



Número: **0020156-81.2004.4.03.6100**

Classe: **AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Órgão julgador: **10ª Vara Cível Federal de São Paulo**

Última distribuição : **20/07/2004**

Valor da causa: **R\$ 40.853.866,65**

Assuntos: **Improbidade Administrativa**

Objeto do processo: **META 2**

META 4

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP (AUTOR)	
LUIZ CARLOS MENDONCA DE BARROS (REU)	SAMUEL MAC DOWELL DE FIGUEIREDO (ADVOGADO) DANIELA DE OLIVEIRA TOURINHO (ADVOGADO)
JOSE PIO BORGES DE CASTRO FILHO (REU)	SAMUEL MAC DOWELL DE FIGUEIREDO (ADVOGADO) DANIELA DE OLIVEIRA TOURINHO (ADVOGADO)
ANDREA SANDRO CALABI (REU)	RONALDO EDUARDO CRAMER VEIGA (ADVOGADO)
JOSE MAURO METTRAU CARNEIRO DA CUNHA (REU)	SAMUEL MAC DOWELL DE FIGUEIREDO (ADVOGADO) DANIELA DE OLIVEIRA TOURINHO (ADVOGADO)
G. S. F. D. S. M. (REU)	
SERGIO BESSERMAN VIANNA (REU)	SAMUEL MAC DOWELL DE FIGUEIREDO (ADVOGADO) DANIELA DE OLIVEIRA TOURINHO (ADVOGADO)
EDUARDO RATH FINGERL (REU)	SAMUEL MAC DOWELL DE FIGUEIREDO (ADVOGADO) DANIELA DE OLIVEIRA TOURINHO (ADVOGADO)
BEATRIZ AZEREDO DA SILVA (REU)	SAMUEL MAC DOWELL DE FIGUEIREDO (ADVOGADO) DANIELA DE OLIVEIRA TOURINHO (ADVOGADO)
DARLAN JOSE DOREA SANTOS (REU)	FABRICIO ROCHA DA SILVA (ADVOGADO) BRUNO PEDREIRA POPPA (ADVOGADO) SERGIO BERMUDES (ADVOGADO)
ELEAZAR DE CARVALHO FILHO (REU)	FABRICIO ROCHA DA SILVA (ADVOGADO) BRUNO PEDREIRA POPPA (ADVOGADO) SERGIO BERMUDES (ADVOGADO)
OTAVIO LOPES CASTELLO BRANCO NETO (REU)	CELSO CINTRA MORI (ADVOGADO) FERNANDO RISSOLI LOBO FILHO (ADVOGADO) RICARDO PAGLIARI LEVY (ADVOGADO)
JOSE LUIZ OSORIO DE ALMEIDA FILHO (REU)	RONALDO EDUARDO CRAMER VEIGA (ADVOGADO)
WALLIM CRUZ DE VASCONCELLOS JUNIOR (REU)	RONALDO EDUARDO CRAMER VEIGA (ADVOGADO)
JOSE ARMANDO GARCIA REDONDO (REU)	RONALDO EDUARDO CRAMER VEIGA (ADVOGADO)
ESTELLA DE ARAUJO PENNA (REU)	RONALDO EDUARDO CRAMER VEIGA (ADVOGADO)
ISAC ROFFE ZAGURY (REU)	FABRICIO ROCHA DA SILVA (ADVOGADO) BRUNO PEDREIRA POPPA (ADVOGADO) SERGIO BERMUDES (ADVOGADO)
CARLOS GASTALDONI (REU)	SAMUEL MAC DOWELL DE FIGUEIREDO (ADVOGADO) DANIELA DE OLIVEIRA TOURINHO (ADVOGADO)

AES ELPA S/A (REU)	MARIANA TAVARES ANTUNES (ADVOGADO)
FERNANDO PERRONE (REU)	SAMUEL MAC DOWELL DE FIGUEIREDO (ADVOGADO) DANIELA DE OLIVEIRA TOURINHO (ADVOGADO)
ALEXANDRA MATTMANN GROS (REU)	SERGIO BERMUDES (ADVOGADO) JOAO LUCAS PASCOAL BEVILACQUA (ADVOGADO)
FRANCISCO HENRIQUE GROS (REU)	SERGIO BERMUDES (ADVOGADO) JOAO LUCAS PASCOAL BEVILACQUA (ADVOGADO)
CARLOS RANDOLPHO GROS (REU)	SERGIO BERMUDES (ADVOGADO) JOAO LUCAS PASCOAL BEVILACQUA (ADVOGADO)
BRASILIANA PARTICIPACOES S. A. (REU)	MARIANA TAVARES ANTUNES (ADVOGADO)
ISABEL TEIXEIRA MENDES (REU)	GUILHERME PIZZOTTI MENDES COLETTI DOS SANTOS (ADVOGADO) FREDERICO JOSE FERREIRA (ADVOGADO) SERGIO BERMUDES (ADVOGADO)
FRANCISCO ROBERTO ANDRÉ GROS (SUCEDIDO) (REU)	

Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
48319 424	11/09/2021 16:41	Sentença	Sentença

AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (64) Nº 0020156-81.2004.4.03.6100 / 10ª Vara Cível Federal de São Paulo
AUTOR: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

REU: LUIZ CARLOS MENDONCA DE BARROS, JOSE PIO BORGES DE CASTRO FILHO, ANDREA SANDRO CALABI, JOSE MAURO METTRAU CARNEIRO DA CUNHA, SERGIO BESSERMAN VIANNA, EDUARDO RATH FINGERL, BEATRIZ AZEREDO DA SILVA, DARLAN JOSE DOREA SANTOS, ELEAZAR DE CARVALHO FILHO, OTAVIO LOPES CASTELLO BRANCO NETO, JOSE LUIZ OSORIO DE ALMEIDA FILHO, WALLIM CRUZ DE VASCONCELLOS JUNIOR, JOSE ARMANDO GARCIA REDONDO, ESTELLA DE ARAUJO PENNA, ISAC ROFFE ZAGURY, CARLOS GASTALDONI, AES ELPA S/A, FERNANDO PERRONE, ALEXANDRA MATTMANN GROS, FRANCISCO HENRIQUE GROS, CARLOS RANDOLPHO GROS, BRASILIANA PARTICIPACOES S. A., ISABEL TEIXEIRA MENDES, FRANCISCO ROBERTO ANDRÉ GROS (SUCEDIDO)

Advogados do(a) REU: SAMUEL MAC DOWELL DE FIGUEIREDO - SP29393, DANIELA DE OLIVEIRA TOURINHO - SP93257

Advogados do(a) REU: SAMUEL MAC DOWELL DE FIGUEIREDO - SP29393, DANIELA DE OLIVEIRA TOURINHO - SP93257

Advogado do(a) REU: RONALDO EDUARDO CRAMER VEIGA - RJ94401

Advogados do(a) REU: SAMUEL MAC DOWELL DE FIGUEIREDO - SP29393, DANIELA DE OLIVEIRA TOURINHO - SP93257

Advogados do(a) REU: SAMUEL MAC DOWELL DE FIGUEIREDO - SP29393, DANIELA DE OLIVEIRA TOURINHO - SP93257

Advogados do(a) REU: SAMUEL MAC DOWELL DE FIGUEIREDO - SP29393, DANIELA DE OLIVEIRA TOURINHO - SP93257

Advogados do(a) REU: SAMUEL MAC DOWELL DE FIGUEIREDO - SP29393, DANIELA DE OLIVEIRA TOURINHO - SP93257

Advogados do(a) REU: FABRICIO ROCHA DA SILVA - SP206338, BRUNO PEDREIRA POPPA - SP247327, SERGIO BERMUDES - RJ17587-A

Advogados do(a) REU: FABRICIO ROCHA DA SILVA - SP206338, BRUNO PEDREIRA POPPA - SP247327, SERGIO BERMUDES - RJ17587-A

Advogados do(a) REU: CELSO CINTRA MORI - SP23639, FERNANDO RISSOLI LOBO FILHO - SP330254, RICARDO PAGLIARI LEVY - SP155566

