

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5046411-08.2016.4.04.0000/PR

RELATOR : FERNANDO QUADROS DA SILVA
AGRAVANTE : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
AGRAVADO : ALBERTO YOUSSEF
ADVOGADO : Luiz Carlos Moreira Junior
: ANTONIO AUGUSTO LOPES FIGUEIREDO BASTO
AGRAVADO : CARLOS EDUARDO STRAUCH ALBERO
ADVOGADO : PAULA ABUCHAM GIUSTI DE FREITAS
AGRAVADO : CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A
ADVOGADO : LUCAS CHEREM DE CAMARGO RODRIGUES
AGRAVADO : ENGEVIX ENGENHARIA SA
ADVOGADO : RUBENS PIERONI CAMBRAIA
AGRAVADO : GERSON DE MELLO ALMADA
ADVOGADO : CLAUDIO MAURO HENRIQUE DAOLIO
AGRAVADO : JACKSON EMPREENDIMENTOS S/A
ADVOGADO : ADJAIR DA CUNHA DOS SANTOS
AGRAVADO : LUIZ ROBERTO PEREIRA
ADVOGADO : PAULA ABUCHAM GIUSTI DE FREITAS
AGRAVADO : N M ENGENHARIA E CONSTRUÇOES LTDA
ADVOGADO : MARIA BEATRIZ CAPOCCHI PENETTA
AGRAVADO : NEWTON PRADO JUNIOR
ADVOGADO : PAULA ABUCHAM GIUSTI DE FREITAS
AGRAVADO : NIPLAN ENGENHARIA S.A.
ADVOGADO : Glauco Martins Guerra
AGRAVADO : PAULO ROBERTO COSTA
ADVOGADO : FERNANDA PEREIRA DA SILVA MACHADO
AGRAVADO : PROMON ENGENHARIA LTDA
ADVOGADO : WILLIAM AKIRA MINAMI
: Alexandre Aroeira Salles
AGRAVADO : RENATO DE SOUZA DUQUE
ADVOGADO : DANIELE DE OLIVEIRA NUNES
: TIAGO ANGELO DE LIMA
AGRAVADO : SKANSKA BRASIL LTDA.
ADVOGADO : MONICA MENDONCA COSTA
MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OPERAÇÃO LAVA-JATO. FORMAÇÃO DE CARTEL. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL.

1. A rejeição liminar da ação civil pública por ato de improbidade administrativa deve ocorrer nos casos em que as alegações e/ou provas apresentadas conduzam o Magistrado à conclusão imediata de que os fatos narrados não configuram atos de improbidade, ou que a ação é improcedente, ou que há falhas formais capazes, desde logo, de impedir o prosseguimento do feito.

2. A mera participação em consórcio não impõe às empresas consorciadas a responsabilidade solidária em razão de atos tidos como ímprobos.

3. Na hipótese, o conjunto probatório acostado ao processo de origem, bem como as transcrições da decisão proferida nos autos da ação de improbidade conexa, não contém qualquer indício da presença de elementos capazes de demonstrar a participação das empresas agravadas na formação de cartel com a finalidade de fraudar o caráter competitivo das obras da PETROBRAS.

4. Caso em que se afigura precipitado permitir a tramitação de uma ação de improbidade contra as empresas agravadas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 25 de abril de 2017.

Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em sede de ação civil pública por improbidade administrativa decorrente dos desdobramentos cíveis das apurações realizadas no âmbito da Operação Lava Jato, deixou de receber a petição inicial contra Skanska Brasil Ltda., Construtora Queiroz Galvão S/A, Niplan Engenharia S/A, NM Engenharia e Construções Ltda., e, finalmente, Promon Engenharia Ltda., em razão da inadequação da via eleita, conforme art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92, deixando de condenar a União em honorários dos réus excluídos, agora nos termos dos arts. 18 da Lei 7.347/85.

Foi indeferido o pedido de efeito suspensivo.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso. Com contraminutas, vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório. Peço dia.

Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
Relator

VOTO

Quando da análise do pedido de efeito suspensivo, foi proferida a seguinte decisão:

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em sede de ação civil pública por improbidade administrativa decorrente dos desdobramentos cíveis das apurações realizadas no âmbito da Operação Lava Jato, deixou de receber a petição inicial contra Skanska Brasil Ltda., Construtora Queiroz Galvão S/A, Niplan Engenharia S/A, NM Engenharia e Construções Ltda., e, finalmente, Promon Engenharia Ltda., em razão da inadequação da via eleita, conforme art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92, deixando de condenar a União em honorários dos réus excluídos, agora nos termos dos arts. 18 da Lei 7.347/85.

Alega a parte agravante que a ação deve ser recebida em relação a todos os réus indicados na petição inicial, aduzindo que as provas encartadas ao processo demonstram, satisfatoriamente, que as empresas rés formaram cartel e participaram, com maior ou menor grau de intensidade, das práticas colusivas direcionadas a superfaturar as obras da PETROBRÁS. Pondera que a conduta das rés foi suficientemente descrita para o recebimento da inicial. Assevera que as requeridas devem ser mantidas no polo passivo porque são solidariamente responsáveis pelo ressarcimento dos danos causados, conforme disposto no inciso V, do art. 33 da Lei 8.666/93. Argumenta que a Lei de Improbidade Administrativa, a par da precípua finalidade repressora,

também possui viés ressarcitório, conforme previsão dos artigos 5º e 12º da Lei 8.429/92. Requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

É o relatório. Passo a decidir.

A decisão proferida na origem desafia impugnação através do instrumental, porquanto - ao menos em tese - suscetível de causar ao autor lesão grave e de difícil reparação, encontrando amparo, ademais, na intelecção do artigo 17, §10, da Lei n. 8.429/1992.

No que se refere ao juízo de admissibilidade da demanda originária, anoto que a regra que estabelece a necessidade do Juiz receber a petição inicial, nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, busca evitar a propositura de ações flagrantemente infundadas, sem qualquer embasamento tanto legal quanto probatório capaz de caracterizar a existência de indícios de ofensa aos valores jurídicos que a ação visa preservar.

Dessa forma, a rejeição liminar da ação civil pública por ato de improbidade administrativa deve ocorrer nos casos em que as alegações e/ou provas apresentadas conduzam o Magistrado à conclusão imediata de que os fatos narrados não configuram atos de improbidade, ou que ação é improcedente, ou que há falhas formais capazes, desde logo, de impedir o prosseguimento do feito.

Conforme se depreende dos elementos dos autos, a União verificou a presença de indícios capazes de implicar na responsabilização das agravadas pela prática de ato de improbidade administrativa. De outro lado, o Juízo a quo não vislumbrou a referida possibilidade. Não vejo, dos elementos ora trazidos em sede de agravo de instrumento, motivo para modificar a bem lançada decisão recorrida, da qual transcrevo o trecho a seguir e cujos fundamentos adoto, também, como razões de decidir:

Finalmente, se efetivamente o simples fato de não ter sido arrolado réu na ação anterior não impede o curso da presente ação de improbidade, inclusive porque o distinto objeto da presente ação em relação à anterior, proposta pelo Ministério Público Federal, naturalmente autoriza a indicação de outros réus quando a imputação é exatamente o da prática de atos que geraram o superfaturamento ou sobrepreço, impõe-se agora se deter nos fundamentos da inicial para se decidir sobre o recebimento, ou não, da inicial em relação aos demais réus.

Como constou do relatório, disse a União que '... as empresas SKANSKA, QUEIROZ GALVÃO S/A, NIPLAN ENGENHARIA S/A, NM ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA, PROMON, vinculam-se à presente lide em decorrência do proveito econômico que obtiveram com os contratos travados por meio de conluio ou, no mínimo, em decorrência de solidariedade com a ENGEVIX S/A, no âmbito dos consórcios firmados para execução dos contratos...', e, se não provadas condutas materiais que as vincule aos contratos fraudulentos, ainda assim '... devem ser condenadas apenas ao ressarcimento e não às penalidades decorrentes do ato de improbidade.'

Há, como se vê, um argumento principal e outro alternativo, sendo que o fundamento alternativo sequer estaria sustentado na eventual improbidade, pois, evidentemente, se indemonstradas condutas materiais que enquadrassem estas rés nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, não caberia, sob nenhuma ótica, a aplicação das penalidades do art. 12 da mesma Lei, a única penalidade que se pode aplicar a partir da ação de improbidade.

