

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal em face de decisão proferida pelo ministro Dias Toffoli, que negou seguimento à reclamação ajuizada por Marcos Antônio Monteiro, mas, de ofício, reconheceu a existência de flagrante ilegalidade na decisão impugnada e determinou o arquivamento da ação civil de improbidade administrativa (processo nº 1043973-96.2018.8.26.0053, em curso perante a 13ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado de São Paulo), em relação ao ora reclamante e a todos os demais corréus.

O Relator, em sessão do Plenário Virtual de 6/12/2024 a 13/12/2024, votou no sentido de negar provimento ao agravo regimental, sobrevivendo pedido de vista do ministro Gilmar Mendes.

Na presente sessão do Plenário Virtual, de 28/02/2025 a 11/03/2025, o ministro Gilmar Mendes acompanhou a conclusão a que chegou o Relator, mas o fez por fundamentos parcialmente distintos, pois reconheceu a aderência estrita do presente caso em relação aos paradigmas invocados na inicial, assentando ter havido o efetivo descumprimento à autoridade das decisões proferidas pelo STF na Reclamação 67.254 e na Quadragésima Primeira Extensão na Rcl. 43.007, tendo em vista a reutilização, na ação de improbidade, de prova já declarada ilícita na esfera penal.

É o relato do essencial. **Passo ao voto.**

De início, acompanho o eminente Relator quanto à preclusão da matéria relativa à prevenção, uma vez que o agravante não se pronunciou sobre ela tempestivamente.

Além disso, há conexão entre a presente ação e as reclamações indicadas como paradigma, ambas de relatoria do ministro Dias Toffoli, a saber, a Reclamação 67.254 e a Quadragésima Primeira Extensão na Rcl. 43.007, as quais possuem as mesmas partes e versam sobre os mesmos fatos discutidos neste feito.

Quanto ao mérito, observo que as hipóteses de cabimento da

reclamação constam, em rol taxativo, do art. 988 do Código de Processo Civil, a seguir transcrito:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

- I – preservar a competência do tribunal;
- II – garantir a autoridade das decisões do tribunal;
- III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Disposição semelhante é encontrada nos arts. 102, I, “I”, e 103-A, § 3º, da Constituição Federal, em que prevista a medida voltada a preservar a competência desta Suprema Corte ou garantir a autoridade de suas decisões e enunciados vinculantes.

Pois bem. A ação ora em exame foi manejada com o propósito de garantir a observância das decisões proferidas nos paradigmas invocados pelo reclamante, a Reclamação 67.254 e a Quadragésima Primeira Extensão na Rcl. 43.007.

Penso ser a hipótese de desprovimento do agravo. Todavia, em linha convergente com o voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes, entendo ter havido o descumprimento das decisões proferidas por este Supremo Tribunal Federal na Reclamação 67.254 e na Quadragésima Primeira Extensão na Rcl. 43.007, em virtude da reutilização, na ação de improbidade, de prova que já havia sido declarada ilícita na esfera penal, de tal sorte que reputo cumprido na espécie o requisito da aderência estrita.

De fato, não se pode desconsiderar a existência de relativa autonomia entre as esferas sancionadoras cível e criminal, conforme a previsão do art. 37, § 4º, da Carta Federal:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na

forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Nesse sentido, transcrevo a disciplina do art. 935 do Código Civil:

A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Tal independência não conduz, porém, à impossibilidade de se realizar, na via da presente reclamação, o cotejo analítico entre os fatos e provas objeto de julgamento na Rcl 67.254 e na Quadragésima Primeira Extensão na Rcl. 43.007, ainda que essas decisões tenham versado sobre a responsabilização criminal do reclamante, e os fundamentos e provas que embasaram a determinação de prosseguimento da ação de improbidade.

A necessidade de proceder a tal confronto decorre do princípio da vedação ao *bis in idem*, a impedir a responsabilização em sede cível-administrativa sancionatória quando constatada a ausência – como na espécie – de elementos suficientes para a atribuição de responsabilidade criminal.

Ressalte-se, em reforço, que, a rigor, **inexiste diferença ontológica** entre o ilícito cível-administrativo e o penal. Quanto ao ponto, lecionou o ministro Nelson Hungria¹:

A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Dizia Bentham que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas leis podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas “sobre um mesmo plano, sobre um só *mapa mundi*”. **No que têm de fundamental, coincidem o delito civil e o delito penal. Um e outro são uma rebeldia contra a ordem jurídica.** Consistem ambos num fato exterior do homem, antijurídico, imputável a título de dolo ou de culpa. **A única diferença entre eles está na maior gravidade do delito penal, que, por isso mesmo, provoca mais extensa e intensa perturbação social. Diferença**

1 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 7.

puramente de grau ou quantidade.