Advogado do(a) REU: RONALDO EDUARDO CRAMER VEIGA - RJ94401

Advogado do(a) REU: RONALDO EDUARDO CRAMER VEIGA - RJ94401

Advogado do(a) REU: RONALDO EDUARDO CRAMER VEIGA - RJ94401

Advogado do(a) REU: RONALDO EDUARDO CRAMER VEIGA - RJ94401

Advogados do(a) REU: FABRICIO ROCHA DA SILVA - SP206338, BRUNO PEDREIRA POPPA - SP247327, SERGIO BERMUDES - RJ17587-A

Advogados do(a) REU: SAMUEL MAC DOWELL DE FIGUEIREDO - SP29393, DANIELA DE OLIVEIRA TOURINHO - SP93257

Advogado do(a) REU: MARIANA TAVARES ANTUNES - SP154639

Advogados do(a) REU: SAMUEL MAC DOWELL DE FIGUEIREDO - SP29393, DANIELA DE OLIVEIRA TOURINHO - SP93257

Advogados do(a) REU: SERGIO BERMUDES - RJ17587-A, JOAO LUCAS PASCOAL BEVILACQUA - SP357630

Advogados do(a) REU: SERGIO BERMUDES - RJ17587-A, JOAO LUCAS PASCOAL BEVILACQUA - SP357630

Advogados do(a) REU: SERGIO BERMUDES - RJ17587-A, JOAO LUCAS PASCOAL BEVILACQUA - SP357630



Advogado do(a) REU: MARIANA TAVARES ANTUNES - SP154639

Advogados do(a) REU: GUILHERME PIZZOTTI MENDES COLETTI DOS SANTOS - SP375475, FREDERICO JOSE FERREIRA - RJ107016, SERGIO BERMUDES - RJ17587-A

SENTENÇA

Trata-se de ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal (MPF) em desfavor de Luiz Carlos Mendonça de Barros, José Pio Borges de Castro Filho, Andrea Sandro Calabi, Francisco Roberto André Gros (posteriormente sucedido por Alexandra Mattmann Gros, Francisco Henrique Gros, Carlos Randolpho Gros e Isabel Teixeira Mendes), José Mauro Metrau Carneiro da Cunha, Fernando Perrone, Sérgio Besserman Vianna, Eduardo Rath Fingerl, Beatriz Azeredo da Silva, Darlan José Dórea Santos, Eleazar de Carvalho Filho, Octávio Lopes Castello Branco Netto, José Luiz Osório de Almeida Filho, Wallim Cruz Vasconcellos Junior, José Armando Garcia Redondo, Estella de Araújo Penna, Issac Roffé Zagury, Carlos Gastaldoni, AES ELPA S/A, AES TRANSGÁS LTDA (sucédida por Brasileira Participações S/A).

Aduz o MPF, em suma, terem os réus incorrido em condutas ímprobadas tipificadas nos artigos 10, VI e 11, II, ambos da Lei Federal 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA), ao realizarem operações econômicas de financiamento da aquisição de cotas da ELETROPAULO, quando do processo de privatização desta, sem a exigência das garantias de pagamento necessárias e juridicamente exigíveis, limitando-se a condicionar o negócio à caução das ações. Segundo o MPF, na qualidade de Presidentes, Vice-Presidentes e Diretores do BNDES e do BNDESPAR, era dever dos réus a exigência de outras garantias que não apenas a caução das próprias ações adquiridas, de modo que a conduta dos gestores públicos revelou-se temerária e ímproba, desviando-se os acusados do cumprimento dos deveres mínimos de diligência, contrariando a moralidade administrativa, desprezando o interesse público, faltando com lealdade devida ao ente público no qual atuavam e violando a própria regulamentação do BNDES e destoando, injustificadamente, das práticas do mercado financeiro.

O MPF aponta diversas omissões por ele reputadas inescusáveis na contratação e aditamento dos negócios jurídicos de fomento, noticiando irregularidades apontadas pelo TCU e por servidor especializado pertencente ao quadro do próprio MPF.

Conforme a acusação, a decisão 163/98 tomada pela Diretoria do BNDES, composta na ocasião por Luiz Carlos de Mendonça Barros (ex-Presidente do BNDES), José Pio Borges de Castro Filho (ex-Vice Presidente do BNDES), José Mauro Metrau Carneiro da Cunha (ex-Diretor do BNDES), Fernando Perrone (ex-Diretor



do BNDES), Sérgio Bessermann Vianna (ex-Diretor do BNDES), Eduardo Rath Fingerl (ex-Diretor do BNDES), Beatriz Azeredo da Silva (ex-Diretora do BNDES), em 07.04.1998, padeceu das seguintes deficiências:

(A) Não avaliação econômico-financeira prévia das empresas interessadas no financiamento do banco, conforme prevê o art. 12 da Resolução n.º 862/96 do BNDES.

(B) Não avaliação da compatibilidade entre o fluxo de caixa das empresas interessadas com o prazo e o fluxo dos encargos que seriam cobrados pelo banco e (C) Não avaliação do nível de endividamento da empresa vencedora do leilão, antes e pós-privatização.

(D) Não previsão no contrato a obrigatoriedade, se necessário, de aporte de recursos próprios das empresas controladoras para cumprimento das obrigações para com o BNDES.

(F) Não previsão da inclusão dos controladores da empresa vencedora e da empresa privatizada como intervenientes no contrato.

(G) Não previsão do risco de descasamento de correção entre as receitas em reais das empresas privatizadas e a dívida assumida pelos compradores com variação cambial.

(H) Não estipulação da necessidade de se exigir dos compradores garantias adicionais caso o valor das garantias ofertadas tivesse variação negativa e ficasse abaixo do patamar mínimo de 130% previsto pela Resolução n.º 862/96, art. 20, parágrafo 1º, c./c art. 27 da Resolução 665/87.

(I) Não avaliação do risco das garantias de renda variável.

Igualmente segundo o MPF, a decisão de Diretoria 40/99 do BNDES, datada de 02.02.99, pela qual se concedeu autorização para prorrogação até 15/04/01 do prazo de carência e de amortização do principal do Contrato n. 98.2.163.3.1 firmado entre o BNDES e a então LIGHTGÁS LTDA (atual AES ELPA S/A), sem o mínimo cuidado de proceder a uma análise rigorosa das condições do financiamento e das garantias na ocasião, como exige a lei, em prejuízo manifesto ao interesse público, foi levada a efeito por José Pio Borges de Castro Filho (ex-Presidente do BNDES), Beatriz Azeredo da Silva (ex-Diretora do BNDES), Fernando Perrone (ex-Diretor do BNDES), José Mauro Mettrau Carneiro da Cunha (ex-Diretor do BNDES), José Luiz Osório de Almeida Filho (ex-Diretor do BNDES) e Carlos Gastaldoni (ex-Diretor Substituto do BNDES). Conforme a acusação, a motivação escrita foi deficiente, sendo aumentada a carência contratual em 24 meses sem uma análise da condição econômico-financeira da mutuária honrar o compromisso quando, pelo contrário, já havia sinais de dificuldade de fazê-lo, incrementando-se, assim, o risco de inadimplemento. Aduz ainda o Ministério Público Federal que se mostra inadmissível a ausência de exigência da cláusula décima prevista no contrato de financiamento (proibição de distribuição de lucros de qualquer natureza) e que naquele momento revelava-se imprescindível a exigência outras garantias que não as próprias ações.

