



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Registro: 2019.0000858255

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0041369-29.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes TIISA INFRAESTRUTURA E INVESTIMENTOS S.A., CARIOCA CHRISTIANI-NIELSEN ENGENHARIA S/A, CETENCO ENGENHARIA S/A, HELENO & FONSECA CONSTRUTECNICA S/A, CR ALMEIDA S/A - ENGENHARIA DE OBRAS, CONSBEM CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA., GALVÃO ENGENHARIA S/A, COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO METRÔ, SERVENG CIVILSAN EMPRESAS ASSOCIADAS DE ENGENHARIA, SERGIO HENRIQUE PASSOS AVELLEDA, MENDES JUNIOR TRADING E ENGENHARIA S/A, ESTADO DE SÃO PAULO, ANDRADE GUTIERREZ ENGENHARIA S.A. (NOVA DENOMINAÇÃO DE CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S.A.), CONSTRUTORA PASSARELLI LTDA, SERVIX ENGENHARIA S/A, ODEBRECHT ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO INTERNACIONAL S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO DA ODEBRECHT GLOBAL S/A, CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S. A. e CONSTRUTORA OAS S. A., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Apelos interpostos pelos Consórcios Metropolitanos 5 e Heleno & Fonseca/TIISA não conhecidos, recursos de apelação interpostos pelos réus Sérgio Henrique Passos Avelleda, Servix Engenharia S/A, CCI Construções S/A e Construtora Passarelli Ltda. providos, demais apelos providos em parte. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DANILO PANIZZA (Presidente sem voto), RUBENS RIHL E ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 15 de outubro de 2019

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

VOTO Nº: 25332

APEL. Nº: 0041369-29.2011.8.26.0053 (e 0039554-31.2010.8.26.0053)

COMARCA: São Paulo

APTES. : Estado de São Paulo, Sérgio Henrique Passos Avelleda e outros

APDO. : Ministério Público do Estado de São Paulo

Juíza: Simone Gomes Rodrigues Casoretti

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AÇÃO POPULAR – Julgamento conjunto – Irregularidades em licitação realizada pelo METRÔ para expansão da linha 5 – Lilás no tocante à adjudicação aos lotes de números 02 a 08 – Conluio entre os licitantes com obtenção de vantagem ilícita, prejuízo ao erário e conduta irregular do Presidente da Companhia – Homologação de acordo de leniência celebrado com uma das rés – Condenação do agente público e de dezesseis empresas – Recursos de apelação interpostos por Consórcios – Condenação apenas das empresas individualmente – Falta de interesse recursal dos consórcios reconhecida – Preliminares afastadas – Comprovação de que houve conluio entre empresas vencedoras dos lotes 02 a 08 com o objetivo de prejudicar a competitividade do certame – Prejuízo à competitividade do certame que gera dano *in re ipsa* ao erário e também pode ser qualificado como violação aos princípios da Administração – Precedentes – Artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 – Dolo específico reconhecido – Dano ao erário calculado nos termos de precedentes do TCU – Ajuste prevendo exonerações das penalidades previstas nos artigos 12, II e III, da Lei nº 8.429/92 – Inviabilidade de homologação integral - Sanções revistas - Correção monetária e juros de mora devidos desde o evento danoso – Enunciados números 43 e 54 da Súmula do STJ – Individualização das sanções que autoriza tratamento diferenciado à empresa que colaborou com as apurações - Ministério Público que já havia pleiteado e extinção do feito em relação às empresas que haviam tão apresentado propostas na licitação, sem saírem vitoriosas em qualquer lote (Construtora Passarelli Ltda., Servix Engenharia S/A e CCI Construções S/A) – Participação direta do então presidente do METRO não comprovada – Apelos interpostos pelos Consórcios Metropolitano 5 e Heleno & Fonseca/THISA não conhecidos, recursos de apelação interpostos pelos réus Sérgio Henrique Passos Avelleda, Servix Engenharia S/A, CCI Construções S/A e Construtora Passarelli Ltda. providos, demais apelos providos em parte.

Recursos de apelação contra a sentença de fls. 15772/15785 (75º volume), copiada às fls. 3832/3845 do apenso (19º volume) e complementada às fls. 15789/15790, 15879, 16725/16742 (80º volume), 17212 e 17287 (82º volume) e 3846/3847, 3868 e 4160 do apenso (19º, 20º e 21º volumes), que, em conjunto, julgou procedentes ação civil pública de improbidade administrativa (autos principais) e ação popular (autos em apenso), condenando solidariamente os réus abaixo discriminadas ao



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

pagamento “do valor de R\$ 326.915.754,40, acrescido de correção monetária desde setembro de 2011 (fls. 1039) e juros de mora desde a citação (...), que corresponde ao prejuízo apurado pelo Ministério Público”, além de condenar os requeridos da demanda principal constituídos como pessoas jurídicas “ao pagamento de multa civil de duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 anos”, homologando ao final acordo de leniência celebrado com uma das empresas réis (Construções e Comércio Camargo Corrêa), sem condenação da parte.

Anoto que a ação civil pública de improbidade administrativa foi inicialmente movida em face de uma pessoa física (Sérgio Henrique Passoa Avelleda) e quinze pessoas jurídicas, incluindo o METRÔ (fls. 02/05), enquanto a ação popular foi ajuizada apenas em face de empresas (fls. 02 e 40/42 do apenso), tendo o Estado de São Paulo ingressado no polo ativo da lide principal na forma do art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92 (fls. 9875/9913 – 45º volume), sobrevivendo condenação efetiva de: 01) Sérgio Henrique Passos Avelleda, 02) Galvão Engenharia S/A, 03) Serveng-Civilian S/A, empresas associadas de engenharia, 04) Construtora Andrade Gutierrez S/A, 05) Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, 06) Heleno & Fonseca Construtécnica S/A, 07) Triunfo IESA Infra-estrutura S/A, 08) Carioca Chirstiani-Nielsen Engenharia S/A, 09) Cetenco Engenharia S/A, 10) Construtora Queiroz Galvão S/A, 11) Construtora OAS Ltda., 12) CR Almeida S/A Engenharia de Obras, 13) Consbem Construções e Comércio Ltda., 14) Construtora Norberto Odebrecht Brasil S/A, 15) Servix Engenharia S/A, 16) CCI Construções S/A e 17) Construtora Passarelli Ltda. (em especial fls. 16740/16741 e 17287).

A sentenciante reconheceu irregularidades em licitação realizada pelo METRÔ para expansão da linha 5 – Lilás no tocante à adjudicação aos lotes de números 02 a 08, afirmando que as licitantes agiram em conluio, combinando previamente as propostas, com prejuízo ao erário e negligência posterior do Presidente da Companhia, tendo sido interpostos apelos na ação principal pelo Estado de São Paulo e pelo METRÔ, bem como por todos os réus condenados e acima numerados, totalizando doze recursos.

Apelam o Estado de São Paulo e o METRÔ alegando que “a sentença de 1º incorre em error in procedendo e error in judicando, causando



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

perplexidade a solução simplista atingida pelo Juízo a quo, em processo de grande complexidade”, questionando os termos do acordo de leniência celebrado com uma das rés e invocando cerceamento de defesa (probatório) na apuração dos prejuízos causados ao erário, bem como a nulidade do provimento jurisdicional “por ausência de fundamentação” e por “violação ao princípio da vedação à decisão surpresa”, defendendo que o julgado é omissivo com relação a aspectos relevantes da lide e a própria sentenciante havia deferido a produção de provas pericial e oral, o que não foi feito. Aduz, de outra parte, “impropriedades relacionadas ao acordo homologado em Juízo”, discutindo o critério “para mensuração do valor a ser restituído ao erário”, apontando que o valor do lote adjudicado à empresa superava “1 bilhão de reais”, a tornar exigível reembolso proporcional pela parte, indicando ademais que o montante do prejuízo foi apurado pelo autor com base em propostas que “sequer [foram] objeto de análise econômico-financeira”, pugnando pela fixação do prejuízo em “17% do valor da contratação total”, conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU, além questionar os termos do item 9, 13 e 17 do acordo de leniência, insurgindo-se contra o afastamento de penalidades à empresa leniente, insistindo ao final no acerto da decisão administrativa que, à época da denúncia, havia determinado a continuidade das obras, tendo em vista o interesse público, e pleiteando, subsidiariamente, a alteração do termo inicial da correção monetária e dos juros de mora (fls. 16103/16158 – 77º volume, reiterado às fls. 16881/16882, 17223/17224 e 17334/17335).

Recorrem as rés Heleno & Fonseca Construtécnica S/A e Triunfo IESA Infra-estrutura S/A (TIISA) alegando que a sentença proferida “encontra-se eivada de vícios, [e] condena as apelantes ignorando evidências, com base em meras suposições e presunções”, invocando cerceamento de defesa (probatório), diante da necessidade de produção de prova “pericial e testemunhal”, o que já havia sido deferido pela magistrada *a quo*, defendendo que não restaram demonstradas irregularidades na adjudicação de seu lote (nº 05), bem como o alegado conluio entre as licitantes, pois só foram analisados os aspectos envolvendo as adjudicações dos lotes números 03 e 07, transcrevendo jurisprudência. Aponta ainda que o provimento jurisdicional é nulo “pela evidente ausência do requisito fundamentação”, uma vez que não foram observadas “todas as alegações de fato e de direito das apelantes”, insistindo que “não houve a individualização das ações supostamente praticadas” e não restou configurado o ato de improbidade, tendo em vista a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

“inexistência de mácula no processo licitatório” objeto da ação, ressaltando que “as propostas vencedoras encontravam-se abaixo do valor do orçamento do Metrô” e a caracterização do conluio foi afastada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, discutindo a credibilidade da notícia que deu ensejo à propositura da demanda e indicando a *“imprestabilidade em face das apelantes do Termo de Colaboração ajustado entre representante da empresa Camargo Corrêa (...) e do Ministério Público do Estado de São Paulo”* e ausência de prejuízo ao erário (fls. 16198/16245).

