



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Paraná
2ª Vara Federal de Curitiba

Avenida Anita Garibaldi, 888, 4º andar - Bairro: Ahú - CEP: 80540-180 - Fone: (41)3210-1742
- www.jfpr.jus.br - Email: prctb02@jfpr.jus.br

AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA Nº
5006675-66.2015.4.04.7000/PR

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: OAS S.A.

RÉU: MATEUS COUTINHO DE SA OLIVEIRA

RÉU: JOSE RICARDO NOGUEIRA BREGHIROLI

RÉU: JOSE ADELMARIO PINHEIRO FILHO

RÉU: JOÃO ALBERTO LAZZARI

RÉU: FERNANDO AUGUSTO STREMEL ANDRADE

RÉU: CONSTRUTORA OAS LTDA

RÉU: AGENOR FRANKLIN MAGALHAES MEDEIROS

RÉU: PAULO ROBERTO COSTA

RÉU: COESA ENGENHARIA LTDA.

DESPACHO/DECISÃO

Vistos, etc.

Ajuizou o Ministério Público Federal a presente ação civil pública por atos de improbidade, imputados aos epigrafados réus, para "... para *DECLARAR a existência de relação jurídica decorrente da subsunção das condutas dolosas de PAULO ROBERTO COSTA descritas nesta ação às hipóteses normativas dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, ressaltando-se não estar incluído no pedido a condenação deste réu nas sanções do artigo 12 da referida lei... seja o pedido julgado procedente para CONDENAR os réus OAS S/A, CONSTRUTORA OAS LTDA, COESA ENGENHARIA LTDA, JOSE ALDEMARIO PINHEIRO FILHO ("LEO PINHEIRO"), AGENOR FRANKLIN MAGALHAES MEDEIROS, FERNANDO AUGUSTO STREMEL ANDRADE, JOAO ALBERTO LAZZARI, MATEUS COUTINHO DE SA OLIVEIRA e JOSE RICARDO NOGUEIRA BREGHIROLI pela prática de ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA mediante CONDUCTAS DOLOSAS,*

com fundamento nos arts. 3º, 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92, com a conseqüente aplicação das sanções do art. 12, I, da Lei 8.429/92. Na hipótese de V. Exa. não entender pelo enriquecimento ilícito, requer a condenação nas sanções do art. 12, II ou III, da Lei 8.429/92...", além da aplicação das sanções de ressarcimento ao erário do valor de R\$ 70.623.709,93 e dos danos morais coletivos, considerada a responsabilidade solidária dos réus, e, finalmente, também a aplicação das sanções de proibição de contratar com o poder público e receber incentivos fiscais e creditícios em relação aos réus pessoas jurídicas.

Esclareceu derivar a presente ação da denominada "Operação Lava Jato", em curso nesta Justiça Federal, onde *"... foi comprovada a existência de um esquema controlado por diretores da sociedade de economia mista PETROLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS, por meio do qual empreiteiras cartelizadas contratadas para a execução de obras da empresa acordavam o pagamento de um percentual dos valores dos contratos como propina, em troca do beneplácito desses diretores a consecução de interesses das empreiteiras junto a PETROBRAS..."*, sendo que os recursos eram operados por agentes dedicados à lavagem de dinheiro a mando de diretores da Petrobrás e, em seguida, repartidos entre empregados da empresa, partidos políticos e agentes políticos.

Disse que Paulo Roberto Costa, foi conivente e omitiu-se quanto à verificação de *"... sobrepreço ocorrido em cada licitação e nos respectivos contratos celebrados pelas empreiteiras cartelizadas..."*, o que será objeto de futuras ações de improbidade, e que aqui se discute condutas relativas ao *"... recebimento de vantagens indevidas por Paulo Roberto Costa, pagas pelas empresas réus."*

Historiou a deflagração da "Operação Lava Jato", onde o *parquet* se deparou com supostos crimes contra a ordem econômica, corrupção e lavagem de dinheiro, inclusive envolvendo o "Grupo OAS" como participante de cartel com outras grandes empreiteiras, descrevendo o "esquema de pagamento de propina" decorrentes de contratações da Petrobras, a destinação das propinas, os percentuais envolvidos, a partir da Diretoria de Abastecimento, ocupada pelo primeiro réu, e ainda o mecanismo da lavagem de dinheiro.

Afirmou que *"... vários documentos, apreendidos na sede da empresa ENGEVIX, confirmam essa organização e dissimulação no cartel..."*, que funcionou entre 2004 e 2014, bem como que *"... coube a JOSE ALDEMARIO PINHEIRO FILHO ("LEO PINHEIRO"), AGENOR FRANKLIN MAGALHÃES MEDEIROS, FERNANDO AUGUSTO STREMEL ANDRADE, JOÃO ALBERTO LAZZARI, MATEUS COUTINHO DE SÁ OLIVEIRA e JOSÉ RICARDO NOGUEIRA BREGHIROLI, na condição de administradores e agentes da CONSTRUTORA OAS, efetuar a promessa e determinar o pagamento de vantagens indevidas correspondentes a 1% do valor do contrato... Diante de tal quadro, pode-se afirmar que, em todos os contratos abaixo descritos, a CONSTRUTORA OAS, por seus administradores e agentes*

JOSÉ ALDEMÁRIO PINHEIRO FILHO ("LÉO PINHEIRO"), AGENOR FRANKLIN MAGALHAES MEDEIROS, FERNANDO AUGUSTO STREMEL ANDRADE, JOÃO ALBERTO LAZZARI, MATEUS COUTINHO DE SÁ OLIVEIRA e JOSÉ RICARDO NOGUEIRA BREGHIROLI, após reunirem-se com os representantes das demais empreiteiras cartelizadas e definirem o vencedor do certame, comunicaram a PAULO ROBERTO COSTA e ALBERTO YOUSSEF tal circunstância, prometendo aquele, ou a pessoas por ele indicadas, vantagens indevidas que adviriam imediatamente após a celebração do contrato ou aditivos."