O terceiro conjunto de fatos que movem a presente ação de improbidade administrativa é a relativa aos atos praticados quando da tomada as Decisões da Diretoria BNDESPAR 170/99, de 13.12.99 (alterada pela Decisão de Diretoria 180/99, de 27.12.1999) e 173/99, de 20.12.99, concernentes, respectivamente, à autorização para alienar ações PN da Eletropaulo, através de leilão a ser realizado em Bolsa de Valores, e à autorização para a BNDESPAR manifestar-se favoravelmente, junto a CBLC, quanto à constituição, para venda das ações de emissão da Eletropaulo, da margem garantidora da operação a termo em pontos de dólar,



pelas quais , conforme o MPF, ilegalmente, ensejou uma operação sem um procedimento rigoroso assecuratório do pagamento, por parte da eventual adquirente (AES TRANSGÁS), das parcelas estabelecidas pelo Sistema BNDES/BNDESPAR, o qual, ainda, teria dispensado irregularmente qualquer outra forma de garantia do contrato de compra. Segundo a peça acusatória atuaram improbamente na ocasião Andrea Sandro Calabi (ex-Diretor Presidente do BNDESPAR), José Luiz Osório de Almeida Filho (ex-Diretor Superintendente do BNDESPAR), Wallim Cruz Vasconcellos Júnior (ex-Diretor do BNDESPAR), José Armando Garcia Redondo (ex-Diretor interino do BNDESPAR) e Estella de Araújo Penna (ex-Diretora interina do BNDESPAR).

O quarto e último contexto fático no qual teriam ocorrido condutas ímprobas consiste na Decisão da Diretoria BNDES 521/01, de 26.11.2001, referente à Autorização para reorganização societária da LIGHT, da LIGHTGÁS, e da ELETROPAULO, pela qual, novamente, restaria explícita a ausência de providências sérias, por parte da Diretoria do BNDES, quanto à situação das operações e da sua respectiva garantia, colocando, em posição secundária, os interesses da Instituição com vistas à proteção do crédito outorgado e seu devido adimplemento. Essa última imputação direciona-se a Francisco Roberto André Gros (ex-Presidente do BNDES), José Mauro Mettrau Carneiro da Cunha (ex- Vice Presidente do BNDES; Eleazar de Carvalho Filho (ex-Diretor do BNDES), Beatriz Azeredo da Silva (ex-Diretora do BNDES), Darlan José Dórea Santos (ex-Diretor do BNDES), Issac Roffé Zagury (ex-Diretor do BNDES) e Octávio Lopes Castello Branco Netto (ex-Diretor do BNDES).

Na petição inicial, o autor cita, ainda, manifestações da gestão do BNDES superveniente aos fatos *sub judice* a embasar a acusação da ausência de tomada das providências cabíveis pelo corpo diretivo da época das avenças cujo modo de realização é questionado na presente demanda a título de causa de pedir para o acolhimento do pedido de condenação às consequências jurídicas da conduta reputada ímproba.

Pede-se a condenação dos réus às penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, dentre as quais multa civil do dobro do valor do dano, multa civil de cem vezes a remuneração dos agentes públicos, bem como a reparação dos danos materiais e morais difusos decorrentes das condutas tidas por desleais com a coisa pública.

Houve o pedido de liminar consistente na indisponibilidade do patrimônio dos réus pessoas físicas, bem como da quebra dos sigilos fiscal e bancário de todos demandados.

É a suma da demanda.

Manifestação do réu Luiz Carlos de Mendonça Barros, dando-se por citado e requerendo a notificação de todos os réus para apresentarem a defesa prévia a que alude o artigo 17, § 7º da Lei nº 8.429/92, necessária ao juízo de admissibilidade da ação e à decisão quanto aos pedidos formulados pelo MPF em caráter cautelar.

Foi deferido o pedido liminar (fls. 2.330-2.355), determinando-se a indisponibilidade dos bens dos réus e a quebra dos sigilos fiscal e bancário. Na mesma oportunidade, foi determinada a intimação do BNDES e do BNDESPAR para que manifestassem interesse em integrar a lide.

Foram expedidos os ofícios para bloqueio dos bens.

O BNDES e o BNDESPAR manifestaram desinteresse em ingressar nos autos e foram excluídos da autuação.

Os réus Luiz Carlos de Mendonça Barros, José Pio Borges de Castro Filho, José Mauro Mettrau Carneiro da Cunha, Sérgio Besserman Vianna, Fernando Perrone, Eduardo Rath Fingerl, Beatriz Azeredo da Silva e Carlos Gastaldoni requereram o desbloqueio de suas contas correntes bancárias (fls. 2.604 e 2.605).

Noticiada a interposição de agravos de instrumento pelos réus pessoas físicas.



As réus AES ELPA S/A e AES TRANSGÁS LTDA. opuseram embargos de declaração em face da decisão que deferiu a liminar, os quais foram acolhidos, esclarecendo-se que as providências tocantes à indisponibilidade de bens referem-se apenas aos réus pessoas físicas.

Juntada cópia da decisão proferida nos autos dos agravos de instrumento 2004.03.0048663-5 (fls. 2.953-2.964), 2004.03.00.048664-7 e 2004.03.00.048665-9, interpostos pelos réus pessoas físicas, deferindo o efeito suspensivo postulado para: reformar as cautelares de indisponibilidade de bens e de quebra dos sigilos bancário e fiscal; revogar o segredo de justiça e reformar a ordem de citação, determinando a notificação dos agravados facultando-se a apresentação de defesa preliminar, bem como para que, após, seja realizado o juízo de admissibilidade da petição inicial.

As réus AES ELPA S/A e AES TRANSGÁS LTDA. notificaram a interposição do agravo de instrumento nº 2004.03.00.055058-1, no qual foi deferido o efeito suspensivo postulado, da mesma forma que no julgamento dos recursos anteriores (fl. 3.453-3.462).

O MPF requereu a notificação dos réus para a apresentação de defesa preliminar, e, em seguida, trouxe aos autos o termo de depoimento pessoal do ex-presidente do BNDES, Carlos Lessa, extraído dos autos do inquérito civil público nº 005/2003, do qual resultou a presente demanda.

Notificados, apresentam defesa preliminar os seguintes réus: Andrea Sandro Calabi; AES ELPA S/A e AES TRANSGÁS LTDA.; Octávio Lopes Castello Branco Netto; Luiz Carlos de Mendonça Barros, José Pio Borges de Castro Filho, José Mauro Mettrau Carneiro da Cunha, Fernando Perrone, Sérgio Besserman Vianna, Eduardo Rath Fingerl, Beatriz Azeredo da Silva e Carlos Gastaldoni; Issac Roffé Zagury; José Luiz Osório de Almeida Filho; José Armando Garcia Redondo e Wallim Cruz Vasconcellos Junior; Estella de Araújo Penna; Francisco Roberto André Gros, Darlan José Dórea Santos e Eleazar de Carvalho Filho.

Os réus Luiz Carlos de Mendonça Barros, José Pio Borges de Castro Filho, José Mauro Mettrau Carneiro da Cunha, Sérgio Besserman Vianna, Fernando Perrone, Eduardo Rath Fingerl, Beatriz Azeredo da Silva e Carlos Gastaldoni requerem a apreciação de suas defesas prévias, com o indeferimento da petição inicial.

Foi proferida decisão (fls. 5.781-5.790), recebendo parcialmente a petição inicial e determinando a exclusão dos réus Francisco Roberto André Gros, Eleazar de Carvalho Filho, Darlan José Dórea Santos, Issac Roffé Zagury e Octávio Lopes Castello Branco Netto. Na mesma oportunidade, foi declarada a nulidade das citações realizadas, determinando-se nova citação de todos os réus remanescentes.