Quanto ao argumento principal, vê-se que as rés Skanska Brasil Ltda., Construtora Queiroz Galvão S/A, Niplan Engenharia S/A, NM Engenharia e Construções Ltda., e, finalmente, Promon Engenharia Ltda. foram apontadas como rés nesta ação de improbidade por integrarem Consórcios vencedores em Contratos celebrados com a Petrobras, mencionados em inicial.

A inicial, neste ponto, não se sustenta.

Disciplinados os consórcios pelo art. 278 e 279 da Lei 6.404/76, expressamente admitidos em licitações de vulto, nos termos do art. 33 da Lei 8.666/93 (ver Celso Antônio Bandeira de Mello, in *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed., p. 545) e correntemente utilizado no contratos que envolvem a indústria petroleira no Brasil (ver Alexandre Santos de Aragão, in *Os Joint Operating Agreements - JOAS no Direito do Petróleo Brasileiro e na Lex Mercatoria*, RT 910/105), tendo inclusive o art. 38 da Lei 9.478/97, que criou a Agência Nacional do Petróleo, dedicado especial atenção a essa modalidade de operação, vale emprestar o conceito de Modesto Carvalhosa, para quem o consórcio constitui '**... uma comunhão de interesses e de atividades que atende a específicos objetivos empresariais, que se originam nas sociedades consorciadas e delas se destacam...**' (Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, 4º vol, t. II, 2ª ed., p. 386).

Dispõe a Lei 6.404/76:

'Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão:

I - a designação do consórcio se houver;

II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;

III - a duração, endereço e foro;

IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;

V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;

VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;

VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;

VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.'

Já o art. 38 da Lei 9.478/97 dispõe:

'Art. 38. Quando permitida a participação de empresas em consórcio, o edital conterá as seguintes exigências:

I - comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição do consórcio, subscrito pelas consorciadas;

II - indicação da empresa líder, responsável pelo consórcio e pela condução das operações, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas;

III - apresentação, por parte de cada uma das empresas consorciadas, dos documentos exigidos para efeito de avaliação da qualificação técnica e econômico-financeira do consórcio;

IV - proibição de participação de uma mesma empresa em outro consórcio, ou isoladamente, na licitação de um mesmo bloco;

V - outorga de concessão ao consórcio vencedor da licitação condicionada ao registro do instrumento constitutivo do consórcio, na forma do disposto no parágrafo único do art. 279 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976.'

Inconteste ser formado o consórcio com fim instrumental para conjugação de esforços no atingimento dos fins de determinado empreendimento, na caso da licitação as responsabilidades do consórcio e, eventualmente, dos consorciados isoladamente, são de natureza eminentemente contratual.

Realmente, dispõe a Lei de Licitações e Contratos, Lei 8.666/93, no seu art. 33, V:

'Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (...)

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.'

E apenas nos limites desta obrigação contratual se pode cogitar da responsabilidade solidária dos consorciados, e isto porque, no cotejo dos dispositivos retro mencionados fica evidente que a garantia superlativa da responsabilidade solidária não pode se estender além dos contratos em razão do critério da especialidade (ver Maria Helena Diniz, in Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, 1994, p. 72), já que outra forma de responsabilidade solidária não se presume, como ressaí do § 1º do art. 278 da Lei 6.404/76 c/c art. 265 do Código Civil.

Não há qualquer espaço para imputar aos consorciados, apenas pelo fato de participarem do Consórcio, a responsabilidade solidária quanto aos atos que constituem improbidades, eis que a imputação aqui deve ser pessoal, inclusive porque, como bem ressaltaram os réus, inconteste a exigência do elemento subjetivo, ao menos no que importa com a improbidade do art. 10 da Lei 8.429/92, aqui em evidência.