Remeteu aos contratos firmados com a Construtora OAS e apontou em, ao menos, R\$ 70.623.709,93 o montante de pagamentos de vantagens indevidas utilizando-se o esquema identificado na "Operação Lava Jato" e descritas com o suporte em contratos fraudulentos e emissão de "notas frias", principalmente, os quais também vieram descritos.

Imputou, a Paulo Roberto Costa, a prática da improbidade descrita no art. 9º, I, VII e X, art. 10 e art. 11 da Lei 8.429/92, pugnando pela aplicação das sanções do art. 12 do mesmo diploma.

Alegou que *"... o grupo constituído pela holding OAS S/A e suas empresas integrantes CONSTRUTORA OAS LTDA. e COESA ENGENHARIA LTDA. concorreram para a prática dos atos de improbidade administrativa e deles se beneficiaram, pois foram diretamente responsáveis por influenciar PAULO ROBERTO COSTA, Diretor de Abastecimento da Petrobras entre 2004 a abril de 2012, a receber propinas e a manter-se conivente com os interesses do grupo empresarial na PETROBRAS..."*, prosseguindo para sustentar que *"... além da própria pessoa jurídica, também devem sofrer as sanções do art. 12 da Lei 8.429/92 seus administradores que, de forma dolosa, praticaram atos ilegais em seu nome..."*, sendo que *"... José Adelmário Pinheiro Filho... na condição de Presidente da OAS, era, junto com Agenor Franklin Magalhães Medeiros, um dos contatos diretos de Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef... era, ainda, um dos responsáveis pela representação desta empresa no Cartel... Agenor Franklin Magalhães Medeiros, atualmente Diretor-Presidente da Área Internacional da Construtora OAS S.A era... um dos contatos diretos de Paulo Roberto Costa... era, ainda, um dos responsáveis pela representação desta empresa no Cartel... Fernando Augusto Stremel Andrade, sob a coordenação de José Adelmário e Agenor, era responsável pela assinatura de documentos ideologicamente falsos... José Alberto Lazzari... tinha a função de representar a OAS em contratos ideologicamente falsos... Mateus Coutinho de Sá Oliveira, como Diretor Financeiro da OAS, era responsável... pela liberação e operacionalização de pagamentos de vantagens indevidas pela OAS para agentes corrompidos... José Ricardo Nogueira Breghiolli: era um dos principais responsáveis por viabilizar pagamentos de vantagens indevidas..."*, sujeitos todos os réus, solidariamente, à sanção de ressarcimento ao erário.

Por último, sustentou o Ministério Público a competência da Justiça Federal da Seção do Paraná em face dos "danos difusos", com a aplicação do art. 2º da Lei 7.347/85, bem como a distribuição por dependência à ação de improbidade nº 500.6628-92.2015.404.7000.

Juntou documentos.

Voltou o autor a peticionar no EVENTO 7, tratando do tema da conexão.

É o relatório.

Decido.

Requerida a distribuição por dependência ao feito 500.6628-92.2015.404.7000, certo que na ação civil pública por improbidade não é a citação válida, conforme art. 219 do CPC, ou o primeiro despacho ou distribuição, conforme art. 263 do mesmo Código que definem a competência por deslocamento, senão que é, nos exatos termos do art. 17, § 5º, da Lei 8.429/92, a simples distribuição da ação que prevenirá, deixo marcado que a ação 500.6628-92.2015.404.7000, que cuidou dos atos de improbidade do "Grupo Engevix", foi a primeira proposta, distribuída às 10:42:48 do dia 20/02/15, sendo que a presente ação foi distribuída logo após, às 12:57:12.

Na referida ação declarei a competência da Justiça Federal de Curitiba, com os seguintes fundamentos:

"Inicialmente, cuidando-se de pressuposto processual da própria constituição, cumpre cuidar da competência da Justiça Federal, especialmente da Seção desta Capital, considerado como norte o art. 109 I da Constituição Federal e as Leis extravagantes aplicáveis, além das próprias peculiaridades fáticas do caso veiculado por meio da ação civil pública, tudo porque é a competência medida exata da jurisdição cometida ao órgão julgante, cumprindo decisivo papel na identificação do Juízo, que deve ser o "natural", impedindo ainda a mácula à independência e imparcialidade do Poder Judiciário, tal como impõe o regime constitucional pátrio.

Como ressei da inicial e dos documentos que a acompanha, não vem a presente ação civil pública precedida de inquérito civil público, senão que se abebera em outros procedimentos criminais, decorrendo, como disse o autor, dos "... desdobramentos cíveis das apurações realizadas no âmbito da Operação Lava Jato, relacionadas a crimes contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem econômica e contra a administração pública, além da lavagem de dinheiro e organização criminosa...", valendo ressaltar que tais procedimentos criminais tramitam perante a Justiça Federal de Curitiba, particularmente na Vara Especializada em Crimes de Lavagem de Dinheiro, como notório.

Considerada a ímpar gravidade dos fatos anunciados em inicial, sobretudo quando se os considera sob o ângulo da dimensão do prejuízo que se busca reparar, com projeções nas esferas administrativa, penal, cível e, até mesmo e eventualmente, política, é absolutamente fundamental, desde já, esclarecer quanto à natureza da presente ação de improbidade, proposta por meio da ação civil pública, tudo com o intuito de imprimir celeridade e segurança a todas as partes envolvidas sobre as questões processuais que envolvem a presente ação no que atina à competência, ao menos aquelas essenciais por ora.