Apelam as Construtoras Queiroz Galvão S/A, OAS Ltda. e Norberto Odebrecht Brasil S/A (atual Odebrecht Engenharia e Construção Internacional S/A) invocando a nulidade da sentença por cerceamento de defesa (probatório) “e ausência de fundamentação”, defendendo em síntese que *“a necessidade de dilação probatória para elucidação dos fatos era pacífica e fora expressamente reconhecida desde o início pelo próprio MM. Juízo”*, e que não foram expostos os motivos que “levaram a proceder ao julgamento antecipado desconsiderando a prova já deferida”, insistindo que a petição inicial da ação civil pública de improbidade administrativa é inepta porque o ato considerado como improbo “remete à fase pré-contratual” e inexistente “concorrência entre o agente público e os particulares” envolvidos na demanda, levantando a ilegitimidade passiva do réu Sérgio Henrique Passos Avelleda, pois ingressou nos quadros do METRÔ após as contratações e estava impedido de anular a concorrência, sustentando, no mérito, a “fragilidade das provas sobre a existência do conluio” e a “legalidade da cláusula editalícia questionada” pelo autor, conforme atestado pelo CADE e pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE/SP, insiste na inexistência de prejuízo ao erário, bem como, subsidiariamente, pela inviabilidade de condenação solidária ou redução das penas impostas (fls. 16255/16291, reiterado às fls. 17331).

Recorre Sérgio Henrique Passos Avelleda alegando que foi incluído indevidamente no polo passivo da ação civil pública de improbidade administrativa, pois *“(i) não participou da elaboração ou publicação dos editais, nem de qualquer fase da licitação que deles decorreu; e (ii) não participou da elaboração ou assinatura dos contratos administrativos questionados e nem os firmou”*, invocando, de outra parte, violação ao disposto nos artigos 114 e 115, parágrafo único, do novo Código de Processo Civil – CPC, porque Sérgio Correa Brasil não teve oportunidade de se manifestar nos autos, embora expressamente mencionado no acordo de leniência



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

homologado. O apelante também invoca violação aos artigos 5º, LIV, e 93, IX, da Constituição Federal – CF/88 e 10, 11, 489, II, e § 1º, IV, do novo CPC, defendendo que a sentença proferida é nula por “ausência de fundamentação”, “cerceamento de defesa” (probatório) e superveniência de “sentença surpresa”, reiterando no mérito que, ao ingressar nos quadros do METRÔ, “não havia a certeza jurídica da existência de cartel que tivesse viciado a licitação” e “a decisão de dar prosseguimento às obras em andamento foi de natureza colegiada”, o que foi corroborado por outros órgãos, insistindo que a suspensão dos contratos “iria causar prejuízos imensos e irreparáveis ao Estado” de São Paulo e que não cometeu ato de improbidade administrativa, questionando ao final a homologação do acordo de leniência (fls. 16302/16344 – 78º volume, reiterado às fls. 17387/17389).

Apela Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A (em recuperação judicial), discorrendo sobre a sua “situação peculiar” no feito, alegando que seu nome “sequer foi tangenciado no acordo trazido aos autos”, invocando igualmente cerceamento de defesa (probatório) em razão da falta de produção de prova “técnica e testemunhal que já havia sido deferida pelo MM. Juízo”, insistindo em resumo que a sentenciante não fez “menção a qualquer conduta da recorrente que justifique a violenta condenação a ela imposta”, defendendo a nulidade da sentença por violação aos artigos 355, I, 356, 357, 370, 371, 1.022, I e II, do novo CPC, 1º, 5º, 10, VIII, 11, II e II, e 12, II, da Lei nº 8.429/92 e 5º, LIV e LV, 93, IX e 37, § 4º, da CF/88. Reitera que não participou de nenhum concluiu ou ajuste prévio de propostas, sustentando que o provimento jurisdicional atacado “não demonstra qualquer ato da recorrente que possa ser tido por improbo e, ainda, qualquer demonstração do efetivo dano”, acusando ofensa ao disposto nos artigos 141, 492 e 493, do novo CPC, 884, 885 e 886 do Código Civil, 12, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92, questionando o valor da condenação e aduzindo que veio a ser condenada “de forma meramente especulativa”, sem justa causa e individualização de sua conduta, transcrevendo jurisprudência (fls. 16384/16431, reiterado às fls. 16884 e 17329, com cópia às fls. 3881/3929 do apenso – 19º volume).

Recorrem CR Almeida S/A Engenharia de Obras e Consbem Construções e Comércio Ltda. levantando preliminares de ilegitimidade passiva e falta interesse de agir, defendendo que a pretensão deduzida na ação principal é inviável, “uma vez que os contratos questionados são de valores diversos, de objetos diferentes, etc.”,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

discutindo a possibilidade de enfrentamento da questão envolvendo a eventual “combinação entre as empresas” em sede de ação civil pública de improbidade administrativa “pela ausência de um servidor público” na potencial fraude. As apelantes também invocam a nulidade da sentença alegando que no caso concreto se operou a preclusão lógica e *pro judicato* quanto à necessidade de dilação probatória, tendo em vista que a sentenciante já havia deferido a produção de provas pericial e oral, o que não foi feito, sustentando igualmente cerceamento de defesa (probatório) e ofensa ao contraditório e à ampla defesa, pois não tiveram oportunidade de se manifestar sobre o acordo de leniência firmado, bem como porque a magistrada *a quo* “*não apresentou quaisquer motivos ou fundamentação aptos a justificar, minimamente, alteração do seu entendimento quanto à necessidade de produção de provas*”, apontando violação ao disposto no art. 93, IX, da CF/88 e questionando a própria celebração do acordo de leniência diante dos termos do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92. No mérito, alegam em síntese que não há “elementos probantes que justifiquem” a sua condenação, insistindo que não fazem parte das “empresas que constituem o chamado “G5””, grupo citado no acordo de leniência, ausente demonstração de que tenham concorrido com a suposta conduta imputada ao réu Sérgio Henrique Passos Avelleda, único agente público incluído na lide, reiterando que não praticaram ato de improbidade administrativa e prestaram regularmente os serviços contratados, sem dolo, impugnando o laudo elaborado por órgão do Ministério Público para apuração do dano ao erário e, subsidiariamente, a proporcionalidade das sanções fixadas (fls. 16515/16572 – 79º volume).

Apelam Galvão Engenharia S/A e Serveng-Civilian S/A, empresas associadas de engenharia, alegando em resumo que, no caso concreto, “as nulidades processuais são insuperáveis e exigem a anulação do *decisum*” aduzindo que a sentença proferida “não se encontra suficientemente motivada, tendo violado o art. 489, § 1º, IV, do novo CPC”, bem como porque o julgamento antecipado da lide “violou o direito da GALVÃO e da SERVENG à ampla defesa” e “constitui verdadeira “decisão surpresa”, vedada pelo novo” CPC. Ponderam a respeito de sua “situação peculiar”, insistindo que a denúncia que motivou o ajuizamento da ação principal não envolveu o lote nº 02, adjudicado às recorrentes, o que possibilita o imediato julgamento de improcedência da demanda em relação às partes, aduzindo que questionaram as regras do edital junto ao TCE/SP ao Poder Judiciário e não foram mencionadas no acordo de leniência celebrado,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

transcrevendo jurisprudência, apontando, no mérito, a inexistência “de provas da participação das apelantes no aludido cartel”, de “prova ou indícios de conduta dolosa”, e de individualização de suas condutas, reiterando que apresentou propostas “com valores abaixo do preço de referência”, ausente lesão ao erário, questionado ao final o decreto de indisponibilidade de bens determinado às fls. 15879 (fls. 16579/16639, reiterado às fls. 17201).

Recorrem Carioca Chirstiani-Nielsen Engenharia S/A e Cetenco Engenharia S/A levantando preliminar de nulidade da sentença em razão de cerceamento de defesa (probatório) e ausência de motivação, alegando em síntese que não foram mencionadas no acordo de leniência firmado e que não houve a individualização de suas condutas, transcrevendo jurisprudência. No mérito, insistem que não restou comprovado o elemento subjetivo de suas condutas, apontando que não participaram de eventual ajuste prévio entre as demais licitantes, defendendo que o acordo de leniência celebrado nos autos não é aplicável às apelantes, pois não citam sua participação, questionando a credibilidade da matéria jornalística que deu ensejo às investigações e reiterando a licitude do edital do certame, discutindo ao final o critério adotado pelo autor para a apuração do dano ao erário e a solidariedade da condenação (fls. 16665/16705 – 80º volume, reiterado às fls. 17346).

