena de flagrante cerceamento de defesa do titular da ação.

O interesse público, no caso específico, o da sociedade de Natividade, exige o esclarecimento da verdade desses fatos, nem que seja para condenar aqueles que caluniaram o Prefeito com acusações tão levianas, mas que nesse momento, porque reduzidas a termo no Inquérito Civil e prestadas por autoridades do Município, constituem indícios suficientes da existência de ato de improbidade, nos termos do art. 17, §6º, da LIA.

Ressalte-se que a ação de improbidade administrativa não versa apenas sobre as irregularidades cometidas na execução das obras, já que o pilar central da ação concentra-se na construção de uma tese que acusa a existência de um esquema para direcionar as licitações dessas obras para um vencedor



específico, a empresa MCR, sociedade segundo a qual o Prefeito seria seu “sócio de fato”.

Concluir que as denúncias são inverídicas porque o Sr. Genivaldo não comporia o quadro de sócios da sociedade MCR, consiste matéria que se confunde nitidamente com o mérito, devendo ser franqueado ao Ministério Público o direito de produzir provas que confirmem a existência de interpostas pessoas (laranjas) nessa sociedade.

Dado o alto cargo que detinha a depoente, Presidente da Comissão de Licitação, aliado aos depoimentos do Vice-Prefeito e de um Vereador da cidade, esses indícios do ato de improbidade só seriam contestados através de alguma prova cabal que, fatalmente, conduzisse à conclusão de que esses depoentes cometeram, na verdade, o crime de denúncia caluniosa.

Como essa prova ainda não foi produzida em sede de resposta preliminar, é necessário exaurir a instrução probatória e permitir que o titular da ação, com os recursos e meios inerentes ao devido processo legal, possa provar a seriedade e gravidade dos fatos que alega, conforme consta em uma petição inicial instruída com um inquérito civil de 2000 páginas e 12 volumes de documentos.

Ante o exposto, acolhendo o parecer ministerial, voto pelo provimento do recurso para anular a sentença e receber a inicial, determinando-se o prosseguimento do feito, na forma do art. 17, §9º, da LIA.

Rio de Janeiro, 11 de junho de 2013.

DESEMBARGADOR MARIO GUIMARÃES NETO

Relator

