

Proc. TC-037.466/2011-9
REPRESENTAÇÃO

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator

Esta Representação versa sobre obras de esgotamento sanitário no Município de Frei Martinho/PB. As obras foram concluídas, mas a unidade técnica afirma haver provas de que não foi a empresa que recebeu os recursos federais que executou a obra.

Segundo a instrução (peça 76, p. 8, item 55), documentação encaminhada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região e pela 4ª Vara da Justiça Federal na Paraíba, “composta pela Ação Penal 2007.82.01.001677-0 e pelas Ações Cíveis Públicas de Improbidade Administrativa 0004231-17.2009.4.05.8201 e 0003964-45.2009.4.05.8201, trouxe aos autos do TC 013.194/2012-7 “provas suficientes para demonstrar que não foi a Construtora Ipanema Ltda. quem executou as obras dos convênios firmados com o Município de Frei Martinho/PB”.

Isso porque a Construtora Ipanema Ltda. não teria existência real. Seria uma das muitas empresas fantasmas criadas pelo Sr. Marcos Tadeu Silva, que lideraria uma complexa organização criminosa dedicada a fraudar licitações e sonegar tributos.

A unidade técnica propõe, então, a conversão do processo em tomada de contas especial e a citação da ex-prefeita que realizou os pagamentos à “empresa fantasma”, Sra. Ana Adélia Nery Cabral, bem como o responsável de fato pela sua constituição, Sr. Marcos Tadeu Silva, e de outras duas pessoas que tiveram envolvimento nos pagamentos, o Sr. Evaldo Portela de Araújo, citado no contrato como representante da Construtora Ipanema, e o Sr. José Alex da Silva, que assinou ordem de pagamento recebendo o valor ali constante.

O relato da unidade técnica traz, como se vê, relevantes indícios de irregularidades na aplicação de recursos federais, que podem consistir até no desvio integral do dinheiro repassado ao município de Frei Martinho/PB mediante os convênios EP/2023/2004, EP 2061/2004 e CV 1133/06.

Os autos, no entanto, estão instruídos tão somente pela denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal perante a 6ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Paraíba. É verdade que essa peça faz minucioso relato dos inúmeros elementos de convicção sobre a existência de uma organização criminosa liderada pelo Sr. Marcos Tadeu Silva. Isso não basta, contudo, para fundamentar um futuro julgamento pelo TCU.

Cuida-se, no caso vertente, de validação da chamada “prova emprestada”.

Como se sabe, a Constituição e a lei não fazem referência expressa ao que se conhece por prova emprestada. Trata-se de um instituto que foi construído pela jurisprudência e pela doutrina a partir de disposições constitucionais e legais que servem a fundamentar a produção de

provas de uma maneira geral. Considerando que o estudo acerca da validade da prova emprestada comporta abordagens várias, definidas em função, principalmente, da origem e do modo de produção da prova, bem como do seu destino e do seu aproveitamento, interessa, então, para os propósitos do caso em exame, buscar saber especificamente qual tem sido o entendimento jurisprudencial prevalente sobre o aproveitamento, em processo administrativo, das informações produzidas na investigação penal ou na instrução processual penal. Nesse sentido, transcrevo, a seguir, extratos de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria (os grifos são meus):

1º) julgamento proferido em 20/06/2007, pelo Tribunal Pleno, em sede da segunda questão de ordem no inquérito nº 2.424/SP (relator: Ministro Cezar Peluso; publicação: DJe de 24/08/2007):

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

2º) julgamento proferido em 25/06/2008, pelo Tribunal Pleno, em sede de questão de ordem no inquérito nº 2.725/SP (relator: Ministro Carlos Britto; publicação: DJe de 26/09/2008):

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. INQUÉRITO POLICIAL. SUPERVISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PEDIDO VEICULADO PELO CONSELHO DE ÉTICA E DECORO PARLAMENTAR DA CÂMARA DOS DEPUTADOS: COMPARTILHAMENTO DAS INFORMAÇÕES. FINALIDADE: APURAÇÕES DE CUNHO DISCIPLINAR. PRESENÇA DE DADOS OBTIDOS MEDIANTE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, JUDICIALMENTE AUTORIZADA. PROVA EMPRESTADA. ADMISSIBILIDADE. JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE (INCISO XII DO ART. 5º E § 2º DO ART. 55 DA CF/88). PRECEDENTES. 1. A medida pleiteada pelo Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados se mostra adequada, necessária e proporcional ao cumprimento dos objetivos do parágrafo 2º do artigo 55 da Constituição Federal de 1988. 2. Possibilidade de compartilhamento dos dados obtidos mediante interceptação telefônica, judicialmente autorizada, para o fim de subsidiar apurações de cunho disciplinar. Precedente específico: Segunda Questão de Ordem no Inquérito 2.424 (Ministro Cezar Peluso). 3. Questão de Ordem que se resolve no sentido do deferimento da remessa de cópia integral dos autos ao Sr. Presidente do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, a quem incumbirá a responsabilidade pela manutenção da cláusula do sigilo de que se revestem as informações fornecidas.