Apela a Construtora Andrade Gutierrez S/A levantando preliminar de nulidade da sentença, alegando que o provimento jurisdicional “se fundamenta exclusivamente em provas não contraditadas” e, na hipótese, houve a “indevida interrupção da instrução probatória da causa”, defendendo que o dano ao erário apurado pelo autor “é meramente hipotético” e não houve a devida fundamentação para a sua condenação. No mérito, indica que o requerente não incluiu no polo passivo o “agente público responsável pelos atos questionados”, que não pode ser o réu Sérgio Henrique Passos Avelleda, pois referido agente ingressou nos quadro do METRÔ após as assinaturas dos contratos discutidos, aduzindo que “não há qualquer prova da prática de conduta dolosa ou de má-fé” de sua parte, “com o intuito de causar lesão ao erário”, reiterando que o CADE afastou a falta de competitividade do certame e inexistente prejuízo ao erário, uma vez que não há “qualquer indício que o valor pelo qual o lote 03 fora adjudicado seja elevado”, questionando a condenação com base em matéria jornalística e, subsidiariamente, a sua natureza solidária e a extensão da pena de proibição de contratar com o poder público (fls. 16896/16937 – 81ª volume, reiterado às fls. 17325).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Recorre a Construtora Passarelli Ltda. apontando que figura como ré apenas na ação popular, porém, “não se sagrou vencedora” em nenhum dos lotes licitados, invocando a sua ilegitimidade passiva, o que já havia sido reconhecido pelo próprio Ministério Público; indica que os fundamentos da ação popular são diversos daqueles da ação civil pública de improbidade administrativa, defendendo a ocorrência de “manifesto cerceamento de defesa e inadmissível julgamento *extra petita*”, insistindo na legalidade da cláusula 1.1.2.1 do edital do certame, conforme já reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, além de, subsidiariamente, questionar o valor da condenação (fls. 17227/17249 – 82º volume).

Apela a Servix Engenharia S/A requerendo inicialmente a gratuidade, indicando em resumo que “passa, neste momento, por grave crise financeira, não possuindo qualquer obra ou empreendimento em execução”. Aponta igualmente que figura como ré apenas na ação popular e não saiu vencedora em nenhum dos lotes licitados, não tendo se beneficiado “dos atos imputados como ilegais, imorais e lesivos à Administração Pública”, alegando que não foi intimada e, por conseguinte, “não participou efetivamente” da demanda principal, invocando violação ao princípio do contraditório. Defende ainda que a sentença proferida é nula, pois *extra petita* e sem “fundamentação para a condenação” da parte e apreciação da tese defensiva, transcrevendo jurisprudência, insistindo na sua ilegitimidade passiva e que não restou consignada a “descrição e individualização do ato ilegal e lesivo supostamente praticado”, bem como comprovação de sua conduta e do dano ao erário (fls. 17348/17375 – 83º volume).

Finalmente, recorre a CCI Construções S/A pedindo o diferimento do pagamento das custas, na forma do art. 10 da Lei nº 4.717/65. Também aponta que figura como ré apenas na ação popular e não saiu vencedora em nenhum dos lotes licitados, não tendo sido intimada dos atos da demanda principal, a decorrer ofensa ao contraditório e cerceamento de defesa (probatório), questionando a aplicação da regra contida no art. 56 do novo CPC ao caso dos autos, defendendo ao final que “não constou na sentença condenatória uma linha sequer que justificasse” a sua condenação (fls. 4164/4192 do apenso).

Apelos tempestivos, sendo o primeiro, o segundo, o terceiro, o quarto, o sexto, o sétimo, o oitavo, o nono e o décimo preparados (fls. 16159/16160, 16246/16253, 16293/16295, 16345/16346, 16575/16577, 1641/1642 e 16512/16513,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

16707/16712, 16938/16939 e 1732517327, 17251/17254); contrarrazões às fls. 17485/17510.

A Procuradoria Geral de Justiça – PGJ opinou pelo provimento parcial dos recursos, entendendo pela impossibilidade da celebração de acordo em ações envolvendo improbidade administrativa e pela improcedência dos pedidos formulados em face das empresas Construtora Passarelli Ltda., Servix Engenharia S/A e CCI Construções S/A (fls. 17519/17596).

Ressalto que após a interposição do apelo nos autos principais pelas Construtoras Queiroz Galvão S/A, OAS Ltda. e Norberto Odebrecht Brasil S/A (atual Odebrecht Engenharia e Construção Internacional S/A), o Consórcio Metropolitano 5, formado pelas mesmas pessoas jurídicas, protocolou novo apelo na ação popular em apenso (fls. 3999/4038 do apenso – 20º volume, reiterado às fls. 17221 da demanda principal e 4198 do apenso); o mesmo ocorreu como Consórcio Heleno & Fonseca/TIISA, formado pelas empresa Heleno & Fonseca Construtécnica S/A e Triunfo IESA Infraestrutura S/A (TIISA), que também protocolou novo recurso na ação popular em apenso (fls. 4053/4086 do apenso).

Destaco ao final que o réu Sérgio Henrique Passos Avelleda ofereceu documentos novos comprovando o ajuizamento de outra ação civil pública de improbidade administrativa envolvendo os mesmos fatos, direcionada, todavia, a outros réus (fls. 17387/17642), bem como juntaram-se manifestações das acusadas relativas ao parecer da PGJ (fls. 17618/17636 e 17785/17797), memoriais (fls. 17798/17803 e 1781), juntada de sentença criminal condenatória, relativa a este procedimento licitatório (fls. 17785/17797) envolvendo outros réus, e parecer elaborado pelo prof. Nelson Nery Junior.

Houve oposição à realização do julgamento virtual (fls. 17598, 17603, 17606, 17609, 17611, 17613 e 17615 – 83º volume e 4210, 4212, 4214, 4216, 4218, 4221 e 4223 do apenso – 21º volume).

É o relatório.

Anoto, inicialmente, que o decreto de indisponibilidade dos bens dos réus, determinado nos autos desta ação de improbidade pela decisão de fls. 15879 (75º volume), após a sentença de procedência, já foi objeto de decisão deste Colegiado no AI nº 2099329-24.2018.8.26.0000, de minha relatoria, j. 07/08/2018, observado, naquela



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

oportunidade, que a medida sequer fora pedida pelo Ministério Público nos autos. Prejudicado, em consequência, o questionamento a esse respeito levantado no apelo das empresas Galvão Engenharia S/A e Serveng-Civilian S/A (fls. 16579/16639 e 17201).

Conheço dos recursos interpostos pelas empresas Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A (em recuperação judicial), Servix Engenharia S/A e CCI Construções S/A, ainda que ausente o recolhimento do preparo.

A recorrente Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A está em recuperação judicial e anteriormente já havia sido deferido em primeiro grau o diferimento do pagamento das custas, incluindo o preparo e o porte de remessa e retorno dos autos (fls. 16017 e 16100).

A apelante Servix Engenharia S/A juntou documentos demonstrando a impossibilidade momentânea da quitação (fls. 17376/17381), não impugnados pelo Ministério Público, a possibilitar o deferimento da gratuidade, como requerido, o que fica anotado, sem prejuízo de reavaliação posterior no curso da ação.

Por fim, a recorrente CCI Construções S/A sequer havia sido incluída no polo passivo da ação civil pública de improbidade administrativa, tão somente na ação popular, fazendo jus ao benefício previsto no art. 10 da Lei nº 4.717/65.

Ainda na fase de admissibilidade dos recursos, não conheço dos apelos interposto pelos Consórcios Metropolitano 5 e Heleno & Fonseca/TIISA nos autos da ação popular em apenso (fls. 3999/4038 e fls. 4053/4086 do apenso – 20º volume), tendo em vista que a sentença condenatória atingiu somente as empresas individualmente e não os consórcios, em nome próprio, ausente, em consequência, interesse recursal; resalto que não foi interposto recurso de apelação por nenhum dos autores (Ministério Público – fls. 02 dos autos principais e Vanderlei Siraque – fls. 02 do apenso) visando a condenação dos consórcios, ausente igualmente pedido condenatório dos consórcios no apelo do Estado de São Paulo (fls. 16103/16158 – 77º volume, reiterado às fls. 16881/16882, 17223/17224 e 17334/17335), que figura no polo ativo na forma do art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92 (fls. 9875/9913 – 45º volume).

A matéria objeto da ação civil pública por ato de improbidade administrativa foi inicialmente conhecida no julgamento do AI nº 0100656-14.2013.8.26.0000, de minha relatoria, j. 10/09/2013, ocasião em que foi confirmado o recebimento da petição inicial em razão da presença de elementos a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

demonstrar a prática de atos de improbidade administrativa; logo, não foi e não é reconhecida a inépcia da peça vestibular, como invocado no apelo das Construtoras Queiroz Galvão S/A, OAS Ltda. e Norberto Odebrecht Brasil S/A (atual Odebrecht Engenharia e Construção Internacional S/A – fls. 16255/16291, reiterado às fls. 17331) nem a falta de interesse de agir levantada pelas Construtoras CR Almeida S/A Engenharia de Obras e Consbem Construções e Comércio Ltda. (fls. 16515/16572), condições já analisadas naquela decisão.