Como defende Marcelo Harger (in A inexistência de Improbidade Administrativa na Modalidade Culposa, Interesse Público, nº 58/165), **'... Já se afirmou no presente trabalho que está ínsito na matriz constitucional da improbidade o elemento desonestidade. Isso significa dizer que inexiste improbidade culposa. Somente pode haver improbidade administrativa quando o agente tiver consciência ou assumir o risco de praticar uma conduta ímproba. Exige-se dolo. Essa constatação é bastante relevante, especialmente, em relação ao art. 10 da Lei de Improbidade. É que, partindo-se deste raciocínio, a expressão culposa prevista no referido artigo é inconstitucional e isso significa dizer que as hipóteses nele previstas dependem da ocorrência do dolo específico de causa lesão ao erário.'**

Tal postura vem ganhando eco na jurisprudência, sendo aqui relevante anotar o julgamento do Supremo Tribunal Federal na AP 409, de relatoria do Ministro Ayres Britto, onde constou:

'(...) a probidade administrativa é o mais importante conteúdo do princípio da moralidade pública. Donde o modo particularmente severo como a Constituição reage à violação dela, probidade administrativa, (...). É certo que esse regramento constitucional não tem a força de transformar em ilícitos penais práticas que eventualmente ofendam o cumprimento de deveres simplesmente administrativos. Daí porque a incidência da norma penal referida pelo Ministério Público está a depender da presença de um claro elemento subjetivo - a vontade livre e consciente (dolo) - de lesar o interesse público. Pois é assim que se garante a distinção, a meu sentir necessária, entre atos próprios do cotidiano político-administrativo (controlados, portanto, administrativa e judicialmente nas instâncias competentes) e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. E de outra forma não pode ser, sob pena de se transferir para a esfera penal a resolução de questões que envolvam a ineficiência, a incompetência gerencial e a responsabilidade político-administrativa. Questões que se resolvem no âmbito

das ações de improbidade administrativa, portanto.' (AP 409, voto do Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 13-5-2010, Plenário, DJE de 1º-7-2010).

Polêmica a questão, já é hora de proclamar que inexistente a figura do desonesto por acidente para o tipo de improbidade aqui imputada, ou seja, o imprudente, negligente ou imperito não é, por si só, ímprobo, nada obstante se possa a ele imputar deveres até de reposição de recursos para o erário.

Fábio Medina Osório, em artigo publicado em 09/12/2011 (site Consultor Jurídico), esclarece que referida Lei transformou-se '**... num autêntico Código Geral de Conduta para todos os agentes públicos brasileiros, com eficácia jurídica. As condutas proibidas vão desde a violação dos princípios da Administração Pública até a prática de ato diverso da regra de competência, bem como negar publicidade aos atos oficiais ou facilitar que terceiro se enriqueça ilicitamente. Pode-se dizer que uma das características centrais da referida lei é o uso abundante de cláusulas gerais, termos jurídicos indeterminados e princípios como técnicas abertas de enquadramento. Após o advento da Lei 8.429/1992 proliferaram as ações de improbidade, sendo um dos seus efeitos afletivos mais notáveis o abalo moral, causado pelo impacto das informações transmitidas pelos meios de comunicação social.**'

O autor, com a autoridade de quem há muito vem se dedicando ao tema (ver Do Princípio da Probidade Administrativa e de sua Máxima Efetivação, em LEXLI JSTJ/TRF's/96, vol. 85, p. 9), conclui seu pensamento: '**... Assim, sendo a tendência é fortalecer-se o caminho de combate às práticas de má gestão pública, o que é louvável e necessário, mas, simultaneamente, merecem proteção máxima os direitos dos acusados em geral, seja na órbita dos direitos difusos ou no campo dos direitos individuais. O que vai reduzir a impunidade, em nosso país, é a boa gestão do sistema punitivo e não a redução dos direitos fundamentais dos acusados ou investigados, cuja presunção de inocência há de ser salvaguardada.**'

Se por um lado no ordenamento jurídico brasileiro consagrou-se a possibilidade de punir os agentes públicos e terceiros pelos atos considerados ímprobos, por outro, em razão das cláusulas, termos jurídicos abertos contidos na Lei em questão, abre-se um leque de interpretações que geram o medo de que um erro qualquer por parte de quem faz parte da administração pública, seja passivo de ser interpretado como prática de má-fé, de desonestidade, de improbidade.

É o que Fábio Medina Osório alerta, no mesmo artigo citado acima, sobre a possibilidade do '**risco da Lei transformar ilegalidades em improbidades**'.

Ora, se a concentração empresarial em Consórcios é admitida pela Lei (ver Calixto Salomão Filho, in Direito Concorrencial: As Estruturas, Malheiros, 1998), e se para fins de improbidade inexistente a propalada responsabilidade solidária buscada pela União, a única conclusão possível é que deveria a autora ter imputado atos de improbidade a cada uma das empresas participantes do Consórcio.