O MPF noticiou a interposição do agravo de instrumento nº 2006.03.00.047081-8.

Expedidos os mandados de citação dos réus.

A AES ELPA S/A e a AES TRANSGÁS EMPREENDIMENTOS LTDA. opuseram embargos de declaração, que foram acolhidos, com a rejeição das preliminares arguidas pelas referidas réus.

Noticiada a interposição do agravo de instrumento nº 2006.03.00.075812-7 pela AES ELPA S/A e a AES TRANSGÁS EMPREENDIMENTOS LTDA.

Os réus Andrea Sandro Calabi, Estella de Araújo Penna, José Armando Garcia Redondo, José Luiz Osório de Almeida Filho e Wallim Cruz Vasconcellos Junior notificaram a interposição do agravo de instrumento nº 2006.03.00.078621-4, tendo os réus Luiz Carlos de Mendonça Barros, José Pio Borges de Castro Filho, José Mauro Mettrau Carneiro da Cunha, Sérgio Besserman Vianna, Fernando Perrone, Eduardo Rath Fingerl, Beatriz Azeredo da Silva e Carlos Gastaldoni noticiado a interposição do agravo de instrumento nº 2006.03.00.078463-1.



Juntada cópia da decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que concedeu o efeito suspensivo nos agravos de instrumento nºs 2006.03.00.075812-7 e 2006.03.00.078621-4, negando o mesmo efeito no agravo de instrumento nº 2006.03.00.047081-8.

Como consequência, foi proferida decisão, suspendendo todos os atos processuais subsequentes, ressalvados os já praticados, até ulterior pronunciamento na instância superior.

Juntada cópia da decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, deferindo a liminar no agravo de instrumento nº 2006.03.00.078463-1.

Os réus Andrea Sandro Calabi, Estella de Araújo Penna, José Luiz Osório de Almeida Filho, José Armando Garcia Redondo e Wallim Cruz de Vasconcellos Junior respondem, em contestação, reproduzindo, basicamente, os mesmos argumentos de suas defesas prévias. Instruem a contestação com documentos (fls. 6.304-6.336).

O MPF trouxe relatório preliminar da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) constituída pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo para a apuração de irregularidades no procedimento de privatização da ELETROPAULO.

Juntada cópia do acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que deu parcial provimento ao agravo de instrumento nº 2006.03.00.075812-7, reconhecendo a incompetência absoluta do Juízo de 1º grau e determinando a remessa dos autos à Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

Os autos foram redistribuídos à 24ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

Os réus Luiz Carlos de Mendonça Barros, José Pio Borges de Castro Filho, José Mauro Mettrau Carneiro da Cunha, Sérgio Besserman Vianna, Fernando Perrone, Eduardo Rath Fingerl, Beatriz Azeredo da Silva e Carlos Gastaldoni apresentaram manifestação, requerendo urgência na manifestação do Juízo quanto à admissibilidade ou não da petição inicial.

Foi proferida decisão, recebendo, em parte, a petição inicial

O MPF noticiou a interposição do agravo de instrumento nº 0005675-29.2012.4.02.0000, no qual foi deferida a liminar.

Os réus AES ELPA S/A e COMPANHIA BRASILIANA DE ENERGIA S/A noticiaram a interposição de agravo de instrumento.

Contestação (fls. 7.079-7.130) apresentada pela AES ELPA S/A e COMPANHIA BRASILIANA DE ENERGIA S/A, defendendo a ausência de irregularidade, tampouco ilegalidade ou improbidade nos atos questionados na petição inicial. Requereram, assim, a improcedência da ação.

O réu José Luiz Osório de Almeida Filho contestou o feito, sustentando, em síntese, a ausência de prejuízo ao erário, tampouco de condutas ilícitas. (fl. 7.251-7.265).

Juntada cópia da decisão que julgou extinto, por perda do objeto, o agravo de instrumento nº 0005675-29.2012.4.02.0000, interposto pelo MPF, bem como da ementa do Recurso Especial nº 1.320.693-SP, que deu provimento ao recurso do MPF, para declarar competente o Juízo Federal de São Paulo.

Os autos retornaram para esta 10ª Vara Federal Cível de São Paulo.



Foi proferida decisão, determinando o sobrestamento do feito para aguardar o julgamento final dos agravos de instrumento n°s 2004.03.00.048663-5, 2004.03.00.048664-7, 2004.03.00.048665-9 e 2004.03.00.055058-1, interpostos em face da decisão que deferiu a liminar, bem como dos agravos de instrumento n°s 2006.03.00.047081-8, 2006.03.00.075812-7, 2006.03.00.078621-4 e 2006.03.00.078463-1, opostos em face da decisão que apreciou o juízo de admissibilidade da petição inicial.

Juntadas cópias das decisões proferidas nos agravos de instrumento interpostos na presente demanda, noticiando o resultado dos julgamentos da seguinte forma: agravos de instrumento n°s 0048663-19.2004.403.0000, 0048664-04.2004.403.0000 e 0048665-86.2004.403.0000, julgamento conjunto afastando a decretação da indisponibilidade de bens requerida na inicial; agravo de instrumento n° 0055058-27.2004.403.0000, interposto pela AES ELPA S/A e AES TRANSGÁS EMPREENDIMENTOS LTDA., conhecido em parte e, na parte conhecida, provido; agravo de instrumento n° 0047081-13.2006.403.0000 interposto pelo MPF, parcialmente provido (fls. 7.640-7.693), oportunidade na qual restou assentado que em relação aos réus Luiz Carlos Mendonça de Barros, José Pio Borges de Castro Filho e Sérgio Besserman Vianna a ação somente pode ter seguimento quanto ao pedido de ressarcimento ao erário e compensação pelo dano moral difuso, dada a prescrição nas penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa, sendo a persecução admitida contra todos os demais denunciados *in totum*, reformando-se, assim, a decisão que excluía parte dos acusados do feito; agravo de instrumento n° 0075812-19.2006.403.0000, interposto por AES ELPA S/A e AES TRANSGÁS EMPREENDIMENTOS LTDA., desprovido; agravo de instrumento n° 0078463-24.2006.403.0000, interposto por Luiz Carlos de Mendonça Barros, José Pio Borges de Castro Filho, José Mauro Mettrau Carneiro da Cunha, Sérgio Besserman Vianna, Fernando Perrone, Eduardo Rath Fingerl, Beatriz Azeredo da Silva e Carlos Gastaldoni, parcialmente provido; agravo de instrumento n° 0078621-79.2006.403.0000, interposto por Andrea Sandro Calabi, Estella de Araújo Penna, José Armando Garcia Redondo, José Luiz Osório de Almeida Filho e Wallim Cruz Vasconcellos Junior, desprovido.

[As rés AES ELPA S/A e COMPANHIA BRASILIANA DE ENERGIA S/A apresentaram nova contestação acompanhada de documentos \(fls. 7.525-7.581\).](#)

Trasladadas cópias das decisões e da certidão de trânsito em julgado dos autos do agravo de instrumento n° 0078463-24.2006.403.0000.

O réu Wallim Cruz Vasconcellos Junior requereu a expedição de ofício ao 1º Registro de Pessoas Naturais do Rio de Janeiro/RJ para determinar a baixa da anotação de indisponibilidade de bens.

Instado, o MPF requereu o indeferimento do pedido.

Trasladadas as peças do agravo de instrumento n° 0048664-04.2004.403.0000.

Foi proferida decisão determinando o regular prosseguimento do feito, a citação de Francisco Roberto André Gros, Darlan José Dórea Santos, Eleazar de Carvalho Filho, Octávio Lopes Castello Branco Neto, Issac Roffé Zagury e Carlos Gastaldoni, bem como para que o réu Wallim Cruz Vasconcellos Junior esclarecesse o pedido de desbloqueio.