À época, os fundamentos e os limites da pretensão deduzida pelo Ministério Público foram devidamente observados, constando expressamente na decisão que as irregularidades envolviam licitação e contratos para execução de obras nos lotes 02 a 08, todos relativos a obras de ampliação da linha 5 – Lilás do METRÔ, suspeitas as empresas de agirem em conluio para fraudar a licitação, com obtenção de vantagem indevida, prejuízo ao erário e envolvimento de agente público.

A discussão nesta ação (improbidade administrativa) diz respeito às adjudicações dos lotes 02 a 08, sendo que a demanda foi dirigida em face do então presidente do METRÔ e das empresas vencedoras/contratadas (em especial fls. 02/05).

Fundamentos distintos, porém interligados, foram invocados na petição inicial da ação popular autuada em apenso, que havia sido proposta anteriormente por Deputado Estadual (fls. 02/43 do apenso). Na ação popular questionou-se a legalidade da cláusula editalícia vedando a adjudicação de mais de um lote por proponente (cláusula 1.1.2.1 – fls. 213), bem como o orçamento de cada lote calculado pelo METRÔ (em especial fls. 07 do apenso), tudo a favorecer ajustes prévios entre as partes para os mesmos lotes 02 a 08, já que o lote 01 havia sido objeto de edital diverso e anterior.

Em síntese, o autor da ação popular apontou que referida cláusula prejudicou a competitividade do certame específico, fazendo com que os valores do orçamento e das propostas fossem superiores ao de mercado, por isso a demanda foi direcionada também em face de empresas que apenas haviam apresentado propostas na licitação, mesmo sem saírem vitoriosas, como as rés Construtora Passarelli Ltda., Servix Engenharia S/A e CCI Construções S/A (em especial fls. 40/42 do apenso).

Possível constatar, portanto, que os fatos são os mesmos e que a ação civil pública por ato de improbidade tem maior amplitude, a justificar a reunião das ações e julgamento conjunto, porque interligadas as condutas e correspondentes acusações,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

o que exige decisão uniforme e justifica a reunião das ações com julgamento conjunto.

A ação civil pública de improbidade administrativa foi ajuizada em 03/11/2011 (fls. 02) e logo em 18/11/2011 foi proferido despacho nos autos da ação popular determinando o apensamento das demandas para julgamento conjunto (fls. 3686 do apenso – 18º volume), decisão mantida por este Colegiado nos autos do AI nº 0067171-57.2012.8.26.0000, rel. Des. Franklin Nogueira, j. 11/09/2012 (fls. 3764/3765 do apenso – 19º volume), a impedir seja revista, nesta fase, a determinação para reunião dos processos, como pleiteado no apelo da empresa CCI Construções S/A (fls. 4164/4192 do apenso), seja porque necessário o julgamento conjunto para evitar decisões contraditórias, seja em razão da preclusão, nos termos da legislação processual então vigente.

Superadas tais questões verifica-se que as rés da ação popular apresentaram contestações (v.g. fls. 278 e seguintes do apenso – 2º volume), assim como as requeridas na ação civil pública de improbidade administrativa, conforme descrito no relatório da sentença (fls. 1573/1574 – 75º volume), tendo o Estado de São Paulo ingressado na lide principal nos termos do art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92 (fls. 9875/9913 – 45º volume).

Os feitos reunidos seguiram, então, andamento regular, com a abertura da fase instrutória, conforme a decisão de fls. 14764 (70º volume), na qual foram delimitados os pontos controvertidos e especificadas as provas a produzir.

Ocorre que, em seguida, o Ministério Público do Estado de São Paulo requereu a homologação judicial de acordo de leniência firmado com a empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa (uma das rés) no qual a citada empresa admitiu a existência de cartel com as Construtoras Andrade Gutierrez S/A, OAS S/A, Norberto Odebrecht S/A e Queiroz Galvão S/A para fins de adjudicação dos lotes 03 e 07 (aqueles com maior valor e especialidade técnica), com prejuízo ao erário, incluindo o pagamento de vantagem indevida a Sérgio Correa Brasil, então Diretor e Gerente de Contratações do METRÔ (fls. 15225/15231 – 72º volume e 15370/15375 – 73º volume), pessoa natural que não integra o polo passivo das ações aqui analisadas (posteriormente, foi ajuizada outra ação contra ele – fls. 17390/17462).

O Estado de São Paulo e o METRÔ peticionaram nos autos impugnando a homologação do acordo de leniência, nos moldes como realizado, especialmente quanto ao valor do ressarcimento e às exonerações das penalidades



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

previstas nos artigos 12, II e III, da Lei nº 8.429/92 (fls. 15673/15700 – 74º volume), enquanto as demais rés, em geral, indicaram que os efeitos da composição, caso admitida, estava restrita aos lotes 03 e 07 (v.g. fls. 15595/15596).

A Construtora Andrade Gutierrez S/A, outra empresa citada no acordo de leniência, não impugnou especificamente os fatos descritos pela empresa leniente, insistindo genericamente na regularidade de sua conduta (fls. 15736/15737).

Diante das manifestações das partes e, principalmente, do Estado de São Paulo e do METRÔ, o próprio Ministério Público concordou em fazer modificações no acordo de leniência, dizendo estar *“disposto a comparecer (...) numa audiência de conciliação sobre os termos do acordo, estando presente[s] o METRO bem como a demandada Camargo Corrêa”* (em especial fls. 15754/15755 – 75º volume).

Com base nos fatos descritos na inicial, no acordo de leniência e na oitiva de testemunhas realizada em ação penal ajuizada para, ao que consta, apurar a ocorrência de crimes na mesma licitação (fls. 14632/14704 – 69º volume), bem como em documentos que já constavam dos autos, a digna sentenciante julgou antecipadamente as ações (civil pública de improbidade administrativa e popular), condenando todos os requeridos, concluindo que todas as licitantes agiram em conluio, combinando previamente as propostas, com prejuízo ao erário e reconhecendo a negligência posterior do Presidente do METRÔ ao não suspender a execução dos contratos, além de homologar integralmente acordo de leniência firmado com a ré Construções e Comércio Camargo Corrêa (fls. 15772/15785 – 75º volume, copiada às fls. 3832/3845 do apenso – 19º volume e complementada às fls. 15789/15790, 15879, 16725/16742 – 80º volume, 17212 e 17287 – 82º volume e 3846/3847, 3868 e 4160 do apenso – 19º, 20º e 21º volumes).

Ainda que possa discordar da motivação da magistrada *a quo*, não se reconhece que a sentença proferida é carente de fundamentação ou implicou em “decisão surpresa”, como alegado por vários recorrentes, pois o que está previsto no art. 10 do novo Código de Processo Civil – CPC é que *“A parte não pode ser surpreendida por decisão fundada em fatos e circunstâncias a respeito das quais não tenha, previamente, tomado conhecimento”* (segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery in Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 233, com sublinhado meu), vício não configurado.

Todos os fatos, documentos e circunstâncias considerados pela



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

sentenciante já faziam parte dos autos e eram de conhecimento das partes, permitindo fosse proferida decisão, ausente, igualmente, cerceamento de defesa ou preclusão *pro judicato*, conforme fundamentação exposta. Nessa direção: “(...) o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para produção de provas, ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento” (Superior Tribunal de Justiça – STJ, AgRg no Ag. nº 693.982-SC, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 17/10/2006).

As alegações relativas a ilegitimidade passiva e julgamento *extra petita* serão analisadas em conjunto com a apreciação do mérito das ações, justificadas as conclusões com a fundamentação a seguir exposta.

Inicialmente, quanto ao mérito, anoto que os fatos apurados e documentos juntados efetivamente não autorizam a integral manutenção da sentença, ao generalizar e padronizar as condenações a todos os réus de ambas as ações (civil pública de improbidade administrativa e popular), com base nas provas existentes.

Não se ignora o grau de contaminação dos negócios pela prática da corrupção, certamente ainda mais extenso do que já apurado nas diversas investigações em curso, viabilizadas graças aos novos instrumentos de colaboração premiada e acordos de leniência, todavia, tal sentimento público de repulsa à corrupção e a impunidade generalizada não autoriza o Judiciário a dispensar a observância dos meios e instrumentos legais para apuração e fundamentação de uma eventual condenação, competindo ao Ministério Público fornecer elementos para tanto; não se trata de mero formalismo, mas sim da necessidade, incontornável, de motivar as decisões com base em provas regularmente obtidas.

A possibilidade da realização de acordo de leniência com limitação de sanções em ação civil pública por ato de improbidade administrativa é matéria controvertida, sendo que a questão já foi reconhecida como de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal – STF nos autos do ARE nº 1.175.650-RG/PR, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 25/04/2019 (tema nº 1043), até o momento sem julgamento de mérito.

A validade do acordo de leniência, questionada de forma mais genérica, deve ser analisada com base nas leis 12.850/13, 12.846/13 e considerando os termos do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92, *in verbis*:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.”

O art. 4º da Lei nº 12.850/13 trata da “colaboração premiada” em matéria penal, a qual deve ser previamente homologada pelo Juízo competente (§ 7º) antes da prolação da sentença (§ 11), e, em princípio, não afasta a responsabilização com fundamento na Lei nº 8.429/92 (improbidade administrativa), o que é reforçado pelo art. 12, *caput*, da Lei nº 8.429/92, ao dispor que :

“Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:” (com sublinhado meu).