Procedente então recordar que a ação de improbidade é de natureza civil, e não criminal, cuja matriz constitucional encontra-se no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, valendo citar a doutrina especializada que corrobora o entendimento, traduzida na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, segundo a qual “... a natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional está a indicar que a improbidade administrativa, embora posse ter conseqüências na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal (se for o caso) e na esfera administrativa (com a perda da função pública e a instauração de processo administrativo concomitante) caracteriza um ilícito de natureza civil e política, porque pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário.” (in Direito Administrativo, Atlas, 2000), além de Fábio Medina Osório, estudioso do tema e que alertou que “... o certo é que é inviável cogitar da idéia de que a Lei 8.429/92 necessita de processo criminal para aplicação de suas sanções, porquanto o próprio legislador, no âmbito de sua soberana discricionariedade, previu o veículo da ação civil de improbidade para imposição das conseqüências jurídicas decorrentes dos atos de improbidade administrativa.” (in Observações sobre a Improbidade dos Agentes Públicos à Luz da Lei 8.429/92, RT 740/96).

Na verdade, não discrepam os autores quanto ao ponto, valendo dizer que também o Tribunal Regional Federal da 1ª Região assim decidiu, como segue:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA MOVIDA CONTRA PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. LEI Nº 8.429/92. COMPETÊNCIA. PROVA TESTEMUNHAL. CABIMENTO. 1. A ação de improbidade administrativa cuidada na Lei nº 8.429/92 é ação civil, e, ainda que proposta contra o Procurador-Geral da República, deve ser processada e julgada na primeira instância, por não caber o deslocamento de foro para o Supremo Tribunal Federal sem expressa previsão constitucional. 2. Havendo necessidade da apuração de fatos relacionados às teses centrais da defesa, cuja análise deverá ocorrer por ocasião da sentença, afigura-se pertinente a produção de prova testemunhal requerida pela parte Ré. 3. Agravo de instrumento provido em parte." (AG

Se marcada a natureza político-administrativa da improbidade (v. Flávio Cheim Jorge, A Tutela da Probidade Administrativa: crime de responsabilidade ou ação civil de improbidade administrativa?, in RP 131/260), civil portanto, é de ver que a parcial correspondência da improbidade com hipóteses de crimes contra a administração, crimes comuns ou de infrações disciplinares passíveis de serem cometidas pelo servidor ou terceiro em nada prejudicam a apuração da improbidade, infração de matiz própria.

*Também superada a idéia de que o tipo criminal absorveria completamente o tipo infracional ou civil quando houvesse a identidade, pois ninguém desconhece que o princípio jurídico é exatamente o da independência das instâncias (vide Francisco Campos, in Direito Administrativo, Freitas Bastos, 1958, vol, II, p. 367 e seg.; a decisão do STF no MS 20.987-9/DF, RT 652/210; decisão do STF no MS 21.113-0/DF, RT 679/222), o que só encontra temperamento diante de previsão legal expressa em sentido contrário ou diante da lógica construída a partir da jurisprudência pátria que encontra norte na Corte Suprema quando esta afirma reiteradamente que **"... a absolvição criminal só importaria anulação do ato demissório se tivesse ficado provada, na ação penal, a inexistência do fato, ou que o acusado não fora o autor."** (MS nº 20.814, rel. Min. Aldir Passarinho. Pleno, j. em 22/03/91, in RDA 183/77).*

*Há muito Hely Lopes Meirelles sustenta que **"... a absolvição criminal só afasta a responsabilização administrativa e civil quando ficar decidida a inexistência do fato ou a não autoria imputada ao funcionário, dada a independência das três jurisdições. A absolvição na ação penal, por falta de provas ou ausência de dolo, não exclui a culpa administrativa e civil ..."**, e, ainda assim, desde que se cuidasse exatamente do mesmo fato, pois a completa identidade entre o tipo infracional administrativo e o tipo penal é pressuposto lógico da repercussão entre as instâncias administrativa e penal.*

*O Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Ap. 253.816-5/3-00, publicada na RT 843/242, foi categórico em dizer, pelo seu relator, que **"... tratando-se de sentença penal absolutória de imputação de crime funcional, tem-se admitido a persistência do poder punitivo disciplinar pelo chamado 'resíduo administrativo', isto é, aquele que ao Juízo Criminal não cabia apurar. É o que vem sumulado nos termos seguintes: 'pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo Juízo Criminal, admissível a punição administrativa do servidor público.' (n. 18)."**, lição totalmente amoldada ao tipo de improbidade que resulta dos arts. 9º ao 11 da Lei 8.429/92.*

Como ensinou Nelson Hungria, há muito, em artigo clássico, não há distinção ontológica entre o ilícito civil e o ilícito penal.

O trecho, sempre atual e inspirador, ensina que "... assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência e oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. A única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau; está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. Pretender justificar um discrimine pela diversidade qualitativa ou essencial entre ambos, será persistir no que Kukula justamente chama de 'estéril especulação'. A identidade essencial entre o delito administrativo e o delito penal é atestada pelo próprio fato histórico, aliás reconhecido por Goldschmidt, de que 'existem poucos delitos penais que não tenham passado pelo estágio do delito administrativo'. Entre nós, não há razão alguma para rejeitar-se o sistema de subordinação da ação disciplinar à ação penal." (Ilícito Administrativo e Ilícito Penal, in RDA Seleção Histórica 1945/1995).

Na verdade, pletora normativos a pretexto de cuidar da moralidade administrativa de que cuida o art. 37 da Constituição Federal, tudo com o fim de prevenir e punir as condutas-limite e que afrontem a moralidade pública, por certo que distinta da moral individual, como ensinou Maurice Hauriou, tudo no intuito de fixar no país os princípios republicanos tão decantados e que, ao longo da história nacional, pode-se afirmar que tão olvidados também (confira-se Raymundo Faoro, in Os Donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro, ed. Globo, 3ª ed. 2001).

Aliás, Maurice Hauriou, no seu Précis Elémentaires de Droit Administratif, Paris, 1926, p. 197, doutrina que "... o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto, não podendo desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.