O réu Darlan José Dórea Santos foi citado por hora certa.

O réu Carlos Gastaldoni apresentou manifestação, dando-se por citado e esclarecendo que protocolou sua contestação em 23/08/2004, sendo desnecessária nova determinação nesse sentido.

O MPF noticiou o falecimento do réu Francisco Roberto André Gros, requerendo a habilitação dos herdeiros.



O réu Otávio Lopes Castello Branco Neto apresentou sua contestação (fls. 8.720-8.765), aduzindo, em síntese, a ausência de ilegalidade, de dano ao erário, bem como de dolo, culpa grave ou culpa. Alega, ainda, a impossibilidade jurídica do pedido e a perda do objeto da ação.

Os autos foram virtualizados.

Decisão de fls. 9.471-9.473, dentre outras deliberações, determina a especificação de outras provas a serem produzidas.

Em petição de fls. 9.480-9.484, o réu Otávio Lopes Castello Branco Neto aduziu a necessidade de identificação dos fatos controvertidos pelo juízo para que possa manifestar-se sobre a necessidade de produção de outras provas. Aduziu, ainda, a imperatividade do enfrentamento das preliminares, antes mesmo da definição do objeto da prova.

A AES ELPA S/A e BRASILIANA PARTICIPAÇÕES S/A não requereram a produção de outras provas (fls. 9.611-9.617).

O MPF em manifestação de fls. 9.688-9.724 aduz que o Superior Tribunal de Justiça restabeleceu a ordem de indisponibilidade e quebra dos sigilos bancário e fiscal e que, dada a ausência de dano ao erário, subsiste a pretensão acusatória apenas em relação à incursão dos acusados na infração prevista no art. 11, II, da Lei de Improbidade Administrativa. Na mesma oportunidade informou que não pretende produzir outras provas.

Deferida a habilitação de Alexandra Mattmann Gros, Carlos Randolpho Gros e Francisco Henrique Gros em substituição ao réu falecido Francisco Roberto André Gros.

Os réus Andrea Sandro Calabi, Estella de Araújo Penna, José Luiz Osório de Almeida Filho, Wallim Cruz Vasconcellos Junior e José Armando Garcia Redondo trouxeram documentos e requereram prazo para a juntada de parecer técnico.

Manifestação do réu Otávio Lopes Castello Branco Neto reiterando o pedido de extinção do feito.

Andrea Sandro Calabi, Estella de Araújo Penna, José Luiz Osório de Almeida Filho, Wallim Cruz Vasconcellos Junior e José Armando Garcia Redondo apresentaram manifestação, pugnando pela improcedência da ação.

Os réus Darlan José Dorea Santos, Eleazar de Carvalho Filho, Issac Roffé Zagury, Alexandra Mattmann Gros, Carlos Randolpho Gros e Francisco Henrique Gros apresentaram contestação (fls. 9.841-9.871), na qual argumentam ter restado comprovada a inexistência de prejuízo financeiro ao Poder Público, o que foi reconhecido pelo Ministério Público Federal. Pugnaram, assim, pela improcedência da ação.

Andrea Sandro Calabi, Estella de Araújo Penna, José Luiz Osório de Almeida Filho, Wallim Cruz Vasconcellos Junior e José Armando Garcia Redondo trouxeram aos autos cópia da decisão proferida no AgInt em REsp nº 1.605.217.

Os réus Luiz Carlos de Mendonça Barros, José Pio Borges de Castro Filho, José Mauro Mettrau Carneiro da Cunha, Sérgio Besserman Vianna, Fernando Perrone, Eduardo Rath Fingerl, Beatriz Azeredo da Silva e Carlos Gastaldoni contestaram o feito, alegando, preliminarmente, a perda do objeto da ação. No mérito, aduzem, em suma, que as suas atuações, no que se refere aos atos discutidos na presente demanda, não violaram os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência (fls. 10.121-10.156).

Isabel Teixeira Mendes contestou o feito, pugnando pela improcedência da ação (fls. 10.180-10.209).



Regularizada a digitalização.

Em decisão de fls. 10.358 e 10.359, foi dada ciência às partes acerca da correção das irregularidades na digitalização, deferida a habilitação de Isabel Teixeira Mendes igualmente como sucessora do réu falecido Francisco Roberto André Gros, bem como oportunizada a eventual especificação da produção de outras provas.

Trasladadas as peças dos agravos de instrumento nºs 2006.03.00.075812-7 e 2006.03.00.078621-4.

Andrea Sandro Calabi, Estella de Araújo Penna, José Luiz Osório de Almeida Filho, Wallim Cruz Vasconcellos Junior e José Armando Garcia Redondo informaram que não pretendem produzir novas provas (fls. 11.786-11.790).

Os réus Darlan José Dorea Santos, Eleazar de Carvalho Filho, Issac Roffé Zagury, Alexandra Mattmann Gros, Carlos Randolpho Gros, Francisco Henrique Gros e Isabel Teixeira Mendes igualmente informaram que não possuem outras provas a produzir (fls. 12.002 e 12.003).

Luiz Carlos de Mendonça Barros, José Pio Borges de Castro Filho, José Mauro Mettrau Carneiro da Cunha, Sérgio Besserman Vianna, Fernando Perrone, Eduardo Rath Fingerl, Beatriz Azeredo da Silva e Carlos Gastaldoni disseram não ter outras provas a produzir (fls. 12.005 e 12.006).

[Otávio Lopes Castello Branco Neto](#) reiterou as petições anteriormente apresentadas (fl. 12.034).

AES ELPA S/A e BRASILIANA PARTICIPAÇÕES S/A trouxeram aos autos o “Parecer Econômico sobre Operação Financeira de Privatização da Eletropaulo e Renegociação de Dívidas” requerendo o reconhecimento da sua ilegitimidade passiva ou o julgamento antecipado da lide.

O julgamento foi convertido em diligência para vista do MPF sobre o aludido parecer.

O MPF apresentou manifestação acompanhada do Parecer Técnico nº 1.250/2020 da Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise da Procuradoria Geral da República, do qual foi dada vista aos réus, que se manifestaram.

É o relatório.

Preambularmente, reconheço assistir razão ao corréu Otávio Lopes Castello Branco Neto quando alega violação ao art. 357 do CPC, pois a análise das questões preliminares, dentre outras de caráter processual pertinentes ao processamento regular da demanda, deve preceder a deliberação a respeito das diligências probatórias a serem realizadas e cuja definição do *thema probandum* é, por sua vez, logicamente precedente à especificação das provas. Isso inclusive é depreendido dos incisos I e II do art. 357 do CPC.

Isso posto, consigno que não há nulidade processual a ser sanada, tendo o feito tido processamento regular, com a exceção desta questão que está sendo agora dirimida. Desse modo, impõe-se a cognição sobre as preliminares.

Os réus Otávio Lopes Castello Branco Neto, Darlan José Dorea Santos, Eleazar de Carvalho Filho, Issac Roffé Zagury, Alexandra Mattmann Gros, Carlos Randolpho Gros e Francisco Henrique Gros, Isabel Teixeira Mendes, José Luiz Osório de Almeida Filho não apresentaram preliminares em suas respectivas contestações.

As rés AES ELPA S/A e COMPANHIA BRASILIANA DE ENERGIA S/A, por sua vez, remeteram às preliminares lançadas em defesa prévia (incompetência da Justiça Federal de São Paulo, ilegitimidade ativa da Procuradora da República de São Paulo, ilegitimidade passiva, existência de pedido condicional e utilização do Poder Judiciário para fins investigativos).