De outra parte, a Lei nº 12.846/13 (que prevê os acordos de leniência – artigos 16 e seguinte), em seu art. 30 prevê expressamente que:

“Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992” (com sublinhado meu).

A Lei nº 12.846/13 disciplina a responsabilização “administrativa e civil de pessoas jurídicas” (art. 1º, com sublinhado meu), mas a responsabilidade por ato de improbidade administrativa está expressamente excepcionada na norma (art. 30).

Acrescento que o acordo de leniência previsto em citada lei é aquele realizado na esfera administrativa (artigos 8º ao 17), sem prejuízo da propositura de ação judicial para discussão da avença (artigos 18 a 21), que “não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado” (art. 16, § 3º, com sublinhado meu).

As alegações relativas à necessidade de aplicação dos artigos 21, 22, 24 e 27 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, introduzidos pela Lei nº 13.655/18, invocadas pela Construções e Comércio Camargo Corrêa somente em sede de memoriais, são aqui consideradas mas evidentemente não afastam a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

necessidade de aferição do conteúdo do ajuste, trazido à homologação do Poder Judiciário, diante da gravidade dos fatos e prejuízo causado ao erário.

A análise das condições vigentes à época dos fatos, das consequências dos atos e dos meios então existentes para as partes atuarem, condições previstas na referida LINDB, implica devam ser considerados outros elementos na avaliação e julgamento das condutas envolvendo a Administração, seus agentes e demais participantes, todavia, não autoriza sejam integralmente relevados atos ilícitos dolosos comprovados, lesivos ao patrimônio público.

A excepcionalidade do tratamento normativo para os atos de improbidade corresponde a necessidade de bem demarcar a improbidade como forma distinta de responsabilização, além daquelas em geral reconhecidas : penal, civil e administrativa.

Entretanto, o novo quadro normativo também deve ser considerado, como bem ponderou a digna magistrada sentenciante:

“Cabe ressaltar que o art. 17, § 1º. Da Lei no. 8429/92 - pois a vigência da Medida provisória nº 703, de 2015, que possibilitava o acordo em ação de improbidade, foi encerrada - não impede a homologação da delação, deve ser interpretado de acordo com o teor do art. 16º. Da Lei no. 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e do art. 4. Da Lei no. 12.850/2013, ou seja, de forma sistêmica, com base em no ordenamento jurídico vigente e com as citadas leis que trouxeram mecanismos para a celebração de acordos de leniência em matéria de repressão à corrupção e colaboração premiada na esfera penal possibilitando, assim, ao Estado compensar aqueles que se dispõem a colaborar com as investigações para a solução de casos de corrupção e de danos ao erário” (fls. 15783 – 75º volume).

A tese adotada pela julgadora foi defendida pela empresa interessada (fls. 15757/15771 – 7º volume) e, de fato, mostra-se adequada, realizando-se a equilibrada compatibilização entre as diversas normas disciplinadoras, avaliando-se os termos do acordo em função das sanções previstas em cada uma delas e condutas aferidas.

Não se justifica, por exemplo, os termos do acordo aceitando de desistência em ação judicial na qual o Ministério Público sequer é parte, com “acréscimo de indenização” em valor presumido e ainda *sub judice* (cláusula/item 13 – fls. 15229),



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

exoneração da empresa leniente de todas as penalidades previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92 (cláusula/item 16 – fls. 15230) e ausência de ressarcimento ao lesado.

Considero, portanto, diante da legislação referida e fundamentação adotada, possível um único acordo envolvendo todas as formas de responsabilização (civil, penal, administrativa e por improbidade), **desde que expressamente sopesadas e justificadas as respectivas sanções**, o que não ocorreu, a autorizar, agora, sua revisão.

Em consequência, embora inviável a homologação integral do acordo de leniência celebrado com a empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa, ajuste impugnado pela própria PGJ, invocando jurisprudência deste Tribunal e do STJ (fls. 17566/17579), especialmente quanto às cláusula/itens relacionadas aos efeitos jurídicos decorrentes da confissão da prática do ato de improbidade administrativa, possível sua validação parcial, revaliando o judiciário os termos do ajuste, sempre motivadamente. Nesse sentido, embora tratando das colaborações premiadas, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, Pet. nº 7.074-QO, rel. Min. Edson Fachin, j. 29/06/2017, ao estabelecer a competência do Judiciário para avaliação dos termos do acordo, seu cumprimento e eficácia.

Retomando a análise do mérito das ações, quando do deferimento da produção de provas pelas partes (fls. 14767 – 70º volume), a prova documental existente já indicava existência do alegado cartel entre as empresas vencedoras dos lotes 02 a 08, a saber:

- a) havia cláusula editalícia vedando a adjudicação de mais de um lote por proponente (cláusula 1.1.2.1 – fls. 213 – 2º volume), o que, em universo limitado de concorrentes, em vez de estimular a concorrência favorecia o conluio;
- b) a qualificação era exclusiva para empresas nacionais (item 1.1.1. – fls. 213);
- c) somente dois Consórcios ofereceram propostas com condições técnicas exigidas para os lotes 03 e 07, logo, por força do edital, cada um “ganharia” um dos lotes;
- d) apenas cinco Consórcios ofereceram propostas a todos os cinco lotes restantes (números 02, 04, 05, 06 e 08), já excluídas as propostas do Consórcio Construcap-Constran, vencedor do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

lote 01 e formalmente impedido de participar dos demais (fls. 248 – 3º volume);

- e) a "equânime" participação e distribuição dos resultados dos lotes entre as empresas envolvidas na “disputa” destes lotes e respectivos valores ofertados em cada lote, garantiu que cada uma “ganhasse” um lote;
- f) documento com data bem anterior à divulgação do resultado dos certames e reconhecimento de firma já indicava a existência do cartel e antecipava o resultado integral da licitação (o que veio a se revelar acertado – fls. 408);
- g) notícia do jornal imediatamente após a divulgação do resultado enfatizando a existência daquele documento e o conhecimento prévio do ajuste (fls. 395).

O documento “prevendo” o resultado final do certame teve o reconhecimento anterior de firma, "marcando" a data daquele documento (23/04/2010); não houve qualquer prova requerida ou produzida a demonstrar eventual vício no documento; o laudo elaborado pelo Instituto de Criminalística de São Paulo (assinado por três peritos criminais) “*NÃO EXCLUIU a possibilidade de ter sido submetida a processo de alteração, mediante enxerto de texto, a “Antecipação do resultado de lotes da concorrência Linha 5 do Metrô de SP” – Peça em Exame*” (em especial fls. 840 – 5º volume, com sublinhado meu), porém, trata-se de mera possibilidade e não se comprovou vício nem foi requerida ou deferida prova técnica na esfera judicial nesse sentido, pois, como se vê no despacho saneador (fls. 14764 – 70º volume), só houve o deferimento de prova pericial de engenharia. Não se pode presumir, portanto, qualquer irregularidade na conduta do jornalista, valendo tal documento como prova.

Não se ignora a existência de parecer do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (fls. 3778/3792 do apenso – 19º volume), bem como de decisão judicial já transitada em julgado (fls. 3576/3580 do apenso – 18º volume), afastando a existência de irregularidade na cláusula editalícia.

Tais decisões, com maior ou menor credibilidade, devem ser avaliadas em função das provas agora existentes, inexistentes à época; verificando os respectivos embasamentos daquelas decisões administrativas, nota-se que não são hábeis a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

infirmar a prova aqui trazida.

Existem, ainda, pareceres do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE/SP TCE/SP, em representações apresentadas pelos próprios licitantes (v.g. fls. 378 e seguintes do apenso – 2º volume), igualmente não reconhecendo os vícios alegados, porém, nestes casos, o próprio TCE/SP teve integrantes acusados de recebimento de propina decorrentes de contratações públicas desta natureza, o que retira a confiabilidade de algumas das suas manifestações.

É inegável que ajustes irregulares são realizados de diferentes formas, com situações de subcontratação das empresas que "aceitam" não participar efetivamente de uma licitação ou participam apenas *pro forma*, garantida *a posteriori* a divisão entre elas do lote obtido naquela licitação; sabe-se, igualmente, que o uso indiscriminado de aditivos contratuais eleva em muito o valor inicialmente pactuado. O Ministério Público não foi a fundo nestas investigações, mas o que consta nos autos é suficiente para comprovar a fraude.

As provas documentais acima referidas já estavam nos autos e o acordo de leniência firmado, confissões obtidas e as próprias limitações das defesas apresentadas diante do conjunto probatório, permitem seja confirmada a existência do cartel quanto às empresas vencedoras dos lotes 02 a 08, como afirmado pelo Ministério Público. Como se sabe, fatos e documentos que não mereceram impugnação específica nas respectivas contestações podem ser aceitos como prova do alegado.

Os termos do acordo de leniência celebrado reafirmaram, juntamente com as outras provas trazidas, o conluio entre as empresas qualificadas para os lotes 03 e 07, de maior valor e especialidade técnica (fls. 10); é o que consta expressamente no ajuste juntado (especialmente às fls. 15225/15227 – 72º volume) e no depoimento dos colaboradores (fls. 15370/15374 e 15373/15374 – 73º volume e 15550/15552 – 74º volume), anotando que algumas informações trazidas dizem respeito a outras linhas do METRÔ que não são objeto destas ações, mas atestam o mesmo modo de atuação.