Certo que a controvérsia em torno da ética é, antes de tudo filosófica, não há dúvida que a adoção dos princípios da moralidade administrativa na Constituição brasileira, especialmente pela previsão de sanção ao ato de improbidade no art. 37, § 4º, não poderia importar no mero esvaziamento das demais instâncias de reparação, sejam administrativas ou penais.

É lugar comum afirmar que a responsabilização civil, penal e administrativa são independentes, com a aplicação autônoma das sanções respectivas, tudo atento à finalidade de cada uma delas, ou, em última instância, o bem jurídico que protegem.

Assim, inclusive o fato de eventualmente haver decisões na esfera administrativa, ou até mesmo penal, não afasta a aplicação da sanção por reconhecimento do ato de improbidade na hipótese de procedência da ação civil pública, eis que aqui não se está a operar a partir do exercício do poder de polícia da administração ou do poder de repressão criminal, mas sim a partir da vontade constitucional de afastar e punir apenas o agente ímprobo, na larga conceituação que conferiu ao termo o art. 3º da Lei 8.429/92, buscando a garantia de padrões éticos mínimos dos agentes públicos ou terceiros gestores da coisa pública, ou ainda, terceiros que concorram ou se beneficiem do ato de improbidade.

O Supremo Tribunal Federal já teve ocasião de se manifestar pela independência das esferas no caso de imputação de improbidade administrativa, nos termos da decisão no RO em MS 24.293-4, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 28/10/05, 1ª T. Unânime (RT 845/170).

Também o Superior Tribunal de Justiça:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREFEITO MUNICIPAL. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL. SANÇÕES. NATUREZA JURÍDICA. LEI Nº 8.429/92. COMPETÊNCIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. - Os atos de improbidade administrativa definidas nos arts. 9, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92, acarretam a imposição de sanções previstas no art. 12, do mesmo diploma legal, às quais são aplicadas independentemente das sanções penais, civis e administrativas. - Tais sanções, embora não tenham natureza penal, revelam-se de suma gravidade, pois importam em perda de bens e de função pública, ou em pagamento de multa e suspensão de direitos políticos, todos aplicados no âmbito de uma ação civil...” (RESP 199700705102, VICENTE LEAL, STJ - SEXTA TURMA, DJ DATA:05/04/1999 PG:00156 JSTJ VOL.:00005 PG:00419)

Deve-se ter em conta que os réus respondem pessoalmente pela improbidade e que o que busca a Lei 8.429/92 é exatamente a responsabilização pessoal.

A finalidade da sanção é, então, a proteção do ente público, o qual, pelo art. 17, § 3º, poderá compor a lide como litisconsorte, daí que a improbidade é infração especial e que sujeita o agente também às penalidades especiais.

Aliás, a despeito de haver quem defenda que "... não há como se obrigar, no sistema processual brasileiro, a formação de litisconsórcio ativo. Daí, quando o § 3º do art. 17 afirmar que a pessoa jurídica interessada deve integrar o pólo ativo da ação, na qualidade de litisconsorte, estar dizendo que poderá assim fazê-lo, oportunidade da qual se deduz, aqui sim, a obrigatoriedade de sua intimação para o respectivo exercício do direito, se quiser...” (Ernane Fidelis dos Santos, Aspectos Processuais da Lei de Improbidade Administrativa, in Improbidade Administrativa - 10 Anos, org. José Adércio Leite Sampaio e

outros, ed. Del Rey 2002, p. 107), opinião que me parece corrente e predominante, também é de dizer que há precedente no sentido de que **"... é indispensável a presença no pólo ativo da relação processual do ente público titular da pretensão que sofrerá os efeitos previstos no art. 472 do CPC. O litisconsórcio, no caso, é necessário. Recurso Improvido."** (TJSP AI 540.348-5/4m rel. Des. Walter Swensson, j. em 4/12/06, in RT 859/245).

A verdade é que há ampla autonomia do Ministério Público Federal para formar seu juízo, que, e essa é presunção legal, é realizado com a liberdade ínsita, eis que são seus membros revestidos de garantias para tanto, e, optando o parquet pela propositura da ação de improbidade contra Paulo Roberto Costa, na qualidade de ex-Diretor de Abastecimento da Petrobras, agente público ocupante de função de confiança, portanto, também o fez contra os demais réus concorrentes e beneficiários nas ações perpetradas no "esquema de pagamento de propina" decorrentes de contratações da Petrobrás e encetadas com o "Grupo Engevix".

*E teve suas razões para fazê-lo, pois, sendo seu o ônus de prova (v. Teori Albino Zavascki, Processo Coletivo, ed. RT, 2006, p. 116) e considerando que a compartimentalização de um modo particular de proceder identificável e atribuível a um grupo importa a evidente possibilidade de apurá-los conjuntamente a partir dos contratos celebrados pelo grupo, também é verdade que já é construção jurisprudencial segura que **"... não figurando no pólo passivo qualquer agente público, não há como o particular figurar sozinho como réu em ação de improbidade administrativa. Nesse quadro legal, não se abre ao Parquet a via da Lei da Improbidade Administrativa. Resta-lhe, diante dos fortes indícios de fraude nos negócios jurídicos da empresa com a Administração Federal, ingressar com a ação civil pública comum, visando ao ressarcimento dos eventuais prejuízos causados ao patrimônio público"** (STJ RESP 1.155.992, RSDA 57/117), inteligência também do precedente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região na AC 2006.39.03.001107-7/PA, rel. Des. Tourinho Neto, publicado na RT 879/399, precedente importante e com citação de profícua doutrina.*

O fato é que, havendo diversos réus na presente ação civil pública por improbidade, perfeitamente cabível, não se fixa aqui a competência tal como se a fixa na ação penal, cujas regras próprias estão consolidadas nos arts. 69 e seguintes do Código de Processo Penal e que buscam preservar, na máxima potência, o princípio do Juiz Natural, senão que se a fixa a partir do art. 2º da Lei 7.347/85, no caso combinada com o art. 109 da Constituição Federal.