3º) julgamento proferido em 13/08/2008, pelo Tribunal Pleno, em sede de questão de ordem na petição nº 3.683/MG (relator: Ministro Cezar Peluso; publicação: DJe de 20/02/2009):

EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Documentos. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade.

Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedentes. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas.

Transcrevo, também, a seguir, extratos de alguns dos julgados do Superior Tribunal de Justiça acerca da mesma matéria (também aqui, os grifos são meus):

1º) julgamento proferido em 19/11/2008, pela Corte Especial, em sede de agravo regimental na ação penal nº 536/BA (relatora: Ministra Eliana Calmon; publicação: DJe de 19/03/2009):

Ementa. PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL – PROVA EMPRESTADA – INTERESSE DA ESFERA ADMINISTRATIVA – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO CRIMINAL PARA QUALIFICAR A PROVA. 1. Esta Corte atendeu ao pedido formulado pelo Tribunal de Contas do Estado e do Ministério Público Estadual, compartilhando com os órgãos oficiantes a prova documental produzida no inquérito policial, inclusive as interceptações telefônicas. 2. Cabe aos órgãos administrativos que farão uso da prova emprestada qualificá-las ou desqualificá-las, não sendo atribuição do juízo criminal imiscuir-se na seara administrativa. 3. Agravo regimental improvido.

2º) julgamento proferido em 10/12/2008, pela Terceira Seção, em sede do mandado de segurança nº 13.501/DF (relator: Ministro Felix Fischer; publicação: DJe de 09/02/2009):

Ementa. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. COMISSÃO DISCIPLINAR. IMPEDIMENTO. INOCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROVA EMPRESTADA. LEGALIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUTO CIRCUNSTANCIADO. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL. DESNECESSIDADE. (...) IV - A doutrina e a jurisprudência se posicionam de forma favorável à 'prova emprestada', não havendo que suscitar qualquer nulidade, tendo em conta que foi respeitado o contraditório e a ampla defesa no âmbito do processo administrativo disciplinar, cujo traslado da prova penal foi antecedido e devidamente autorizado pelo Juízo Criminal. (Precedente do c. STF: Plenário, QO no Inq. 2275, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 26/9/2008; Precedentes desta e. Corte Superior: MS 11.965/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Paulo Medina, Rel. p/Acórdão Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 18/10/2007; MS 9.212/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 1º/6/2005; MS 7.024/DF, 3ª Seção, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 4/6/2001). V - É desnecessária a transcrição integral dos diálogos colhidos em interceptação telefônica, nos termos do art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.296/96, que exige da autoridade policial apenas a feitura de auto circunstanciado, com o resumo das operações realizadas. (Precedente do c. STF: Plenário, HC 83.615/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 4/3/2005). VI - Demais disso, a fundamentação do julgamento final do processo administrativo disciplinar não está limitada ao conteúdo das escutas telefônicas, vez que, por outros meios probatórios, restaram sobejamente demonstradas as condutas ilícitas imputadas ao impetrante. Segurança denegada.

3º) julgamento proferido em 09/12/2009, pela Terceira Seção, em sede de mandado de segurança nº 13.986/DF (relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho; publicação: DJe de 12/02/2010):

Ementa. MANDADO DE SEGURANÇA. ANALISTA TRIBUTÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. OPERAÇÃO PLATA DA POLÍCIA FEDERAL. LIBERAÇÃO DE

VEÍCULO COM MERCADORIA IRREGULAR. FACILITAÇÃO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. MEMBROS DA COMISSÃO PROCESSANTE REGULARMENTE DESIGNADOS. AUSÊNCIA DE SUSPEIÇÃO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE CONVERSÃO DO FEITO EM DILIGÊNCIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. DEGRAVAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LEGALMENTE COLHIDA EM INSTRUÇÃO CRIMINAL. OBSERVÂNCIA CRITERIOSA DO RITO PROCEDIMENTAL PREVISTO NAS LEIS 8.112/90 E 9.784/99. SEGURANÇA DENEGADA. (...) 5. O valor constitucionalmente protegido pela garantia de inviolabilidade das comunicações telefônicas é a intimidade, que não pode ser ofendida, salvo em hipóteses excepcionais de existência de indícios veementes de cometimento de ilícito penal. Porém, uma vez rompida esta barreira, nada impede que a prova colhida sob os auspícios da lei, a dizer, mediante autorização judicial e para fins de investigação ou processo criminal, seja utilizada para fins outros, como instruir procedimento administrativo punitivo. 6. A situação exposta nesta impetração ajusta-se à orientação deste Colegiado acerca da possibilidade de o Presidente da Comissão denegar pedidos de produção de provas considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos; a Comissão Processante fundamentou apropriadamente a rejeição do pedido, explicitando que cabia ao impetrante ter juntado aos autos os documentos que entendia pertinentes ao deslinde da controvérsia, já que tinha pleno acesso aos mesmos, além de que se mostrava desnecessária a análise do restante das degravações, porquanto não diziam respeito ao indiciado. (...) 8. Segurança denegada, em conformidade com o parecer ministerial.

