

VOTO – VISTA

O Senhor Ministro Gilmar Mendes:

(I) Relato processual

O presente mandado de segurança foi impetrado pela PPI - Projeto de Plantas Industriais Ltda. em face de ato do Tribunal de Contas da União, em sede de tomada de conta especial, que impôs medida cautelar para decretar a indisponibilidade de bens de particulares, com base no art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992, visando a garantir o integral ressarcimento dos débitos em apuração.

A impetrante aponta a incompetência do TCU para decretar a indisponibilidade de bens de particulares, alegando que *"em nenhum momento esses dispositivos mencionam expressamente a possibilidade de que tais medidas sejam aplicadas aos particulares"*, além da impossibilidade de realizar a desconsideração da personalidade jurídica.

Aduz que, ainda que assim não fosse, o ato coator violou frontalmente os postulados constitucionais da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da razoabilidade e da proporcionalidade, da motivação, da igualdade, da presunção de inocência, entre outros correlatos ao Direito Administrativo Sancionador.

A Corte de Contas, em suas informações, menciona o posicionamento deste Tribunal, no sentido de que os terceiros se sujeitam ao poder fiscalizatório e sancionador do TCU, *"cuja ratio reside na origem pública dos recursos, e não no exame da natureza jurídica dos terceiros envolvidos"*. Proclama, também, ser possível ao *"TCU aplicar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, e a exemplo do que preveem a Lei n. 12.529/2011, art. 34, e a Lei n. 12.846/2013, art. 14"*.

A Procuradoria-Geral da República opina pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

"Mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decretação de indisponibilidade cautelar de bens

de particular. Possibilidade. Desconsideração da personalidade jurídica por decisão da autoridade administrativa. Possibilidade. Aplicação analógica do art. 14 da Lei 12.846/2013. Parecer pela denegação da segurança”.

O Min. Marco Aurélio, na condição de relator, deferiu o pedido de liminar, autorizando a livre movimentação dos bens da impetrante.

A Primeira Turma, na sessão do 28.8.2018, deliberou afetar o julgamento ao Plenário.

Iniciado o julgamento do Colegiado, em Sessão Virtual, o Min. Ricardo Lewandowski inaugurou divergência, para assentar que “em situações como a dos autos, quando se está ainda na fase preambular da apuração, nada obsta que o TCU decrete a indisponibilidade cautelar de bens, pelo prazo não superior a um ano, com esteio no art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992, procedendo, também cautelarmente, à desconsideração a desconsideração da personalidade jurídica do ente sob investigação de maneira a assegurar o resultado útil do processo. Todavia, decisão definitiva sob o destino dos bens acautelados, seja da pessoa jurídica, seja de seus sócios ou administradores, caberá sempre a um magistrado togado, considerado o princípio da reserva de jurisdição, o qual, ao fim e ao cabo, se destina a resguardar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos”. O Min. Luiz Fux aderiu a esse encaminhamento.

O Min. Edson Fachin, por sua vez, iniciou terceira corrente, que confirma a possibilidade de decretação da indisponibilidade de bens e defende que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser implementada pelo Tribunal de Contas da União, seja cautelarmente, seja em definitivo.

Pedi vista dos autos para melhor debruçar-me sobre este mandado de segurança, em virtude de sua complexidade e também em razão da diversidade de compreensões do tema no Colegiado.

(II) Questões controvertidas

Discute-se nestes autos a possibilidade de o TCU decretar a medida cautelar de indisponibilidade de bens de empresas envolvidas em apuração de desvios financeiros, de fraudes contratuais ou de quaisquer ilícitos que causem dano ao erário.

Controverte-se, ainda, acerca da possibilidade de a Corte de Contas atingir o patrimônio pessoal dos sócios das empresas que participam de desfalques ao erário; se tal medida seria equivalente à desconsideração da personalidade jurídica daquelas, além de saber se prescinde de análise prévia pelo Poder Judiciário para se tornar exequível (autoexecutoriedade).

E por fim, se há a violação aos postulados do contraditório, da ampla defesa, da legalidade, entre outros do Direito Administrativo sancionador.

(III) Atribuições do Tribunal de Contas da União: decretação de indisponibilidade de bens de particulares

O ato impugnado – inclusive no que tange à ordem cautelar de indisponibilidade de bens de particulares – está inserido no campo das atribuições constitucionais de controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União (art. 71, CF/88), pois são investigadas possíveis irregularidades relativas à dilapidação do patrimônio público em licitações e contratos administrativos.

A jurisprudência desta Corte reconhece assistir ao Tribunal de Contas um poder geral de cautela, consubstanciado em prerrogativa institucional decorrente das próprias atribuições que a Constituição expressamente outorgou a Corte de Contas para seu adequado funcionamento e alcance de suas finalidades.