A doutrina especializada não discrepa.

*José Antônio Lisboa Neiva esclarece que **"... a Lei nº 8.429/1992 não tem regra específica a respeito desse tema, razão pela qual é aplicável o art. 2º da Lei nº 7.347/1985. A ação de improbidade administrativa, como mencionado alhures, tem natureza de ação***

coletiva, e as Leis nº 7.347/1985 e 8.078/1990 são aplicáveis subsidiariamente a todas as modalidades de ação coletiva sem disciplina específica. Dessa forma, a ação deve ser ajuizada no local onde ocorreu ou deveria ocorrer o evento danoso, abrangendo, inclusive, as situações nas quais inexistente dano ao erário (art. 21, I), a justificar a propositura da demanda na localidade onde foi realizada a conduta que agride a probidade." (Improbidade Administrativa. Legislação Comentada Artigo por Artigo, 3ª ed. p. 232).

Também Aluizio Bezerra Filho sustenta que "... a Lei que versa sobre ação civil pública, fonte subsidiária das demandas de improbidade administrativa, estabelece a competência territorial do foro local onde ocorreu o dano para a sua proposição judicial, processamento e julgamento (art. 2º)." (Atos de Improbidade Administrativa. Lei 8.429/92 Anotada e Comentada, 2012, p. 332), opinião compartilhada por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (Improbidade Administrativa, 6ª ed. p. 830) e com eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que já teve a oportunidade de decidir:

"Não há na Lei 8.429/92 regramento específico acerca da competência territorial para processar e julgar as ações de improbidade. Diante de tal omissão, tem-se aplicado, por analogia, o art. 2º da Lei 7.347/85, ante a relação de mútua complementariedade entre os feitos exercitáveis em âmbito coletivo, autorizando-se que a norma de integração seja obtida no âmbito do microssistema processual da tutela coletiva." (precedente citado por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, na obra referida, p. 831)

Sendo absoluta a competência resultante do art. 2º da Lei 7.347/85, é preciso notar que o caso traz particularidade evidente, eis que com razão o Ministério Público Federal ao sustentar que o "esquema de propina", com benefícios resultantes aos partícipes, observou-se em vários contratos e espraiou-se por vários Estados da Federação, permitindo chegar aos assombrosos valores pleiteados à guisa de ressarcimento.

Além do mais, também esclareceu o autor que há réu escolhido mediante processo de indicação política da cúpula dos poderes da República, e, acrescento eu, se os meros interesses econômicos da União não seriam suficientes, por si sós, a amparar a sua participação no presente feito, é cediço que a responsabilidade da União quanto à sociedade de economia mista integrante de sua administração indireta é subsidiária.

Além disso, novamente demonstrou o autor que houve, recentemente, abertura de créditos suplementares da União e dirigidos à estatal com o fim de complementar despesas que, pela lógica da acusação inicial, foram originadas exatamente das ações de improbidade.

Não se desconhece a existência de precedentes no sentido de que "... não é a Justiça Federal competente para conhecer e julgar ação de improbidade intentada para proteção de patrimônio afetado à sociedade de economia mista..." (TRF 1ª Região, AC 2006.36.02.001343-3, rel. Des. Tourinho Neto, DJU de 24/11/06, p. 53) e o entendimento de Aluizio Bezerra Filho no sentido de que "... quando, porém, versar matéria de improbidade administrativa relacionada à sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado, o Ministério Público Federal carece de legitimidade ativa para o patrocínio da demanda por não abordar a tutela que envolva patrimônio público nacional, social e cultural brasileiro, ou mesmo, interesses de população indígena, nos termos dos arts. 5º e 37, II, da LC 75/93." (op. cit. p. 333), contrastados com os precedentes do Superior Tribunal de Justiça trazidos já com a inicial, especialmente o contido no RESP 1.249.118/ES.

Ocorre que, para o caso, a decisão do RESP 1.249.118/ES, conferindo à Justiça Federal a competência para o processamento da ação civil pública por improbidade praticado em prejuízo da sociedade de economia mista merece ser totalmente prestigiada, pois o contexto fático é claro ao demonstrar que o gigantesco prejuízo anunciado compromete também os recursos da União, que, sócia majoritária, também vem sendo acionada nas Cortes Internacionais em razão das falhas na sua condição de controladora da sociedade de economia mista.

As repercussões das improbidades anunciadas em inicial, se confirmadas, são mesmo incontestes em relação à União, e, se o art. 17, § 3º, da Lei 8.429/92 comanda a aplicação do art. 6º § 3º da Lei 4.717/65, devendo-se intimar a sociedade de economia mista para se posicionar, ou não, na qualidade de litisconsorte ativa, penso que a presente ação continuaria a afetar a União mesmo no eventual caso de recusa do ente em atuar.

As repercussões dos atos de improbidade descritos em inicial suplantam o interesse econômico da União, afetando o ente em tantas e insuspeitadas frentes que aqui a competência da Justiça Federal, observado o art. 109, I, da Constituição Federal, se evidencia.

E, competente a Justiça Federal, demonstrado que os atos de improbidade transcendem esta Jurisdição, bem como demonstrado que a ação de improbidade é decorrência das apurações havidas nas várias ações criminais que tramitam no Juízo de Curitiba, tenho que tal particularidade também impõe o reconhecimento da Justiça Federal da Seção Judiciária de Curitiba."

Firmada a competência do Juízo, como demonstrado, distribuída a primeira ação para a 2ª Vara Federal de Curitiba, é preciso notar que a Seção Judiciária desta Capital conta com diversos Juízos, e, como ensina José Frederico Marques, **"... existindo competência cumulativa de diversos juízos, a distribuição determinará hic et nunc a competência de cada um: é a competência por distribuição."** (Manual de Direito Processual Civil, 1º vol. 13ª ed. p. 226).