Por sua vez, os réus Luiz Carlos de Mendonça Barros, José Pio Borges de Castro Filho, José Mauro Mettrau Carneiro da Cunha, Sérgio Besserman Vianna, Fernando Perrone, Eduardo Rath Fingerl, Beatriz Azeredo da Silva e Carlos Gastaldoni alegaram em contestação as preliminares de perda do objeto (I) em decorrência da prescrição das punições previstas na Lei de Improbidade Administrativa quanto aos réus Luiz Carlos Mendonça de Barros, José Pio Borges de Castro Filho e Sérgio Besserman Vianna, (II) por força do reconhecimento pelo MPF de ausência de prejuízo ao erário.

É digno de nota, ainda, que, apesar de Otávio Lopes Castello Branco Neto não ter formulado preliminar de perda do objeto em contestação, seu pleito coincide com aquela manejada pelos réus acima quando argumento no mesmo sentido em petições posteriores (fls. 9.480-9.484, 9.767-9.784).

Isso posto, cumpre consignar que a questão da competência já restou assentada nas instâncias superiores, tendo sido este juízo reconhecido como competente. O mesmo, por consequência, no que tange à legitimidade da Procuradoria da República em São Paulo.

A respeito da legitimidade passiva, concebida como responsabilidade em tese por atos ímprobos, a questão somente pode ser conhecida tal como deduzida, ou seja, em estado de asserção. E, como tal, foi objeto de intenso debate em mais de uma instância quando, por fim, restou integralmente recebida a acusação contra as rés pessoas jurídicas. A efetiva responsabilização por conduta administrativa ímproba, por sua vez, é questão de mérito e como tal será oportunamente analisada e decidida.

A respeito da condicionalidade do pedido, a prefacial merece rejeição na medida em que não restou, ao final, deduzida condenação por infração diversa daquelas mencionadas na exordial. Na verdade, houve até mesmo a redução do pleito que deixou de consistir em punição tanto pela incursão na proibição emanada do art. 10, VI, quanto do art. 11, II, ambos da Lei de Improbidade Administrativa, para postular-se a procedência apenas tendo em vista este último dispositivo legal. Assim, o risco aventado de alteração do fundamento do pleito e de alteração do pedido não se concretizou.

No que tange às medidas probatórias postuladas, as mesmas foram apreciadas e dirimidas pelas instâncias superiores, não se constituindo em questão processual a ser decidida.

Assim, aquelas questões preliminares ventiladas antes do recebimento da exordial acabaram por estabilizar-se, não se justificando novo pronunciamento jurisdicional.

Por sua vez, sobre a prescrição, igualmente já pronunciou-se o segundo grau de jurisdição, rejeitando a sua ocorrência, exceto em relação aos acusados [Luiz Carlos Mendonça de Barros, José Pio Borges de Castro Filho e Sérgio Besserman Vianna](#) em face dos quais a ação somente pode ter seguimento quanto ao pedido de ressarcimento ao erário e compensação pelo dano moral difuso, dada a prescrição nas penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

A admissão da inexistência de prejuízo ao erário, por sua vez, não esvazia a pretensão contra os três réus que viram a seu favor reconhecida a prescrição, vez que a pretensão acerca da compensação por dano moral difuso permanece hígida – se há os pressupostos para o surgimento do dever de indenizar constitui-se em tema pertinente ao *meritum causae*.

A fortiori, a admissão de inoccorrência de lesão ao erário não autoriza o reconhecimento da perda do objeto do processo na medida em que em relação aos demais réus subsiste a pretensão de condenação por improbidade administrativa com fulcro no art. 11, II, da Lei de Improbidade Administrativa, além do pleito de compensação por dano moral difuso.

Por isso, rejeito as preliminares.



A respeito da fixação do *thema probandum*, declaro que inexistente controvérsia a respeito da ausência de lesão ao erário, inclusive tendo o próprio MPF prosseguido na acusação com lastro apenas no art. 11, II, da Lei de Improbidade Administrativa. A subsunção dos fatos postos ao quanto emana do art. 11, II, da Lei de Improbidade Administrativa, por sua vez, é questão eminentemente jurídica, decorrendo da interpretação da legislação aplicável. O dano moral difuso, por sua vez, somente pode ser provado enquanto consequência dos fatos principais, ou seja, sua prova é indiciária e depende da prova dos outros fatos e que deles emergja, à luz da experiência, a perda de bem-estar alegada. Assim, revela-se desnecessária a identificação e produção de outras provas que não aquelas constantes dos autos, de modo que a irregularidade processual relativa ao cumprimento do art. 357 do CPC é neste ato sanada e nenhum prejuízo traz ao réu que a alegou.

Assim, passo ao exame do mérito da causa.

Primeiramente, cumpre ter em vista ser a improbidade não apenas coisa diversa, mas mais grave e repulsiva, do que a ilegalidade. Nesse sentido, José Antonio Lisboa Neiva[1] ao comentar a possibilidade de cometimento de improbidade por violação do princípio da legalidade:

A interpretação literal chegaria ao absurdo e poderia caracterizar como ímproba – com todas as graves sanções impostas pelo constituinte e legislador ordinário – a simples violação das normas de trânsito por um servidor público, condutor de uma viatura oficial. Poder-se-ia cogitar, outrossim, da hipótese em que o agente público viesse a anotar um recado pessoal em papel da repartição pública, com afronta em tese à Lei e com prejuízo ao erário. Não resta dúvida de que este último exemplo, pela sua insignificância afastaria qualquer responsabilidade do agente, mas é de fundamental importância delimitar um conceito de improbidade administrativa que evitasse confusão com outras figuras jurídicas (v.g. ilegalidade), distorções e injustiças.

Note-se, ainda, que mais do que a inadequação da conduta à legalidade, é necessária para a caracterização da improbidade o caráter desonesto da conduta, a deslealdade com a sociedade, o menosprezo pelo interesse público. Impõe-se a comprovação de que o agente buscou beneficiar indevidamente a si ou a terceiro ou, pelo menos, agir com interesses alheios ao do bem comum. Nesse sentido, veja-se a precisa lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves[2]:

Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa neste sentido, constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 exigem o *dolo* do agente; b) a tipologia jurídica inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com *dolo* ou com *culpa*; c) o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar a improbidade.

Por fim, somente prova robusta da improbidade justificaria a condenação, pois não é a mera preponderância de provas – *standard* probatório suficiente para uma procedência em um processo civil comum – que autoriza a imposição das gravosas consequências do reconhecimento de uma conduta como ímproba, como bem apontam Danilo Knijnik[3], Artur Thompsen Carpes[4], Sarah Merçon-Vargas[5] e Ravi Peixoto[6].

No mínimo, é necessária prova clara e convincente[7] [8], no caso, do *dolo* que, por sua vez, não se confunde com a mera intenção, mas de um agir qualificado pelo desprezo ao bem jurídico tutelado. Como na dogmática da improbidade administrativa, ao contrário do que ocorre no conceito analítico do crime, não existe uma decomposição dos elementos do injusto de modo a decompor-se seu conjunto de caracteres, assim, a conduta dolosa para efeitos não-criminais contempla, conjuntamente, no *dolo*, tanto a ciência das



circunstâncias, a vontade de criar determinado resultado ou de assentir com sua ocorrência e, também, a potencial consciência da ilicitude, dado que a culpabilidade não é, na seara não-criminal, destacada da conduta típica.

Desse modo, a demonstração necessária para que se incorra nas penas decorrentes da incursão no art. 11, II, da Lei de Improbidade Administrativa[9] é aquela relativa à atitude deliberada de, descumprindo lei ou regulamento, agir desonestamente, parcialmente, ao arrepio da lei ou deslealmente às instituições. Como pontifica Rafael Carvalho Rezende Oliveira[10], “a improbidade não se confunde com a ilegalidade, exigindo-se, ainda, a configuração da desonestidade do agente público”. Recorde-se, ainda, que o tipo infracional do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa sequer admite a figura culposa (nesse sentido, exemplificativamente: STJ, REsp 182036, julg. 02.03.2021).

