

## MANDADO DE SEGURANÇA 34.738 DISTRITO FEDERAL

**RELATOR** : MIN. ROBERTO BARROSO  
**IMPTE.(S)** : BNY MELLON SERVICOS FINANCEIROS  
DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES  
MOBILIARIOS S/A  
**ADV.(A/S)** : SERGIO BERMUDEZ E OUTRO(A/S)  
**IMPDO.(A/S)** : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

### DECISÃO:

*Ementa:* DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). PODER GERAL DE CAUTELA. INDISPONIBILIDADE DE BENS DE PARTICULARES.

1. É possível a decretação pelo TCU de indisponibilidade de bens de particulares responsáveis pela administração de dinheiro de origem pública, se constatados indícios de ilegalidades, ainda que eles também se submetam à fiscalização de outras instâncias administrativas.
2. No caso concreto, contudo, não se afigura razoável o bloqueio de mais de R\$ 500 milhões da impetrante, diante do caráter incipiente e complexo da apuração de sua responsabilidade, e sem que tenha ela tido oportunidade de se manifestar. Ausência de plausibilidade do direito na decisão cautelar do TCU.
3. Eventual movimentação patrimonial ou financeira atípica por parte da impetrante, que leve a supor evasão de responsabilização futura, ou mesmo a

superveniência de elementos que confirmem a sua responsabilidade pelos fatos apurados podem justificar a decretação de nova medida cautelar, que, nesse caso, estará fundada em circunstâncias não apreciadas neste feito.

4. Segurança concedida.

1. Trata-se de mandado de segurança, com requerimento de medida liminar, impetrado por sociedade administradora de fundos de investimentos contra ato do Tribunal de Contas da União (TCU), por meio do qual foi decretada a indisponibilidade de bens da impetrante no valor de aproximadamente R\$ 567 milhões.

2. Os fatos narrados pela impetrante são essencialmente os seguintes:

a) o TCU determinou, por meio do Acórdão nº 864/2016, que fosse realizada auditoria na Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC e na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, com vistas a apurar as causas do notório déficit financeiro do fundo de pensão Postalís — Instituto de Seguridade Social dos Correios e Telégrafos (“Postalís”);

b) após analisar o resultado do relatório de auditoria realizada entre 14.04.16 e 29.07.16, o TCU determinou a abertura de processos apartados de tomada de contas especial “com objetivo de apurar a existência de prejuízos bilionários causados ao POSTALIS (...) relacionados a elevados déficits existentes em fundos de investimento dos quais o instituto participa”;

c) na mesma ocasião, antes mesmo da autuação dos processos individuais e da efetiva apuração de responsabilidades, o Tribunal de Contas da União decretou a indisponibilidade de bens pertencentes à BNY DTVM em montante equivalente a R\$ 556.188.480,84, pelo prazo de um ano, a fim de garantir o ressarcimento do suposto débito “em apuração”;

d) essa medida, tomada sem que a impetrante tivesse oportunidade de se manifestar, está embasada no fundamento de que a impetrante teria tornado propício o descumprimento das regras previstas no regulamento do fundo, devendo ser imputada a ela responsabilidade pelo prejuízo sofrido pela entidade dos correios no âmbito do FIC Serengeti – fundo do qual o Postalis era cotista exclusivo.

3. Sustenta a impetrante, em síntese, que:

a) não compete ao TCU decretar a indisponibilidade de bens da impetrante com fundamento em prejuízos sofridos pelo Postalis, tendo em vista se tratar de entidade de previdência complementar, de regime estritamente privado (art. 202 da Constituição Federal), não havendo que se falar, nesse caso, em verbas públicas;

b) segundo a jurisprudência recente do Tribunal (MS 34.357/DF, decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, j. 31.08.16), o art. 44, §2º da Lei Orgânica do TCU apenas admite a decretação de indisponibilidade de bens de “servidores públicos” que causarem dano ao erário, e não de particulares contratantes com a Administração Pública – com maior razão, não se pode admitir a medida com relação a particulares que sequer contrataram com a Administração Pública;

## MS 34738 / DF

c) ainda que o disposto no art. 44, §2º da Lei Orgânica do TCU se aplicasse a particulares, fato é que, conforme jurisprudência do STF, a decretação de indisponibilidade de bens, sem oitiva da parte prejudicada, apenas se justifica quando comprovada a necessidade de (i) paralisação imediata de situação que possa causar lesão ao interesse público ou (ii) para garantir a utilidade prática de processo que tramita no Tribunal de Contas (MS 33.092/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.03.15; e MS 26547/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.05.07).