Resguarda a distribuição, que ocorre por sorteio, aleatoriamente, portanto, a total imparcialidade do órgão judicante, merecendo prestígio sempre que não houver qualquer causa de modificação da competência.

A distribuição pretendida pelo Ministério Público Federal está ancorada na possível existência de conexão, que, conforme o art. 102 do Código de Processo Civil, é causa de modificação ou prorrogação da competência.

Assim, apenas após firmada a competência para o julgamento da ação 500.6628-92.2015.404.7000 neste Juízo é que se pode, tecnicamente, debruçar-se sobre o tema da modificação da competência, por conexão, com o afastamento da natural distribuição da presente ação fora do crivo da livre distribuição, como é a regra a rigor.

Ocorre que a distribuição da presente ação civil pública por prevenção a partir da conexão é tema controverso, desafiando a solução a partir do caso concreto.

Como adverte João Batista Lopes, no artigo A Conexão e os Arts. 103 e 105 do CPC, RT 707/33, *"o instituto da conexão (rectius, conexidade) tem sido permanente desafio aos processualistas, que se esforçam em encontrar um conceito preciso e abrangente idôneo a resolver todos os problemas e imune às críticas dos estudiosos."* A partir da constatação quanto à tormentosa questão da conexão, registro desde já que, ao contrário de diversos processualistas, ainda que elástica a redação do artigo 105 do CPC, não há, em princípio, margem para tratar de poder discricionário do Juiz ao acolher ou desacolher qualquer conexão ou continência, certo que já decidiu o STF pela existência de margem de discricionariedade (RTJ 104/700), como vem fazendo grande parte da doutrina.

Trata-se de juízo técnico-jurídico, todavia, mesmo nos casos em que exista certa margem de discricion, sob pena de inaugurar-se odioso "voluntarismo judicial" na escolha dos casos a julgar.

Tal conclusão lastreia-se na simples constatação de que não pode, por exemplo, o Juízo *ad quem* reformar decisão judicial ao argumento de que sua decisão é mais conveniente e oportuna do que a decisão do Juízo *a quo*, já que poderá fazê-lo unicamente para dizer que sua decisão é imposição do ordenamento jurídico como **única** solução para o caso concreto.

Pode-se objetar que há margem para discricionariedade judicial no que implicar na interpretação de normas processuais, em detrimento das normas de direito material.

É evidente que o Juiz, na direção do feito, com inspiração da regra do artigo 125 do CPC, poderá elastecer prazos, determinar outras provas (art. 130 do CPC), dentre outras hipóteses de discricionariedade

processual, motivada pela necessidade de direção do processo, contudo, há casos em que tal margem inexistente, por implicar em possível afronta a princípios de natureza constitucional.

Assim é que a Constituição Federal, em seu artigo 5º XXXVII e LIII consagra o princípio do Juiz Natural, regra ordinarizada nos artigos 251 e 252 do CPC, ao tornar cogente a livre distribuição, tudo no sentido de evitar-se a burla àquele princípio onde houver mais de um Juiz no exercício de mesma competência, o que é rigorosamente o caso.

Assim, ou existe ou inexistente conexão, mas existe ou não a partir dos fundamentos e objeto, e não por outras razões de oportunidade.

Por isso que, mesmo quando a doutrina admite a existência de margem de discricionariedade para a verificação da conexão, não o faz para afastar a sua existência, senão que o faz exatamente para permitir que, onde haja conexão ou continência, se reúna os feitos, nos exatos termos do art. 105 do Código de Processo Civil, senão vejamos:

"Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente."

Toda a celeuma, parece, concentra-se no vocábulo "pode", lido pela doutrina como "deve", porém, para se chegar à aplicação da segunda parte do dispositivo, ou seja, a discricionária reunião dos feitos, que poderia não ocorrer caso um dos feitos tivesse em adiantado estado de instrução, por exemplo, o pressuposto é a existência de conexão ou continência.

Ou seja, só tem sentido perquirir sobre a pouca margem de discricionariedade judicial na reunião de feitos distintos desde que existe, de fato, a conexão ou continência.

É neste sentido que se deve interpretar o entendimento de Nelson Nery Júnior, quando alerta que *"... sendo a conexão matéria de ordem pública, o juiz é obrigado a determinar a reunião de ações conexas para julgamento, nada obstante esteja consignado na norma ora comentada que o juiz 'pode ordenar'. O magistrado não pode examinar a conveniência ou oportunidade da reunião, pois o art. 105, CPC é cogente: o juiz tem o dever legal, de ofício, de reunir as ações conexas para julgamento em conjunto."* (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 7ª ed. p. 505), assim, mesmo para os que entendem que nenhuma margem há para recusar a reunião de ações, fica evidente que só se pode cogitar desta vinculação na hipótese da existência dos pressupostos, quais sejam, a conexão e a continência.

Partir de entendimento contrário abriria a perigosa prática, divorciada totalmente da técnica jurídica, de atribuir ao Juiz poderes que ele não tem.

É verdade que o Superior Tribunal de Justiça tem proclamado, em diversos precedentes, que: **"conexas as causas, é recomendável em linha de princípio, a sua reunião para julgamento conjunto, competindo ao prudente arbítrio do juiz aferir a sua conveniência."** (AgRAgA 446.831/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 19.11.2002, DJU de 19/12/02, publicado na RT 628/124), e tal entendimento apenas vem a confirmar que a conexão é pressuposto inafastável da seguinte decisão de reunião de feitos.

O que se deve ter como guia, no tema, é que a conexão é imperativa toda vez que dupla decisão puder traduzir grave contradição com a anterior, ou, na lição de Carnelutti, toda vez que a causa reclamar soluções comuns ou idênticas, não contraditórias.

É intuitivo então que se resolvem as questões de conexão sob a ótica da prejudicialidade, colocando em aspecto secundário a obtenção da economia processual.