Ademais, a jurisprudência deste Supremo se orienta no sentido da possibilidade da realização de cotejo analítico entre os suportes fático e probatório que constituem objeto de processos distintos – de natureza penal e cível-administrativo sancionador -, a fim de se verificar a ocorrência de afronta à autoridade de decisão proferida pelo Supremo. Confira-se:

Reclamação Constitucional. Autoridade da decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Inquérito 4005. Rejeição da denúncia com análise de mérito diante da ausência de justa causa. Coisa julgada material quanto ao caso penal. Decisão definitiva e exauriente, com efeito estabilizador no domínio da improbidade administrativa. Se inexistiam elementos mínimos à instauração da ação penal, operando-se decisão definitiva quanto ao mérito dos fatos, então, inviável a continuidade de ação de improbidade em relação ao mesmo contexto. Exaurimento da Jurisdição quanto aos fatos objeto da investigação criminal. A decisão, que no âmbito penal declara a inexistência do fato ou da negativa da autoria, seja por sentença de mérito ou por rejeição da denúncia, paralisa a instância administrativa. Devido processo legal. *Ne bis in idem*. Doutrina. Precedentes. Reclamação julgada procedente. 1. O fundamento protetivo do *ne bis in idem* refere-se à boa-fé objetiva e à vedação do comportamento contraditório por parte do Estado, por seus órgãos ou agentes, na perspectiva do *venire contra factum proprium* (vedação de comportamento contraditório), consistente na estabilização de sua situação jurídica do arguido perante o Estado, desde que exauriente a decisão quanto à negativa da autoria ou à inexistência dos fatos. 2. A pretensão de somente alcançar situações acobertadas pela coisa julgada decorrente de sentença absolutória de mérito é incompatível com a noção de estabilidade decisória orientada pela boa-fé objetiva e a dimensão material do *ne bis in idem*. A perspectiva de ampliação do espectro de garantias impõe a extensão de efeitos da decisão penal desde que a instância penal tenha exaurido, por decisão definitiva (sentença ou rejeição da denúncia por ausência de justa causa material.

(Rcl 57215, ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, j.

em 03-07-2023)

Na espécie, conforme demonstrado nos votos que me antecederam, o ato reclamado, por meio do qual se determinou o prosseguimento da ação de improbidade, considerou a existência de provas válidas contra o reclamante, embora tais elementos de convicção já tivessem sido declarados ilícitos por esta Corte, **em relação aos mesmos fatos e ao mesmo reclamante, no julgamento do paradigmas mencionados firmados no julgamento da Rcl 67.254 e da Quadragésima Primeira Extensão na Rcl 43.007.**

Destaco, a propósito, excerto do voto proferido pelo eminente Relator:

“Com efeito, conforme se vê das informações prestadas pela própria autoridade reclamada, a fonte primária, da qual emanaram as provas referidas - como depoimentos, relação de hóspedes do hotel, v.g. -, é a 'planilha onde constam os supostos pagamentos feitos pela co-ré Construtora Norberto Odebrecht SA' de 'valores de acordo com as senhas recebidas do Departamento de Operações Estruturadas', tendo se 'evidencia[do], [...], o modus operandi dos atos'. Ora, tais elementos só revelam o 'modus operandi' registrado na 'planilha' do 'Departamento de Operações Estruturadas' da Odebrechet - prova declarada imprestável por esta Suprema Corte -, estando pois contaminados os referidos elementos pela pecha da nulidade. Note-se, por oportuno, que, na Rcl 43007-Extn-Quadragésima Primeira/DF, com trânsito em julgado devidamente certificado, o eminente Ministro Ricardo Lewandowski, determinou o trancamento da Ação Penal 0600110-17.2020.6.26.0001, em trâmite na 1ª Zona do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, em relação a Marcos Antônio Monteiro e a todos os demais corrêus, que cuidava do mesmo fato objeto da ação de improbidade administrativa cujo arquivamento se busca na presente sede - valores supostamente pagos indevidamente para a campanha eleitoral de 2014 do então candidato a reeleição ao Governo do Estado de São Paulo.”