O acordo de leniência e a narrativa dos colaboradores também se ajustam ao fato de que apenas dois consórcios foram qualificados para referidos lotes (fls. 08), certame no qual havia a cláusula editalícia vedando a adjudicação de mais de um lote por proponente (cláusula 1.1.2.1 – fls. 213), a confirmar a alegada combinação prévia, conluio também confessado por uma das construtoras envolvidas na adjudicação dos lotes



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

03 e 07 (Construções e Comércio Camargo Corrêa) e agente público.

As rés Construções e Comércio Camargo Corrêa, Construtora Andrade Gutierrez S/A, Construtora Queiroz Galvão S/A, Construtora OAS Ltda., e Construtora Norberto Odebrecht Brasil S/A (atual Odebrecht Engenharia e Construção Internacional S/A), foram as únicas qualificadas (fls. 07/08) e, conseqüentemente, vencedoras dos lotes 03 e 07, por meio de dois consórcios distintos (fls. 10).

Portanto, o acordo de leniência celebrado pela requerida Construções e Comércio Camargo Corrêa (fls. 15225/15231) e os elementos de provas existentes antes e depois do deferimento da abertura da instrução (fls. 14764) comprovam que houve conluio entre essas cinco empresas (denominadas de “G5”) e agente público, com o objetivo de prejudicar a competitividade do certame e obter ganhos indevidos.

A confissão da combinação prévia das propostas dos lotes 03 e 07) realizada no acordo de leniência (em especial cláusulas/itens 2 e 3 – fls. 15225/15226) e o pagamento de vantagens indevidas a agente público (em especial cláusula/item 6 – fls. 15226) estabelecem o vínculo com as demais provas e formam narrativa coerente e uniforme.

O conluio foi igualmente, confirmado por réu em feito criminal no qual firmou “colaboração premiada”, ao que consta, já devidamente homologada pelo Poder Judiciário na forma da Lei nº 12.850/13, na qual foi esclarecido que:

“(…) dois dos oito lotes expostos acima, os de números 3 e 7 tinham maior calor e padrões ais altos de atestação (...) as empresas do G-5 – CCCC, Andrade Gutierrez, Odebrecht, OAS e Queiroz Galvão – eram as únicas empresas brasileiras que possuíam atestação suficiente para se pré-qualificar nesses lotes 3 e 7 (...) ao assumir o projeto, tomou conhecimento de que houve um acordo entre essas cinco empresas para divisão dos lotes em questão, ficando CCCC e Andrade Gutierrez com o Lote 3 e Odebrecht, Queiroz Galvão e OAS com o Lote 7” (em especial fls. 15370/15371 – 73º volume, com sublinhado meu).

“(…) após assumir o projeto da Linha 5, cuja licitação se encerrou em 2010, o Declarante, então Gerente Executivo da CCC recebeu demanda de Anuar Benedito Caran (Andrade Gutierrez – empresa líder do Consórcio) sobre necessidade de pagamento para Sergio Correa Brasil (Diretor) do Metrô (...) o Declarante foi informado na ocasião por Anuar Benedito Caran que esse pagamento referia-se a uma ajuda



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

prestada na elaboração para o direcionamento do edital (...) ao receber essa demanda de Anuar Caran, o Declarante discutiu o assunto com Arnaldo Cumplido (Diretor da Camargo Correa) (...) Arnaldo Cumplido (Diretor da Camargo Correa) autorizou tais pagamentos (...) após essa autorização, o Declarante procurou Sérgio Correia Brasil (Diretor do Metrô) (...) foi então discutido entre eles a forma de operacionalização de tais pagamentos” (em especial fls. 1550/15551 – 74º volume, com sublinhado meu).

Os novos elementos de prova trazidos aos autos não foram objeto de impugnação específica pelas empresas expressamente citadas no acordo de leniência e na “colaboração premiada” (fls. 15654/15656 e 15736/1573), parte deles são de conhecimento público, com ampla divulgação, válidos, portanto, como elementos de prova, corroborados pelos demais. Ademais, conforme já indicado acima, a Construtora Andrade Gutierrez S/A e as outras empresas envolvidas não impugnaram diretamente os fatos descritos pela empresa leniente, apenas defendendo genericamente a regularidade de sua conduta (em especial fls. 15736/15737).

Recentemente, ainda, o próprio agente público mencionado no acordo de leniência (Sérgio Correia Brasil) também firmou “colaboração premiada” perante a Justiça Federal admitindo o recebimento de vantagens indevidas pagas por essas cinco empresas a fim de favorecê-las na adjudicação dos lotes 03 e 07 da Linha 5 – Lilás do METRÔ. É o que consta da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal nos autos da Ação Penal nº 0005803-30.2017.4.03.6181, recebida por meio de decisão datada de 09/08/2019, divulgada publicamente, na qual consta expressamente:

*“As investigações que resultaram neste processo tiveram origem com os depoimentos prestados pelos colaboradores, executivos ou ex-executivos do grupo ODEBRECHT, **FÁBIO ANDREANI GANDOLFO, BENEDICTO DA SILVA JÚNIOR, CELSO DA FONSECA RODRIGUES, CARLOS ARMANDO GUEDES PASCHOAL e ARNALDO CUMPLIDO DE SOUZA**, no âmbito da Petição nº 6637 do STF, que foram devidamente homologados pelo E. STF e encaminhados à Justiça Federal de São Paulo. Posteriormente, com o aprofundamento das investigações, novos depoimentos foram prestados por tais colaboradores no Procedimento de Investigação Criminal instaurado pelo MPF (PIC 1.34.001.009848/2017-15), indicando o pagamento de vantagens indevidas a servidores do Metrô-SP.*

Após, **SERGIO CORREA BRASIL** celebrou acordo de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

colaboração premiada, devidamente homologado na 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo (autos nº 0005711-81.2019.403.6181), o qual apontou o recebimento de vantagens indevidas por funcionários do METRÔ-SP, pagas pelo Grupo ODEBRECHT e pelas empresas ANDRADE GUTIERREZ, CAMARGO CORREA, OAS e QUEIROZ GALVÃO, a fim de se beneficiarem em processos licitatórios relacionas às obras das Linhas 2, 5 e 6 do Metrô-SP, conforme segue.” (pág. 05 da decisão, com caixa alta e negrito no original).

Anoto que embora referida Ação Penal corra em segredo de justiça, cópias da denúncia oferecida e da decisão recebendo a denúncia foram disponibilizadas ao público pelo Ministério Público Federal e podem ser consultadas em <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/denuncia-metro-corrupcao/view> e <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/recebimento-denuncia-metro-corrupcao/view>.

A apresentação de propostas em valor inferior ou igual ao orçado pelo METRÔ apenas reforça o ajuste para exclusão de eventuais concorrentes, garantia a aparência de lisura ao procedimento e coloca em dúvida o próprio valor orçado para as obras, diante do envolvimento de agente público.

Acrescidas tais provas àquelas iniciais, consolidou-se conjunto probatório firme, uniforme e coerente em relação as empresas envolvidas nas contratações dos lotes 03 e 07.

Neste contexto, correta a condenação das empresas Construtora Andrade Gutierrez S/A, Construtora Queiroz Galvão S/A, Construtora OAS Ltda., e Construtora Norberto Odebrecht Brasil S/A (atual Odebrecht Engenharia e Construção Internacional S/A), pois configurado o ato de improbidade administrativa, enquadrado nos arts. 10 e 11 da Lei de Improbidade.

Analisa-se, agora, a condenação das empresas Serveng-Civilian S/A, empresas associadas de engenharia, Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, Heleno & Fonseca Construtécnica S/A, Triunfo IESA Infra-estrutura S/A, Carioca Chirstiani-Nielsen Engenharia S/A, Cetenco Engenharia S/A, CR Almeida S/A Engenharia de Obras e Consbem Construções e Comércio Ltda., vencedoras dos lotes 02, 04, 05, 06 e 08, as quais, conforme mencionado por um dos colaboradores, participavam de "acordos entre as demais empresas para os outros lotes” (em especial fls. 15371), com o objetivo de fraudar licitações.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Constatou-se que somente cinco Consórcios (formados sempre por estas mesmas empresas) ofereceram propostas a esses cinco lotes restantes (números 02, 04, 05, 06 e 08 – fls. 248), saindo vencedores cada um deles em apenas um lote oferecendo propostas vencedoras sempre ligeiramente abaixo do orçamento do METRÔ (fls. 21/23), o que confirma a narrativa da existência do prévio ajuste entre eles, fato igualmente corroborado pelo documento de fls. 408, que veio somente a convalidar os fatos narrados, ressaltando que todos os contratos foram celebrados com o mesmo agente público mencionado no acordo de leniência (Sérgio Correa Brasil – fls. 30/31), que, posteriormente, fez delação premiada.

Ao "fechar" a participação das mesmas empresas nos certames relativos àqueles lotes e distribuir, previamente, o resultado final entre elas, o que se garantia pelo ajuste quanto aos valores das ofertas, evidenciou-se a improvável "coincidência" de resultados, atestada, ademais, pelo prévio conhecimento do resultado registrado em documento pelo jornalista, a afastar qualquer hipótese de mera eventualidade.