É o que ensina a doutrina ao, focando a mesma relação de direito material, buscar como conseqüência a **"... garantia de julgamentos uniformes e a economia processual... há conexão quando dois processos discutam relações jurídicas distintas, mas que estejam vinculadas (por prejudicialidade ou preliminaridade..."** (Fredie Didier Júnior, Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 9ª ed., p. 134/135), **"... examinar a conveniência da reunião, tendo em conta os objetivos a que se destinam a conexão ou a continência - evitar decisões conflitantes e privilegiar a economia processual - ..."** (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Processo de Conhecimento, 7ª ed., p. 50/51), ou seja, garantir ao sistema não conviver com o risco de **"... decisões inconciliáveis... diz-se, também, que são conexas duas ou mais ações quando, em sendo julgadas separadamente, podem gerar decisões inconciliáveis sob o ângulo lógico e prático."** (Luiz Fux, Curso de Direito Processual Civil, 3ª ed. p. 188/189).

Também a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça marca a importância da efetiva existência do risco de decisões contraditórias a partir da prejudicialidade de um feito em relação a outro (ver RESP 1.126.639/SE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, in RT 914/555), sendo digna de menção a importante decisão proferida por este Tribunal no CC 19.686/DF, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU de 17/11/97, publicado na RT 750/123, onde atento ao sistema processual das ações coletivas, especialmente a partir do art. 5º, § 3º, da Lei 4.717/65 c/c art. 103 do Código de Processo Civil, novamente se fixou que **"... a reunião dos processos não têm maior utilidade, à míngua do risco de decisões contraditórias."**

Este é o norte e a verdadeira finalidade da prorrogação da competência por conexão, e não outro, de conveniência do autor, dos réus ou do Juízo, eventualmente.

Importa, a partir deste norte, investigar a legislação de regência.

Dispõe o art. 103 do Código de Processo Civil:

"Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir."

Tal dispositivo, aplicável à generalidade dos casos e, inicialmente também à ação civil pública por força do art. 19 da Lei 7.347/85, sofre modificação a partir da Medida Provisória 1.984, com projeção na última Medida Provisória que cuidou do tema, de nº 2.180-35/01, ainda vigente por força da EC 32/02, e que deu ao art. 17, § 5º, da Lei 8.429/92 a seguinte redação:

"§ 5º A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto."

Os dispositivos merecem ser contrastados para extrair-lhes a correta interpretação.

O art. 103 do Código de Processo Civil cogitou da conexão quando comum o objeto ou a causa de pedir, enquanto o art. 17, § 5º, da Lei 8.429/92 disse da conexão quando a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

Ora, não há, rigorosamente, diferença ontológica entre as expressões "comum o objeto" e "mesmo objeto", ou ainda entre as expressões "causa de pedir" e "mesma causa de pedir".

A única palpável diferença entre os dispositivos ora cotejados está em que o art. 17, § 5º, definitivamente, solve a velha questão quanto ao ato essencial à prevenção, que não mais se confundirá com a citação válida, como dispõe o art. 219 do Código de Processo Civil, ou com o despacho ou distribuição, como dispõe o art. 263 do Código de Processo Civil, senão que, na ação de improbidade, verificada a conexão a prevenção se dá no Juízo onde primeiro proposta a ação, ou seja, onde primeiro protocolada.

O tema é absolutamente relevante, sendo que, comentando o aludido art. 17, § 5º, da Lei 8.429/92, Ernane Fidélis dos Santos ensina que **"... dá-se a prevenção de competência para outras ações propostas posteriormente com a mesma causa de pedir e o mesmo objeto (§ 5º do art. 17, com redação da mesma MP), dentro dos princípios próprios da conexão..."** (op. cit. p. 116)

Atento aos inumeráveis questionamentos quanto à interpretação do dispositivo, há o trabalho que revela o esforço exegético de Cássio Scarpinella Bueno (Conexão e Continência entre Ações de Improbidade Administrativa - Lei 8.429, de 1992, art. 17, § 5º - publicado

na obra *Improbidade Administrativa. Questões Polêmicas e Atuais*, Malheiros Editores, coord. Cássio Scarpinella Bueno e Outro), onde o autor, após identificar que "*... o novel dispositivo limita-se a descrever o que o art. 103 do Código de Processo Civil denomina de conexão...*", prossegue para encontrar justificativas à sua conclusão de que o art. 17, § 5º, da Lei 8.429/92 "*... significa algo novo, algo distinto daquilo que já consta do Código de Processo Civil quanto ao regime da conexão e da continência de causas...*", algo que transporta para a ação civil pública de improbidade um regime de conexão próximo às demais ações coletivas, que devem concentrar em um único Juízo o julgamento de todas as demais.

Malgrado o esforço, é importante notar que mesmo nas demais ações coletivas, é de se cogitar sobre a existência da conexão.

Ora, não é o fato de determinada ação coletiva discutir determinado aspecto que resguarde o patrimônio público em relação a determinado ente público que torna o Juiz a quem distribuído o primeiro feito espécie de Juiz Natural de todos os demais feitos opostos em relação, ou em prejuízo, àquele ente.

Seria rematado absurdo conviver, na seara cível, com o "Juízo Natural da Petrobras", por exemplo, sendo que a isso a exegese a respeito da conexão de ações coletivas jamais chegou ou propugnou, seja a doutrina, seja a jurisprudência.

Tais conclusões, tomadas a partir do sistema processual cível, nenhuma repercussão têm sobre a competência criminal, que, no caso da conexão, se firma inclusive pela unidade da prova, ou pela conveniência da prova, nos exatos termos do art. 76, III, do Código de Processo Penal, como segue:

"Art. 76. A competência será determinada pela conexão:
(...)

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração."

Ora, não se encontra comando similar na Lei processual civil, seja o Código adjetivo, seja nas Leis extravagantes pertinentes.