4. Deferi a medida liminar para sustar os efeitos da decretação da indisponibilidade de bens até o julgamento final deste *writ* (doc. 60).

5. O TCU apresentou informações (doc. 71), nas quais alegou, em síntese, que:

a) possui competência para fiscalizar os recursos aplicados pelas entidades fechadas de previdência privada complementar cujos patrocinadores sejam órgãos e entidades públicas federais, haja vista a natureza pública de tais recursos;

b) é legítima a decretação de medida cautelar pelo TCU, sem oitiva prévia da parte, com vistas à preservação do patrimônio público;

c) particulares se sujeitam ao poder fiscalizatório e sancionador do TCU, desde que administrem recursos públicos;

d) a decretação de indisponibilidade dos bens da parte impetrante encontra-se devidamente fundamentada no voto do relator que integra o Acórdão 630/2017-TCU-Plenário, no qual se demonstra a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in*

**MS 34738 / DF**

*mora.*

6. A União interpôs agravo regimental contra a decisão que deferiu a medida liminar (doc. 73).

7. A Procuradoria-Geral da República ofereceu parecer pela denegação da ordem, com conseqüente cassação da medida liminar (doc. 75).

8. **É o relatório. Decido.**

9. O primeiro argumento deduzido pela impetrante é o de que o TCU não possuiria competência para a fiscalização do dinheiro empregado pelas entidades fechadas de previdência complementar. Ao seu ver, uma vez transferidos pela Administração Pública, os recursos passam a pertencer aos patrocinados da entidade de previdência privada e, assim, perdem a natureza jurídica de verbas públicas.

10. Para fiscalizar tais entidades foi criada a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (“Previc”). De acordo com a Lei nº 12.154/2009, essa autarquia federal tem por competência específica “proceder à fiscalização das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de suas operações”, além de “apurar e julgar infrações e aplicar as penalidades cabíveis” (art. 2º, I e II).

11. O art. 24 da Lei Complementar nº 108/2001, por sua vez, dispõe que “[a] fiscalização e controle dos planos de benefícios e das entidades fechadas de previdência complementar de que trata esta Lei Complementar competem ao órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar”.

12. Não obstante, o art. 25 da mesma lei complementar prevê

## MS 34738 / DF

que “[a]s ações exercidas pelo órgão referido no artigo anterior não eximem os patrocinadores da responsabilidade pela supervisão e fiscalização sistemática das atividades das suas respectivas entidades de previdência complementar”.

13. Essa última disposição normativa guarda consonância com o disposto no art. 70, parágrafo único, da Constituição que prevê a fiscalização pelo TCU sobre “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que (...) gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.

14. Já o art. 71 da Constituição prevê competir ao TCU examinar as contas “daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”.

15. A competência da Previc, portanto, não afasta a atribuição do TCU de fiscalizar a aplicação de recursos pelas entidades fechadas de previdência complementar, direta ou indiretamente.

16. Constatada ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas de quaisquer agentes submetidos a sua fiscalização, compete ao TCU, nos termos do art. 71, VIII, da Lei Maior, aplicar aos responsáveis “as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”.

17. Diante da competência que lhe é atribuída constitucionalmente, pressupõe-se a outorga ao TCU, também, do poder geral de cautela necessário para garantir a eficácia de suas decisões, como se verifica dos seguintes precedentes do STF:

“PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO.

MS 34738 / DF

COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. **O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões.** 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem.”