Além disso, contaminados os certames pela confissão do agente público envolvido e direcionados os editais, não se imagina que os vícios fossem limitados a dois lotes (03 e 07), quando a sistemática adotada era a mesma para todos eles.

Mais uma vez as provas iniciais já mencionadas, aquelas acrescidas no curso da ação e as condições apuradas, já descritas, e não afastadas após o contraditório, justificam a condenação.

Observo, no que diz respeito ao conjunto probatório que embasa as condenações, que a delimitação das provas inicialmente autorizadas, decisão contra a qual não houve recurso das partes, provas pericial (de engenharia), testemunhal e documental (fls. 14764 – 70º volume), em nada abalam a prova documental existente, notadamente, diante das razões expostas nas respectivas contestações.

Resultados previstos, editais viciados, contratações distribuídas igualmente entre os participantes e envolvimento de agentes públicos são provas, não afastadas por outras, que não poderiam ser ignoradas por qualquer prova oral ou de engenharia; mais uma vez, confirma-se a ausência de cerceamento na produção de provas e a possibilidade de julgamento, nos limites dos pedidos (duas ações) e analisada, agora, a condição individual de cada acusado.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Ressalto que a preservação das formalidades e garantias processuais tem por objetivo a garantia de defesa e a melhor realização da justiça, não se autorizando abusivo apego a formalidades para inviabilizar a busca do resultado útil do processo, quando ausente efetivo prejuízo para a correta apuração, regular defesa e julgamento dos fatos. Os fatos, escancarados, envolvendo corrupção em obras públicas merecem de todos os envolvidos a reavaliação de suas condutas e práticas, a possibilitar a retomada das atividades públicas e privadas em novo patamar ético, em benefício de todos.

A condenação das demais empresas que disputaram os outros lotes referidos e obtiveram os respectivos contatos está plenamente justificada com base na prova colhida.

Quanto as demais empresas referidas na petição inicial da ação popular e na sentença – Construtora Passarelli Ltda., Servix Engenharia S/A e CCI Construções S/A – destaque, inicialmente, que elas não integraram os consórcios vencedores da concorrência para os lotes 02 a 08.

Além disso, ofereceram propostas em apenas alguns dos lotes: Construtora Passarelli Ltda com propostas para três lotes, Servix Engenharia S/A com oferta para um lote e CCI Construções S/A com oferta para dois lotes, tudo conforme o quadro de fls. 287; tal situação aproxima-se de modelo mais realista de participação e concorrência, avaliando interesse, possibilidade econômica, valores, etc, em cada lote, ao contrário da conduta das demais empresas envolvidas, "participando" de todos os lotes.

Finalmente, como não tiveram sucesso em nenhuma dos certames nos quais participaram, inviável presumir envolvimento em conluio sem demonstração de obtenção de qualquer vantagem pela participação. Podem não ter sido aceitas no grupo “vitorioso”.

Por isso, o próprio Ministério Público, em setembro/2011, já havia pleiteado e extinção do feito contra elas (em especial fls. 3355 do apenso – 17º volume), o que sequer foi considerado/mencionado pela sentenciante, tendo a PGJ reconhecido que *“nada nos autos da ação popular, ou mesma da ação civil pública que correu concomitantemente a ela demonstra terem participado de alguma forma de concerto com as demais licitantes condenadas para fins ilícitos”* (em especial fls. 17580 – 83º volume).

Em consequência, a condenação das referidas empresas fica afastada.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Da mesma forma, a prova trazida aos autos também não é suficiente para comprovar a conduta irregular, para fins de configuração de improbidade, do então Presidente do METRÔ ao não suspender a execução dos contratos que haviam sido firmados em gestão anterior.

Avaliando a conduta de tal acusado, verifica-se que o Ministério Público já reconheceu que o atraso nas referidas obras, caso suspensas, geraria vultoso “prejuízo social” (fls. 15138 – 72º volume), o que poderia justificar sua conduta.

Nesta fase de execução dos contratos, considerado o estágio das obras, a tese favorável ao seu prosseguimento foi acolhida em decisão desta Corte nos autos da STA nº 0289005-69.2011.8.26.0000, rel. Des. José Roberto Bedran, j. 22/11/2012 e no posicionamento do Estado de São Paulo e do próprio METRÔ (em especial fls. 16138 e seguintes – 77º volume).

No acordo de leniência, prova também considerada para a condenação proferida, não há relato de pagamento de vantagem indevida ao referido réu, o que, inclusive, motivou o ajuizamento de nova ação civil pública de improbidade administrativa em face de outros agentes públicos vinculados ao METRÔ (fls. 17390/17462 – 83º volume), na qual Sérgio Henrique Passo Avelleda não foi incluído no polo passivo.

É incontroverso, ainda, que o requerido Sérgio Henrique Passo Avelleda não foi responsável pela organização do certame e nem firmou os ajustes com as empresas/consórcios, ingressando nos quadros do METRÔ após o início da execução das obras.

Insistiu o representante do Ministério Público que, diante do disposto no art. 49, da Lei nº 8.666/93, “*o demandado Sérgio Henrique Passos Avelleda tinha o dever de apontar para a meta prevista na lei, que era exatamente a invalidação do certame*” (em especial fls. 37); entretanto, naquele momento não havia sido realizada qualquer apuração da irregularidade, presente apenas a notícia de fraude, recomendando a legislação a verificação do interesse público (confronto entra a notícia de fraude e a paralisação das obras avançadas).

Não se produziu nos autos qualquer prova de participação ou recebimento de vantagem pelo então Presidente da Companhia em razão do conluio entre licitantes, ou mesmo de que referida pessoa tenha contribuído “para esconder o vício” ou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

"sequer investiga-o profundamente", como alegado na inicial às fls. 37; consta que as denúncias foram objeto de apuração em procedimento administrativo do METRÔ que, por meio de sua Diretoria, em decisão colegiada, resolveu dar continuidade as obras que já estavam em fase de conclusão, como bem salientado pelo Estado de São Paulo às fls. 15.679 (74º volume).

Assim, embora possa ser suscitada dúvida quanto a sua conduta diante da opção efetivada, tal situação não atende a necessidade de prova de dolo ou erro grave para a condenação do agente público, como agora referido nas alterações introduzidas por meio da Lei nº 13.655/18 na LINDB (art. 28). Não se preocupou o Ministério Público em apurar qualquer outra conduta para demonstrar seu eventual envolvimento.

A absolvição do agente público incluído nesta ação não beneficia aos demais envolvidos; a participação de agentes públicos no esquema é incontroversa e a necessidade de avaliação individualizadas das condutas não obriga seja proferida decisão uniforme quanto a todos os envolvidos, ausente litisconsórcio necessário. Embora na ação de improbidade deva ser indicada, obrigatoriamente, a conduta conjunta de agentes públicos e privados para tipificar o ato de improbidade, as decisões podem e devem ser individualizadas, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (nesse sentido REsp 1.696.737/SP. Min. Herman Benjamin, j. 16.11.2017; AgRg no REsp 1.424.144/PB, Min. Benedito Gonçalves, j. 26.05/2015, entre outros julgados).

Por conseguinte, devem ser acolhidos, quanto ao mérito, os inconformismos dos condenados Sérgio Henrique Passos Avelleda, Galvão Servix Engenharia S/A, CCI Construções S/A e Construtora Passarelli Ltda., para o fim de, contra esses réus, julgar as ações improcedentes, prejudicadas todos os demais questionamentos levantados nos apelos dessas partes.

A prática do cartel perpetrada pelas vencedores dos lotes 02 a 08, à evidência, auxiliava a dar aparência formal de regularidade ao certame, cujo resultado já estava pactuado, resultando em ausência de competitividade e vantagens indevidas, conforme divulgado em outras investigações e aferido nos demais elementos probatórios já referidos; o prejuízo à competitividade do certame gera dano *in re ipsa* ao erário (nesse sentido: STJ, AgInt. no REsp. nº 1.422.805-SC, rel. Min. Francisco Falcão, j. 14/08/2018), e também é qualificado como violação aos princípios da Administração Pública (nessa



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

direção: STJ, REsp. nº 1.622.290-AL, rel. Min. Herman Benjamin, j. 06/12/2016), não se cogitando, porque absolutamente irreal, de conluio entre empresas para favorecer o patrimônio público; ademais, ações lícitas precisam ser ocultadas nem dependem do pagamento de propina.

Em relação às condenações mantidas, afastada a homologação integral do acordo de leniência, preservados os efeitos jurídicos advindos da confissão já referida para as empresas participantes dos certames envolvendo os lotes 03 e 07, as sanções devem ser reavaliadas, atendendo ao pedido formulado no apelo do Estado de São Paulo (em especial fls. 16135/16137 – 77º volume), que igualmente figura no polo ativo da ação civil pública de improbidade administrativa (fls. 9875/9913 – 45º volume) e da empresa colaboradora; prejudicadas, em consequência, as preliminares levantadas nos recursos do ente político e do METRÔ quanto à homologação integral do ajuste, sendo que a apuração do prejuízo causado é a seguir avaliada.

Em relação às empresas vencedoras dos lotes 02 a 08, mantida a conclusão alcançada pela sentenciante, também de acordo com a prova existente, revisando-se apenas as respectivas sanções.