Realmente, basta breve consulta à jurisprudência, em especial do Superior Tribunal de Justiça, para se constatar que a "conexão probatória" (confira-se HC 116.926/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, RT 934/468), ou a "unificação da investigação do processamento judicial" (HC 132.138/MT, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, RT 920/716) é suficiente para, naquela seara, reunir os feitos ante as regras próprias.

Na ação civil pública nada disso ocorre.

Se, como visto a ação de improbidade difere substancialmente da ação penal, não se cogitando da aplicação analógica do art. 76, III, do Código de Processo Penal à ação regida pela Lei 8.429/92, tenho que é de rigor apreciar os elementos de conexão tais como colocados no art. 17, § 5º, da Lei 8.429/92 c/c art. 103 do Código de Processo Civil.

E, agora atento aos fatos descritos na inicial, o primeiro ponto a se compreender é que são os fatos complexos, envolvendo o pagamento de propinas obtidas por cartéis de empresas mediante o favorecimento dessas empresas a partir do sobrepreço em licitações que oportunizava o pagamento de vantagens indevidas, pelo réu agente público e por todos os demais agentes, ou seja, no que se convencionou chamar "esquema de pagamento de propina"

A verdade é que a presente ação civil pública apresenta, em relação à anterior ação civil pública nº 500.6628-92.2015.404.7000, dois pontos de identidade, quais sejam: a presença, como réu, do agente público Paulo Roberto Costa e a descrição de improbidades praticadas por várias empresas, em verdadeira formação de cartel, cujo ajuste de condutas era adremente preparadas no que também se convencionou chamar "clube".

Nada mais.

No que respeita à formação de cartel, toda a descrição da inicial, que supostamente importaria na conexão das ações, na verdade se confunde com "verdadeiros atos preparatórios" das condutas de improbidade, sequer puníveis criminalmente, ao menos em primeira vista, daí porque não se vê qualquer conduta, ainda que em tese, enquadrável nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, não se prestando esse elemento à conexão.

Quanto ao agente público, também não se vê aqui o elemento de conexão.

Conforme a descrição da inicial, apenas o *modus procedendi* do agente era o mesmo em relação a todas as empresas, mas é perfeitamente distinguível sua participação nos contratos da "Construtora OAS", discriminados na inicial, e nos "contratos fraudulentos ou notas frias", seja apenas como partícipe da distribuição de montantes indevidos, seja mesmo na lavagem direta por meio da empresa Costa Global.

A improbidade imputada aos réus não está, então, nos atos preparatórios, mas sim nas propinas e demais desvios praticados por ocasião dos contratos licitados ou fraudados, e, indubitavelmente, cada grupo de empresas celebrou contratos próprios que geraram desvios de recursos também próprios.

Se não há a conexão na ação civil pública a partir da unidade da prova, também não há pela identidade do *modus procedendi*, pois, a ser assim, intuitivo que como se repetem procedimentos de improbidade, e o atual não é sequer desconhecido, seria competente para todas as ações civis públicas por improbidade o primeiro Juízo a quem fosse distribuída uma das ações.

Não há prejudicialidade entre a presente ação e a primeira distribuída, pois a improbidade apontada decorreria de cada um dos contratos celebrados por cada "grupo de construtoras", e, diversamente do que entende o Ministério Público Federal, não está a impor o mesmo desfecho.

É absolutamente natural que o autor obtenha a condenação dos réus em uma das ações de improbidade e não a obtenha em outras.

Ademais, a situação dos réus será, seguramente, bastante distinta em cada uma das ações.

Veja-se que, ao menos em princípio e apesar da regra do art. 17, § 1º da Lei 8.429/92, que veda conciliação em tais ações, há a defesa da aplicação de institutos tais como o acordo de leniência, também nas ações judiciais cíveis de improbidade (confira-se Bruno Takahashi, A Solução Consensual de Controvérsias e o art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, in RT 927/24), argumento que encontra o reforço da recente Lei 12.846/13, batizada "Lei Anticorrupção", que expressamente admite o acordo no seu art. 16, § 1º, já havendo manifestações doutrinária para a sua extensão às ações de improbidade (ver Estudo Comparativo entre as Leis 8.429/1992 e a 12.846/2013, de Márcio Fernando Elias rosa e Wallace Paiva Martins Júnior, in RT 947/295).

A diferença na situação dos réus de improbidade mais se evidenciará se, anunciada pelo autor na presente inicial a futura proposição de outras ações decorrentes da "Operação Lava Jato", vierem a ser denunciados também outros agentes com a prerrogativa de foro, quando então se terá de discutir, e, eventualmente desmembrar, as ações civis públicas movidas contra tais agentes.

Enfim, simplesmente não existe, no caso, a anunciada prejudicialidade, e, portanto, a conexão entre as ações, ao menos tecnicamente.

Compreende-se a preocupação do autor com a racionalidade e economia processual virtualmente, e não concretamente, resultante da reunião das ações no mesmo Juízo, porém, não se pode, a partir unicamente da conveniência, acolher a conexão.

Apenas havendo os elementos pertinentes, basicamente traduzidos na prejudicialidade, se acolhe a conexão como causa de modificação ou prorrogação da competência.

Sendo o feito livremente distribuído, caberá ao Juízo sorteado redecidir, ao seu alvedrio, a partir das convicções jurídicas próprias, o reexame dos temas da competência e da sua modificação, e, se remetido o feito novamente a este Juízo, como pretende o autor, oportunizar-se-á novo reexame para a eventual provocação do conflito de competência.

Ante o exposto, determino a livre distribuição.

Intimem-se.

Documento eletrônico assinado por **CLAUDIO ROBERTO DA SILVA, Juiz Federal Substituto**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **700000403338v2** e do código CRC **53a7e0b3**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): CLAUDIO ROBERTO DA SILVA

Data e Hora: 26/02/2015 17:44:41

5006675-66.2015.4.04.7000

700000403338 .V2 TTM© TTM