Isso posto, tem-se que as condutas dos réus não se revelaram, ao menos não de forma clara e convincente, como ímprobos, conforme se passa a expor.

Ao Poder Judiciário e ao Ministério Público descabe a emissão de juízo sobre a melhor forma de realizar o interesse público, mas apenas velar para que sua promoção ocorra dentro das balizas do sistema normativo. Então, qualquer consideração sobre ter sido bom ou mau negócio para o BNDES/BNDESPAR extrapola o código lícito/ilícito próprio da operacionalidade do Direito.

Descabe ao operador do Direito debater no modo melhor/pior e o poder institucionalizado, concedido pelo Povo e formalizado no ordenamento jurídico, não pode ser exercido fora dos estritos comandos do que é permitido, do que é proibido e do que é facultado. E, dentro do que se mostra proibido, alguns atos o são a título civil, outros a título criminal e, entre uns e outros, aqueles que são reprimidos pelo Direito Administrativo Sancionador, expresso na presente demanda pela ação de improbidade administrativa. E, como é hialino, quanto mais grave a consequência jurídica, maior a necessidade de demonstrar-se sua necessidade para a tutela do bem jurídico atingido e maior o grau de exigência (*standard*) probatório para que se repute demonstrado o fato.

Por isso, a melhor forma de realização de operações de financiamento e ponderações a título de *contract design* devem ceder ao enquadramento das condutas negociais no eixo do jurídico/antijurídico, repudiando-se apenas aquilo que extrapola o juízo político e administrativo de oportunidade e conveniência e a margem de discricionariedade técnica.

A averiguação acerca da compreensão da racionalidade econômica subjacente aos pactos justifica-se, sem dúvida, e nesse sentido vaticina Antonio Junqueira de Azevedo[11] de que “Não basta explicar as prestações, é preciso compreender o contrato”, revelando-se impositiva a compreensão das circunstâncias e das motivações que ensejaram a realização do negócio. Porém, essa compreensão ampla do pacto deve ter em vista, na ação de improbidade administrativa, a ocorrência ou não de ilegalidade qualificada na adoção de condutas contratuais – lembrando-se que a ilegalidade ordinária não atrai o gravoso juízo de censura próprio da ação de improbidade administrativa.

Desse modo, por exemplo, considerações de um posterior gestor sobre o que fez a gestão anterior - além de dever ser recebida com ressalvas, dado que se revela comum que aquele que tem outra visão de mundo e continue uma obra em andamento tenha divergências em relação aos fatores do trabalho que lhe precedeu - somente possuem valor na medida em que se refiram a aspectos ligados à licitude dos atos examinados. Aliás, a própria forma pela qual foram tomadas as palavras de Carlos Lessa revela-se problemática, dada a ênfase a apenas alguns trechos de suas declarações e tendo em vista a ausência da produção de sua oitiva em juízo, oportunidade na qual poderia ser questionado amplamente sobre o quanto sabe.

Feitas essas observações, cumpre a análise da juridicidade dos atos combatidos.



A concessão do financiamento mediante a caução das próprias ações adquiridas não é um ato que, por si só, resulte em atitude temerária a atrair, diretamente, a incidência proibitiva do núcleo[12] do princípio da moralidade ou do interesse público.

As ações, por um lado, possuem cotação variável e bastante volátil – o que causou espécie nos críticos da operação econômica -, mas, por outro lado, é ativo de alta liquidez, fator crucial na execução forçada do contrato. Não fosse a liquidez um elemento relevantíssimo, a penhora de dinheiro não seria prioritária em uma execução. Pelo mesmo motivo, um empréstimo consignado e uma alienação fiduciária em garantia possuem taxas de juros mais baixas do que aquelas outras formas de mútuo fundadas em garantias pessoais ou sem garantia.

Não se trata de imprevidência extrema o financiamento da aquisição de ações mediante o empréstimo de dinheiro relativo à compra de metade do quanto restará como objeto da garantia, ainda que exista o risco de desvalorização das mesmas. A própria coisa ficar como garantia do adimplemento do mútuo de escopo é medida relativamente comum, basta pensar no financiamento de veículo que é resguardado pela constituição de alienação fiduciária em garantia do bem móvel.

Note-se, ainda, que o valor da caução, consistente em todas as ações compradas, mesmo quando o valor emprestado era relativo à aquisição de apenas a metade, extrapolava até mesmo o percentual de 130% previsto no art. 20, § 1º, da Resolução 862/96. Também não vejo como o art. 22 da mesma Resolução estaria a impor a cumulação de garantias quando o *caput* do próprio art. 20 aponta o caráter alternativo das mesmas.

Sequer há controvérsia de que o valor das ações, no momento da conclusão do negócio principal, extrapolava a barreira dos 130%, ou seja, em relação a tal ocasião, poderia ser questionada a espécie de garantia (idoneidade), mas não a suficiência. Como apontado pela Desembargadora Federal Marli Ferreira:

As garantias exigidas pelo BNDES foram suficientes para a cobertura da operação *non recourse*: o penhor da totalidade das ações leiloadas, cuja garantia correspondia a 200% do valor do empréstimo. Se houvesse inadimplência estaria deferido ao BNDES o controle da Eletropaulo! (fl. 7.691)

A manutenção de tal patamar ao longo do programa contratual, ainda que prudente, não era uma exigência que pode ser depreendida direta e simplesmente do ordenamento jurídico a ponto da ausência de sua previsão contratual constituir-se um ilícito a ser severamente repreendido pela via gravosa da qualificação de conduta administrativamente ímproba.

Note-se, ainda, que não se há de falar na ausência de averiguação do risco econômico quando outras medidas são tomadas, dado que não impõe a legislação ou a regulamentação um único modo de investigação dos riscos do negócio.

A improbidade por descumprimento de lei ou regulamento é somente aquela clara, peremptória, não se confundindo com a interpretação jurídica que, apesar de equivocada, apresente algum sentido jurídico – e isso fulmina a pretensão acusatória no ponto.

A exigência de reforço nas garantias em outros momentos, como o da concessão de prazo de carência de algumas parcelas, mas sem que fosse aumentado o prazo final para pagamento, ainda que pudesse ser conveniente e uma medida interessante para robustecer a posição do ente credor, ainda assim não é do tipo cuja ausência configura uma atitude desonesta e desleal.



A concessão de moratória provisória e dentro do espaço maior do programa contratual, dada a forte oscilação na variação da moeda que indexava parte da remuneração do financiamento, ainda que possa ser discutível em termos de estratégia negocial, ainda assim longe está de constituir-se em improbidade administrativa. Diante da dificuldade econômica do réu e em um cenário onde a execução da garantia não era interessante (ações desvalorizadas na época), a resistência à modificação contratual poderia ensejar o vencimento antecipado da dívida em uma situação ruínosa para ambos lados. Ao próprio credor o embate apresentava riscos, não sendo tão tranquila a imposição de uma nova garantia, pois a recusa implicaria no inadimplemento contratual onde a parte credora via sua garantia desvalorizada. Não se pode esquecer, ainda, que a própria criação de um impasse poderia afetar a cotação das ações que garantiam a solvabilidade do débito. Desse modo, boa ou ruim, existia uma lógica econômica por parte da atuação do BNDES, afastando a qualificação jurídica de ímproba da conduta de seus gestores.

A distribuição de lucros, por sua vez, constitui-se, no máximo, em ilícito contratual, não tendo sido comprovado que qualquer dos agentes públicos tenha tido ciência do fato alegado e não tivesse, mesmo assim, agido. Esse fato, ainda, foi dado como provado por si só, com pouquíssima explicação na peça exordial, de modo que, além de duvidoso, precisaria, ainda, ser cotejado com as datas dos pagamentos e relação com eventuais atrasos no cumprimento das obrigações contratuais.