Da atenta leitura da inicial, todavia, não se extrai uma única conduta de improbidade diretamente imputada a qualquer delas

Impõe-se rejeitar a inicial em relação às empresas réas Skanska Brasil Ltda., Niplan Engenharia S/A, NM Engenharia e Construções Ltda., e, finalmente, Promon Engenharia Ltda.

Quanto à empresa ré, Construtora Queiroz Galvão S/A, evidentemente também imperfeita a inicial ao não descrever conduta diretamente atribuível a esta empresa.

Mesmo que não se olvide que na inicial da ação 500.6628-92.2015.404.7000, em apenso, há apontamento de dirigente do 'Grupo Queiroz Galvão' como participante do que se convencionou chamar 'Clube', é fundamental considerar que a ação de improbidade em razão das propinas foi proposta contra Galvão Participações S/A e Galvão Engenharia S/A, como se nota da ação civil pública 500.6694-72.2015.404.7000.

Ora, não sendo a empresa Construtora Queiroz Galvão S/A incluída em outra ação de improbidade administrativa pelos fatos antecedentes que desembocaram no aqui apontado superfaturamento, restando então nesta ação a Construtora Queiroz Galvão S/A incluída no pólo passivo por simplesmente também participar de Consórcio relativamente a contrato descrito em inicial, também é o caso de pronta rejeição da inicial.

Rejeito a inicial em relação à Construtora Queiroz Galvão S/A.
(grifos no original)

Na hipótese em análise, verifica-se a existência de situação peculiar, na qual foram ajuizadas diversas ações criminais e ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, em decorrência dos desdobramentos da Operação Lava Jato, da Polícia Federal. Especificamente no que tange ao processo originário, trata-se de ação civil pública por meio da qual se busca apurar a prática de atos tidos como ímprobos pela parte autora.

De uma análise minudente do feito, em que pese as alegações deduzidas pela parte agravante, tenho que se impõe considerar que a mera participação em consórcio não impõe às empresas consorciadas a responsabilidade solidária em razão de atos tidos como ímprobos. Destaca-se que, com efeito, a responsabilidade solidária das empresas consorciadas é limitada pela obrigação assumida por meio do contrato celebrado entre os consorciados. Dessa forma, entendo que se afigura precipitado, neste momento, permitir a tramitação de uma ação de improbidade contra as empresas agravadas.

Ressalto que o conjunto probatório acostado ao processo de origem, assim como as transcrições da decisão proferida nos autos da ação de improbidade conexa (5006628-92.2015.404.7000, não contém qualquer indício da presença de elementos capazes de demonstrar a participação das empresas agravadas na formação de cartel com a finalidade de fraudar o caráter competitivo das obras da PETROBRAS, motivo pelo qual entendo que a autora da ação de origem não logrou levar ao Juízo a quo as provas necessárias ao recebimento da ação de improbidade no que se refere aos agravados.

De outro lado, os princípios que norteiam a aplicação das normas de direito material e processual, quando se encontram em conflito, devem ser objeto de ponderação. Assim, havendo dúvida quanto à intenção das empresas agravadas de contribuir para a perfectibilização do esquema criminoso investigado pela autoridade policial, na forma como estabelecida pelos elementos dos autos, deve ser afastada a incidência do princípio do in dubio pro societate, indicando a solução da questão por meio do acolhimento da dúvida em benefício dos réus.

Então, no que se refere às empresas agravadas, neste momento, parece-me que não há justa causa - emprestando um jargão de um conceito da área penal - para que tramite a ação de improbidade originária.

Registro que não se verifica, nos termos da fundamentação, qualquer nulidade, ilegalidade ou inconstitucionalidade na decisão que não recebeu a petição inicial em relação aos agravados.

Ante o exposto, indefiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Intimem-se. A parte agravada, para os fins do disposto no art. 1.019, II do CPC.

Apresentadas as contrarrazões ou decorrido o prazo, de-se vista ao Ministério Público Federal para, querendo, manifesta-se na condição de custos legis.

Após, retornem conclusos.

Não vejo razão para alterar o entendimento inicial, cuja fundamentação integro ao voto.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo de instrumento.

Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
Relator