4º) julgamento proferido em 14/12/2009, pela Terceira Seção, em sede do mandado de segurança nº 10.128/DF (relator: Ministro Og Fernandes; publicação: DJe de 22/02/2010):

Ementa. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. SENTENÇA CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. MOTIVAÇÃO DEFICIENTE. NÃO OCORRÊNCIA. USO DE PROVA EMPRESTADA. LEGALIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL. DESNECESSIDADE. AUTENTICIDADE DAS PROVAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NÃO DEMONSTRADO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. EXCESSO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO SERVIDOR. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. SEGURANÇA DENEGADA. 1. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que as esferas penal e administrativa são independentes. Precedentes. (...) 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se consolidada no sentido de que, respeitado o contraditório e a ampla defesa, é possível a utilização de ‘prova emprestada’ devidamente autorizada na esfera criminal, como ocorreu na hipótese em apreço. 4. ‘É desnecessária a transcrição integral dos diálogos colhidos em interceptação telefônica, nos termos do art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.296/96, que exige da autoridade policial apenas a feitura de auto circunstanciado, com o resumo das operações realizadas. (Precedente do c. STF: Plenário, HC 83.615/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 4/3/2005).’ (MS 13.501/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/12/2008, DJe 09/02/2009) 5. Havendo o esclarecimento dos peritos federais no sentido de que não houve manipulação nos CDs, não é possível, em sede de mandado de segurança, a reavaliação do conjunto fático probatório que concluiu pela autenticidade dos documentos produzidos no procedimento de interceptação telefônica realizado mediante autorização judicial. (...) 10. Ordem denegada.

Como se percebe, os julgados acima apontam no sentido de que é válido o aproveitamento, em processo administrativo, de informações produzidas na investigação penal ou na instrução processual penal, desde que haja autorização judicial para esse aproveitamento e desde que seja observado, no processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa acerca da prova emprestada.

Não bastam à instrução dos presentes autos, portanto, as meras referências às provas produzidas por meio do inquérito policial contidas na denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal. O respeito ao contraditório somente poderá ser assegurado mediante a efetiva disponibilização dessas provas emprestadas. Vale ressaltar que se, eventualmente, a produção de alguma dessas provas dependeu de autorização pelo Poder Judiciário, o aproveitamento dela neste processo deverá também ser precedido da aprovação judicial.

Embora seja possível o TCU aproveitar prova produzida por meio do inquérito policial, pergunto-me se a medida seria mesmo produtiva em face dos objetivos da Corte de Contas e dos meios de que dispõe para tanto. A condenação em débito no caso vertente exigiria, tudo indica, a demonstração de que terceiro – que não é gestor e nem foi formalmente contratado ou pago pela Administração – concorreu para o cometimento de dano contra o erário. Vale dizer, será necessária, com ônus para o TCU, a confirmação da prova de que ele era sócio de fato da Construtora Ipanema Ltda. e de que essa empresa não tinha existência material.

É de se antever que surjam algumas dificuldades para tanto, ao menos segundo o procedimento adotado nos processos do TCU e os mecanismos disponíveis para seu desenvolvimento. Em resposta à diligência realizada pela unidade técnica, o Sr. Marcos Tadeu Silva não repetiu a mesma disposição demonstrada perante a Polícia Federal de confessar sua participação no ilícito ora em investigação. Como a prova contra ele aborda, entre outras coisas, falsificação de documentos e de assinaturas, é de se supor a necessidade da realização de perícias, de coleta de depoimentos e de outras providências raramente adotadas por iniciativa do TCU.

Penso que, tratando-se de atos e fatos que constituem também matéria de competência do juízo criminal e que já foi proposta a ação competente, o TCU poderia considerar a possibilidade de, segundo juízo próprio de conveniência e oportunidade sobre a melhor forma de cumprir os objetivos do Controle Externo, aguardar a prolação da respectiva sentença. Afinal, a teor do art. 935 do Código Civil, embora a responsabilidade civil seja independente da criminal, não se poderá “questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Ante o exposto, manifesto-me de acordo com a proposta contida à peça 76, no sentido de que a unidade técnica, cuidando para que as provas emprestadas nas quais baseia sua convicção integrem efetivamente os presentes autos, realize as citações sugeridas, sem prejuízo de ressaltar que o TCU, em atenção ao princípio da economia processual, tem também a opção de, segundo seu exclusivo juízo de conveniência e oportunidade, aguardar a prolação da sentença na ação penal acima mencionada.

Ministério Público, em 30/09/2014.

(Assinado eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Subprocurador-Geral