Comprovada a prática do ato de improbidade administrativa pelas empresas já mencionadas, avalia-se, então, o dano causado ao erário e as penalidades impostas, questões levantadas nos apelos do Estado de São Paulo e do METRÔ, bem como pelas rés condenadas (em especial fls. 16119 e seguintes, 16279 e seguintes e 16923 e seguintes).

As condutas praticadas pelas requeridas Construções e Comércio Camargo Corrêa, Construtora Andrade Gutierrez S/A, Construtora Queiroz Galvão S/A, Construtora OAS Ltda., e Construtora Norberto Odebrecht Brasil S/A (atual Odebrecht Engenharia e Construção Internacional S/A), estão capituladas nos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, reconhecido o dolo específico (especialmente às fls. 15225/15231, depoimento de um de seus funcionários – fls. 15370/15371 e 1550/1551 – e por agente público envolvido – Sérgio Correa Brasil e prova documental existente), a justificar a reparação integral do dano causado ao erário, na forma do art. 12, II e III, da Lei nº 8.429/92. Confirmado o conluio, estende-se às demais (Serveng-Civilian S/A, empresas associadas de engenharia, Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, Heleno & Fonseca Construtécnica S/A, Triunfo IESA Infra-estrutura S/A, Carioca Chirstiani-Nielsen



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Engenharia S/A, Cetenco Engenharia S/A, CR Almeida S/A Engenharia de Obras e Consbem Construções e Comércio Ltda.), por decorrência lógica, a intenção fraudulenta de todos os envolvidos; sem a identidade de propósitos delituosos não era possível aquela fraude, a autorizar igual e solidária responsabilização.

A natureza do ilícito praticado (prejuízo à competitividade do certame, obtenção de ganhos indevidos e prejuízo ao erário), nem sempre permite apuração mais precisa do dano causado, considerando o limitado universo de participantes e conseqüente deficiência no uso de dados comparativos, uma vez que as fraudes ocorreram em mais de um contrato, tudo indica por muito tempo, contaminando qualquer aferição de custo real comparativo para períodos pretéritos. Faz algum tempo que obras públicas no Brasil implicam em “custos” superiores a obras equivalentes no exterior ...

O Ministério Público apurou o valor do dano causado tomando por base propostas apresentadas por Consórcio que já havia vencido, anteriormente, o lote 01, e já estava formalmente impedido de participar dos demais lotes (fls. 1018/1040 – 6º volume), critério exclusivo de difícil aceitação, pois desconhecida a viabilidade da execução dos serviços, como bem pontuado pelo Estado de São Paulo e pelo METRÔ às fls. 16121/16222; além do que, conforme já referido, as irregularidades espalhavam-se por mais de uma proposta e contrato, afastada a confiabilidade dos valores formalmente propostos.

Em regra, conforme já mencionado, admite-se o prejuízo à competitividade do certame gera dano *in re ipsa* ao erário (nesse sentido: STJ, AgInt. no REsp. nº 1.422.805-SC, rel. Min. Francisco Falcão, j. 14/08/2018). Além disso, o ajuste quanto as ofertas e pagamentos indevidos confirmam a finalidade ilícita para obter ganhos com prejuízo ao erário, sendo relevante considerar no arbitramento que as obras foram concluídas, o que afasta a possibilidade de devolução integral dos valores contratados.

No entanto, postergar para liquidação a apuração de valores sem elementos de pesquisa confiáveis não se justifica, sendo adequado o critério de arbitramento sugerido pelo Estado de São Paulo e pelo METRÔ com base em precedentes do Tribunal de Contas da União – TCU (Acórdão números 3089/2015 e 414/2018, j. em 02/12/2015 e 07/03/2018, respectivamente), consistente na aplicação de percentual (17%) sobre o valor de cada contrato celebrado (em especial fls. 16126/16127).

Tal critério foi embasado em estudo empírico elaborado por John



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

M. Connor, professor da universidade de Purdue, no Estado de Indiana – Estados Unidos (que pode ser acessado em <https://core.ac.uk/download/pdf/7034767.pdf>) apurando que os cartéis geram média de sobrepreço de 25% aos mercados competitivos, bem como em resultados encontrados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que estima um sobrepreço entre 10% e 20%, justificando a adoção do percentual intermediário de 17%.

Assim, fica alterada a condenação relativa à reparação integral do dano, fixando-se que o prejuízo a ser ressarcido deve corresponder a 17% sobre o valor dos contratos celebrados com as empresas condenadas (considerados dois blocos distintos : as empresas envolvidas nos lotes 03 e 07 devem pagar 17% sobre o valor dos contratos referentes a tais lotes e as demais empresas 17% sobre os valores dos outros lotes), a ser atualizado.

Afasta-se, portanto, o critério defendido pelo ministério Público e acolhido na r. sentença.

O mesmo critério reparatório do dano deve ser adotado em relação a empresa que celebrou o acordo de leniência, no qual a empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa responderia por apenas 1/15 do total do prejuízo alegado pelo Ministério Público (cláusula/item 9 – fls. 15227), quantia ínfima diante dos montantes envolvidos.

Quanto a empresa colaboradora inegável a necessidade de resguardar a confiabilidade dos acordos de colaboração celebrados com as instituições públicas; preserva-se a confiabilidade das instituições, obtém-se comprovação de fatos cuja apuração é difícil e demorada, consegue-se algum ressarcimento ao erário, o que sempre foi muito raro, e desmantelam-se práticas ilegais.

É claro que o montante dos valores envolvidos nos contratos não indica que apenas um funcionário, diretor, do Metro, recebendo pouco mais de dois milhões, fosse o único responsável por todo o esquema, que representa alguns bilhões em contratos, entretanto, melhor algum resultado do que nenhum, competindo ao Ministério Público maior aprofundamento nas apurações e acordos, o que aqui não foi observado.

Ao que consta a empresa já pagou algum valor por força do acordo e adotou nova postura empresarial, com práticas de *compliance*, fiscalizadas pelo Ministério Público, a justificar seja condenada apenas a obrigação de ressarcir o prejuízo nos termos acima delimitados, abatendo eventual valor já pago, de modo a preservar a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

atividade empresarial, desde que sob a lei, reconhecendo e revendo práticas ilegais suas e de terceiros.

A correção monetária é devida desde a assinatura do primeiro contrato celebrado com qualquer uma das rés indicadas (ocasião em que se configurou o evento danoso), e acrescido de juros de mora a partir de então, nos termos dos Enunciados números 43 e 54 da Súmula do STJ, acolhendo, também nesta parte, o inconformismo do Estado de São Paulo e do METRÔ, **esclarecendo que a importância deve ser destinada exclusivamente ao METRÔ, vítima do ilícito**, podendo ser deduzidos os valores já depositados nos autos pela ré Construções e Comércio Camargo Corrêa em razão do acordo de leniência firmado (v.g. fls. 17512/17515 – 8º volume), aqui validado em parte.

Para as demais empresas envolvidas e condenadas o pagamento de multa civil é devido, mas considerando o novo valor do ressarcimento, a multa fica reduzida para o equivalente a uma vez o valor do ressarcimento, de modo a não inviabilizar a continuidades das operações.

A proibição de contratar com o poder público ou recebimento de incentivos/benefícios para as demais empresas deve ser mantida tendo em vista a intensidade do dolo e do prejuízo causado.

Em resumo, tem-se que as ações julgadas em conjunto são parcialmente procedentes, unicamente para o fim de condenar as empresas Construções e Comércio Camargo Corrêa, Construtora Andrade Gutierrez S/A, Construtora Queiroz Galvão S/A, Construtora OAS Ltda., Construtora Norberto Odebrecht Brasil S/A (atual Odebrecht Engenharia e Construção Internacional S/A), Serveng-Civilian S/A, empresas associadas de engenharia, Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, Heleno & Fonseca Construtécnica S/A, Triunfo IESA Infra-estrutura S/A, Carioca Chirstiani-Nielsen Engenharia S/A, Cetenco Engenharia S/A, CR Almeida S/A Engenharia de Obras e Consbem Construções e Comércio Ltda., pelas razões e nos termos acima delimitados.

Ante o exposto, meu voto é pelo não conhecimento dos apelos interposto pelos Consórcios Metropolitanos 5 e Heleno & Fonseca/TIISA nos autos da ação popular em apenso, pelo provimento dos recursos de apelação interpostos pelos réus Sérgio Henrique Passos Avelleda, Servix Engenharia S/A, CCI Construções S/A e Construtora Passarelli Ltda., e pelo provimento parcial dos demais apelos (interpostos pelo Estado de São Paulo e METRÔ, e pelas empresas Construtora Andrade Gutierrez S/A, Construtora



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Queiroz Galvão S/A, Construtora OAS Ltda., Construtora Norberto Odebrecht Brasil S/A (atual Odebrecht Engenharia e Construção Internacional S/A), Serveng-Civilian S/A, empresas associadas de engenharia, Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, Heleno & Fonseca Construtécnica S/A, Triunfo IESA Infra-estrutura S/A, Carioca Chirstiani-Nielsen Engenharia S/A, Cetenco Engenharia S/A, CR Almeida S/A Engenharia de Obras e Consbem Construções e Comércio Ltda.), tudo nos termos acima delimitados.

Luís Francisco Aguilar Cortez
Relator