Embora a autoridade reclamada tivesse sustentado a existência de provas autônomas e independentes a embasar o prosseguimento da ação

de improbidade, tal fundamento foi devidamente infirmado nos votos proferidos pelo Relator e pelo ministro Gilmar Mendes, do qual destaco a seguinte passagem:

“Contudo, no que se refere à alegação da autoridade reclamada que foi corroborada no recurso da PGR sobre a existência de provas autônomas e independentes, **entendo que tal argumento deve ser enfaticamente refutado, tendo em vista que a origem de todas essas provas são as planilhas, os documentos, as senhas e as informações obtidas por parte dos funcionários e colaboradores da Odebrecht com base em registros constantes dos sistemas Drousys e My Web Day B, conforme inclusive se observa dos trechos da decisão reclamada acima transcritos.**

Ressalte-se que a reintrodução ou o “requeamento” das provas ilícitas contidas nos sistemas de pagamento da Odebrecht a partir da entrega de tais elementos por parte de coinvestigados - funcionários e doleiros que supostamente realizavam tais operações por parte da construtora -, não é capaz de eliminar o vício originário da ilicitude e a sua extensão para todos os demais elementos decorrentes.

Ainda no que se refere a essa matéria, cumpre rememorar que a declaração de ilicitude de todos os elementos referenciados no ato reclamado decorreu da constatação da indevida manipulação e quebra da cadeia de custódia da prova por parte dos colaboradores e agentes de persecução, a partir de evidências inequívocas de introdução clandestina de tais provas em território nacional e do transporte indevido de tais materiais, inclusive em sacolas de supermercado, sem qualquer garantia de confiabilidade, integridade e higidez.

Destarte, é possível concluir pela ilicitude e imprestabilidade de tais provas tanto na esfera penal como na instância da improbidade administrativa, independentemente de maiores considerações sobre as *“vicissitudes ocorridas no Juízo da 13ª Vara Federal”* (eDOC 29, p. 9), ou seja, ao contrário do que foi deduzido no recurso apresentado pela PGR.

Anote-se que as gravações em vídeo do depoimento dos

colaboradores e a juntada de simples notícias e reportagens sobre os fatos narrados nos autos não podem ser considerados como elementos capazes de possibilitar o prosseguimento do feito, tendo em vista a extrema fragilidade de tais elementos, a qual é reconhecida pelo próprio ordenamento jurídico (art. 4º, §16, II, da Lei 12.850/2013), e a inexistência de elementos externos de corroboração em virtude exatamente da declaração de nulidade das planilhas, documentos, senhas e informações extraídas dos sistemas *Drousys* e *My Web Day B*.

Destarte, entendo que não devem ser considerados como provas autônomas e independentes as *“informações prestadas por Benedicto Barbosa da Silva Júnior, Carlos Armando Guedes Paschoal Carnaldo Cumplido de Souza e Silva, ex-funcionários do grupo Norberto Odebrecht S/A, por gravação em vídeo”* e nem o *“conteúdo das reportagens divulgadas à época dos fatos”* (eDOC 26, p. 4 e eDOC 29, p. 8)“

A jurisprudência do Supremo se encontra consolidada no sentido da imprestabilidade do uso de provas ilícitas em qualquer processo ou instância, tendo em vista a proteção estabelecida pelo art. 5º, LVI, da CF/88 (Tema 1.238 da Repercussão Geral, ARE 1.316.369, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Min. Gilmar Mendes, p. 4-5, j. 8.12.2022).

Em suma, a ação de improbidade administrativa ajuizada contra o reclamante está embasada no **mesmo suporte probatório, cuja ilicitude foi reconhecida nos paradigmas invocados**, isto é, nas planilhas de controle, documentos e informações obtidas a partir dos Sistemas My Web Day B e Drousys, utilizados pelo “Departamento de Operações Estruturadas” da Odebrecht, estendendo-se o reconhecimento da ilicitude aos elementos de convicção derivados dessas provas.

Ante o exposto, com a devida vênia dos que pensam de forma diversa, acompanho o voto proferido pelo eminente Relator, na conclusão, para **negar provimento ao agravo**, reconhecendo, porém, a aderência estrita entre o ato reclamado e os paradigmas invocados na presente reclamação, na linha dos fundamentos apresentados no voto-vista proferido pelo ministro Gilmar Mendes.

É como voto.