O condicionamento da aprovação de reorganização societária ao incremento das garantias, por sua vez, poderia configurar uma medida de abuso de posição jurídica, pois diante de um pedido de autorização fundado em um fato estar-se-ia impondo condição desligada do risco criado pela própria operação societária apresentada, ou seja, criar entrave fundado no risco de insolvência poderia facilmente vir a ser objeto de plausível alegação de desvio de finalidade, dado que não tem a ver com a reestruturação das pessoas jurídicas mutuárias em si.

A tese de que a cada momento de ajuste do programa contratual – e aqui lembro que o cumprimento contratual é um processo, como tão bem ensina Clóvis do Couto e Silva[13] - seria excelente oportunidade para colocar-se o devedor sob jugo acaba por ignorar todos os riscos que cada conduta contratual hostil acarreta. Ainda que, eventualmente, a postura negocial dos entes credores pudesse ter sido diversa, não é possível reconhecer-se que era algo óbvio a ser realizado, como se inexistisse a mínima possibilidade de razoavelmente adotar-se curso de ação distinto. A exigência de garantia não-prevista na avença original demandaria uma justifica acerca do incremento do risco, ou seja, teria que ser apontado o próprio arranjo societário como fonte de risco – e nunca utilizar-se a ocasião para constranger-se a apresentar-se uma segurança que foi dispensada *ab initio*.

Enfim, o cenário que emerge dos autos não é aquele de desdém com a *res publica*, ainda que, eventualmente, se possa cogitar outras formas de fazer os negócios necessários para o processo de desestatização. O cenário era complexo e havia temor de que se dificultasse a apresentação de interessados nas aquisições.

Note-se que não houve uma ordem e nem mesmo uma recomendação de qualquer órgão de fiscalização ou controle no sentido de inclusão de cláusulas contratuais. Ainda que não se trate de um requisito para a configuração da improbidade administrativa, na forma do artigo 11, é certo que a renitência em face das advertências para a correção do curso de ação é um elemento importante para a caracterização dessa espécie de ilícito[14].

Nada, absolutamente nada, sugere que tenham os réus sido movidos por intenções ignóbeis, podendo, quando muito, ser dito que poderiam, talvez, ter agido de forma mais cautelosa.

Não há prova clara e convincente do *dolo* dos réus quando o Tribunal de Contas da União (TCU) posicionou-se em grande parte pela incensurabilidade das condutas, o BNDES reconheceu a ausência de prejuízo, dois Desembargadores Federais do TRF3 reconheceram inexistir lastro mínimo sequer ao recebimento da exordial e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região assentou sequer existir prova suficiente[15] a cumprir o *standard* probatório relativo ao início da persecução criminal, ou seja,



reputou ausente prova muito inferior à necessária para, agora, em cognição exauriente, ter-se por demonstrada a ocorrência de improbidade administrativa. Até mesmo o Procurador junto ao TCU ratificou a legalidade das operações, sendo bastante enfático ao expor suas razões em manifestação amplamente fundamentada (fls. 3.886-3.899).

Nesse sentido, recorde-se, ainda, as palavras do Desembargador Federal Fábio Prieto:

Nos **documentos** existentes nos autos, **não vislumbro** a ocorrência **indiciária** de improbidade administrativa, nos termos:

da segunda manifestação da área técnica do Tribunal de Contas da União, após a observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa;

do parecer da Chefia do Ministério Público Especializado junto ao Tribunal de Contas da União;

do v. Acórdão prolatado no Plenário do Tribunal de Contas da União;

da posição jurídica assumida reiteradamente pelo BNDES; •

do primeiro depoimento prestado pelo ex-Presidente do BNDES, Carlos Lessa, especialmente nos trechos omitidos pela Procuradoria da República de São Paulo, os únicos

relacionados ao objeto da ação;

do segundo depoimento prestado pelo ex-Presidente do BNDES, Carlos Lessa, especialmente nos trechos omitidos pela Procuradoria da República de São Paulo, os (micos

relacionados ao objeto da ação,

Deixo, portanto, de impulsionar a remessa de cópias ao Ministério Público oficiante no juízo, em tese, competente.” (fl. 7.181)

Logo, em um contexto no qual emerge, no mínimo, uma fundada dúvida ou, apenas para argumentar, uma prova frágil e meramente preponderante da hipótese acusatória, a condenação dos réus viola todas as garantias dos acusados em um processo punitivo não-criminal.

Não se está aqui dizendo que o Poder Judiciário estaria jungindo a seguir o TCU, que o quanto referido pelo BNDES teria suprimido o eventual caráter ímprobo das condutas, que votos e decisão judicial firmados sob espécies diferentes de cognição e submetidos a modelos de constatação probatórios distintos vinculariam este julgamento e que a palavra do Procurador junto ao TCU é suficiente para reputar-se improcedente a presente ação de improbidade administrativa. O que se afirma aqui é que tais elementos denotam, de forma especialmente reveladora, que existem, no mínimo, manifestações que infirmam a existência de prova robusta em favor da versão acusatória.



Desse modo, revela-se inviável a condenação às penas por improbidade administrativa e o reconhecimento da qualquer espécie de dano a ser indenizado.

Nos termos da fundamentação, JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS.

Como, apesar de improcedente a demanda, não se vislumbra elementos a revelar a litigância de má-fé, especialmente tendo em vista o fato do MPF ter reconhecido a ausência de estofo probatório para o acolhimento de parte substancial da pretensão deduzida inicialmente, rejeito o pedido de condenação ao pagamento de honorários advocatícios e multa.

Sem custas ou honorários.

Prejudicada, assim, a ordem de indisponibilidade dos bens dos réus pessoas físicas. Oficie-se o necessário.

Com reexame necessário.

São Paulo, 11 de setembro de 2021.

Tiago Bitencourt De David

Juiz Federal Substituto

[1] NEIVA, José Antonio Lisboa. **Improbidade Administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar**, 2005, p. 17

[2] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**, 7ª ed, 2013, p. 402-405.

[3] KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 167-169.

[4] CARPES, Artur Thompsen. **A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil**. São Paulo: RT, 2016, p. 136 e 137. Do mesmo autor: O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nos processos envolvendo as ações de improbidade administrativa. *In*: LUCON, Paulo Roberto dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/1992**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 55 e 56.

[5] MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 283.

[6] PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 277.



[7] CARPES, Artur Thompsen. **A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil**. São Paulo: RT, 2016, p. 136 e 137. Do mesmo autor: O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nos processos envolvendo as ações de improbidade administrativa. *In*: LUCON, Paulo Roberto dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/1992**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 55 e 56; PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 277.

[8] Exigiu *standard* probatório superior, a saber, o da prova além de dúvida razoável: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Seção, Embargos Infringentes 2003.71.00.021539-3, Relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgado em 10.04.2014, DJE 22.04.2014.

[9] Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

[...]

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

[10] NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Improbidade administrativa: direito material e processual**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.107.

[11] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 232.

[12] Adoto aqui como marco teórico a concepção de Ana Paula de Barcellos no sentido de que o núcleo de um direito fundamental – o que, a meu sentir, aplica-se perfeitamente ao princípio jurídico - atua como regra (BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. *In*: BARROSO, Luís Roberto. (Org.) **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 81).

[13] SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, *passim*.

[14] OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 356.

[15] Ao relatar a necessidade de demonstração de probabilidade consistente em 50% + 1 (fl. 9.573), o TRF2 aplicou o *standard* probatório conhecido como preponderância de prova, expressando-o, contudo, matematicamente.