(MS 24.510, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 19.11.2003; sem destaque no original)

“Tomada de contas especial. 3. Dano ao patrimônio da Petrobras. Medida cautelar de indisponibilidade de bens dos responsáveis. 4. **Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais.** 5. Observância dos requisitos legais para decretação da indisponibilidade de bens. 6. Medida que se impõe pela excepcional gravidade dos fatos apurados. Segurança denegada.

(MS 33.092, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 24.03.2015; sem destaque no original)

18. Especificamente a respeito da decretação de indisponibilidade de bens, trata-se de medida que encontra previsão expressa no artigo 44, §2º, da Lei nº 8.443/1992.

**MS 34738 / DF**

19. Não identifico, por conseguinte, ilegitimidade do TCU para a fiscalização das entidades fechadas de previdência privada, para a responsabilização daqueles que gerirem ilegalmente os seus recursos e para a decretação das medidas cautelares necessárias à garantia de eficácia das suas decisões, dentre as quais a indisponibilidade dos bens dos responsáveis pelos danos ao Erário.

20. A principal controvérsia do presente mandado segurança, assim, reside em saber se a decretação de indisponibilidade de bens pelo TCU preenche os requisitos necessários à concessão de qualquer medida cautelar, isto é, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

21. Em vista do que foi acima exposto, entendo que o TCU tem competência em tese para decretar medidas cautelares como a impugnada nos presentes autos; não obstante, entendo que na hipótese não se configurou o *fumus boni iuris* necessário para autorizar tal medida, notadamente em vista da vultosa quantia bloqueada.

22. Na linha do que afirmei ao apreciar o pedido de medida liminar neste *writ*, a decretação da indisponibilidade de bens da impetrante, em momento processual no qual não estava firmada com clareza a sua responsabilidade, se mostrou desarrazoada. Por esse motivo, não se caracterizou, então, a plausibilidade jurídica necessária para a determinação desse tipo de ordem.

23. A impetrante, distribuidora de títulos e valores mobiliários, administrou fundo de investimento que tinha por cotista exclusivo o fundo de pensão Postalís. A indisponibilidade de seus bens pelo TCU se fundou em sua suposta responsabilidade por omissão na fiscalização de serviços terceirizados de gestão da carteira do fundo.

24. No acórdão em que decretou a indisponibilidade de bens

## MS 34738 / DF

da impetrante, o TCU determinou “a autuação de processos apartados de tomada de contas especial para apurar, individualmente, as irregularidades mencionadas nos tópicos II, III, IV e V do voto que fundamenta a presente decisão, autorizando, desde logo, a anexação, por cópia, de toda documentação necessária à instrução desses processos, bem como a realização da citação dos seguintes responsáveis (...)” (doc. 56, fl. 150).

25. Daí se vê que a apuração da responsabilidade da impetrante se apresentava num estágio ainda bastante incipiente, não lhe tendo sido concedida sequer a oportunidade de se manifestar sobre a apuração do TCU. O tema, por outro lado, é bastante complexo, envolvendo intrincada análise sobre o (des)cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela impetrante frente ao Postalís. Nesse contexto, mostra-se desproporcional a decretação, de modo tão antecipado, da indisponibilidade de bens da impetrante em volume tão substancial.

26. Ressalto que eventual movimentação patrimonial ou financeira atípica por parte da impetrante, que leve a supor evasão de responsabilização futura, ou mesmo a superveniência de elementos que confirmem a sua responsabilidade pelos fatos apurados podem justificar a decretação de nova medida cautelar. Nesse caso, o novo provimento exarado pelo TCU estará fundado em circunstâncias não apreciadas neste feito e, dessa forma, seu conteúdo não estará em desconformidade com esta decisão.

27. Diante do exposto, **concedo a segurança** requerida, para anular a decretação de indisponibilidade de bens da impetrante determinada no Acórdão 630/2017-TCU-Plenário.

28. Admito o ingresso da União nos autos, ficando prejudicado seu agravo contra a decisão liminar. Sem honorários (Súm.

**MS 34738 / DF**

STF 512 e art. 25 da Lei nº 12.016/2009). Sem custas (art. 4º, I, da Lei nº 9.289/1996).

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 05 de abril de 2022.

**Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO**

Relator