É o que restou consignado por esta Corte, por exemplo, no julgamento do MS 24.510, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, DJ 19.3.2004, cuja ementa descreve:

“PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. 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, DJ 19.3.2004, grifo nosso)

Nesse julgado, o ministro Celso de Mello acentuou, com propriedade, a importância da legitimidade constitucional, conferida ao TCU, para adotar medidas cautelares destinadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, de modo a permitir que possam ser neutralizadas situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário. Vale ressaltar o seguinte excerto do voto, no que aqui interessa:

“(…) a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, a essa Corte, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário.

(…)

É por isso que entendo **revestir-se** de integral legitimidade constitucional a atribuição **de índole cautelar** , que, **reconhecida** com apoio na teoria dos poderes implícitos, **permite** , ao Tribunal de Contas da União, **adotar** as medidas **necessárias** ao fiel cumprimento de suas funções institucionais **e** ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, **diretamente** , pela própria Constituição da República.

Não fora assim , e desde que adotada, na espécie, uma indevida perspectiva reducionista, **esvaziar-se-iam** , por completo, as atribuições constitucionais **expressamente** conferidas ao Tribunal de Contas da União.

(…)

Na realidade , o exercício do poder de cautela, pelo Tribunal de Contas, **destina-se** a garantir a própria **utilidade** da deliberação final a ser por ele tomada, **em ordem a impedir** que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine **por afetar, comprometer e frustrar** o resultado **definitivo** do exame da controvérsia.

(…)

Assentada tal premissa, **que confere especial ênfase ao binômio utilidade/necessidade** , torna-se essencial reconhecer - **especialmente** em função do próprio modelo brasileiro de fiscalização financeira e

orçamentária, **e considerada**, ainda, a doutrina dos poderes implícitos - **que a tutela cautelar** apresenta-se como instrumento processual **necessário e compatível** com o sistema de controle externo, **em cuja concretização** o Tribunal de Contas desempenha, **como protagonista autônomo**, um dos mais **relevantes** papéis constitucionais **deferidos** aos órgãos e às instituições estatais”.

Esse entendimento tem sido reafirmado por este Tribunal em reiteradas decisões que envolvem, em maior ou menor medida, a discussão cautelar e meritória da abrangência do poder geral de cautela do TCU, a saber: MS 23.983, Rel. Min. Eros Grau, DJ 30.8.2004; MS 26.263 MC, Min. Ellen Gracie no exercício da Presidência (RISTF, art. 13, VIII), DJ 2.2.2007; e MS-AgR 25.481/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 25.10.2011).

E especificamente quanto ao alcance subjetivo da decretação de indisponibilidade dos bens, é importante transcrever as normas aplicáveis aos destinatários-terceiros, previstas na Lei nº 8.443/1992, *in litteris*:

“Art. 1º. Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

(...)

IX - aplicar aos responsáveis as sanções previstas nos arts. 57 a 61 desta Lei”.

Art. 4º. O Tribunal de Contas da União tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência.

Art. 5º. A jurisdição do Tribunal abrange:

(...)

II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário”

“Art. 16. As contas serão julgadas:

(...)

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

(...)

c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

(...)

§ 2º. Nas hipóteses do inciso III, alíneas ‘c’ e ‘d’ deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

- a) do agente público que praticou o ato irregular, e
b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

(...)

Art. 61. O Tribunal poderá, por intermédio do Ministério Público, solicitar à Advocacia-Geral da União ou, conforme o caso, aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, devendo ser ouvido quanto à liberação dos bens arrestados e sua restituição". (grifo nosso)

Já o art. 47 do mesmo diploma legal estabelece:

"Ao exercer a fiscalização, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário, o Tribunal ordenará, desde logo, a conversão do processo em tomada de contas especial, salvo a hipótese prevista no art. 93 desta Lei".

Assim, o Tribunal de Contas, no momento do julgamento das contas apresentadas, pode determinar a responsabilidade solidária " *do terceiro que, como (..) parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado*".

Esse terceiro, por óbvio, deve ser *extraneus*, fora do quadro próprio de agentes públicos em sentido amplo, desde que tenha participado, de alguma forma, na prática do ato e concorrido para o dano.

Ou seja, se é possível ao TCU responsabilizar terceiro que seja parte interessada na prática do ato e que tenha participado na consecução do dano apurado, também se permite, pela teoria dos poderes implícitos, que aquela Corte de Contas possa realizar o bloqueio de bens, como medida cautelar de indisponibilidade, visando a proteger o erário em caso de futura condenação.

Todo exercício de poder-estatal deve ser acompanhado de instrumentos legais e hábeis para cumprir o mister constitucional delineado para aquela atividade estatal, desde que respeitados os postulados constitucionais.

No caso dos autos, as medidas de indisponibilidade decretadas nas tomadas de contas especiais não retiram a posse, o uso ou fruição de qualquer bem do patrimônio dos particulares, que continuam com a

propriedade e a posse dos seus patrimônios, à exceção da livre disposição ou movimentação.

Assim, tendo em vista o rol constitucional das competências conferidas ao TCU (arts. 70 e 71), bem como o disposto na Lei nº 8.443/1992, é claramente perceptível que também lhe compete a fiscalização dos recursos públicos aplicados irregularmente por particulares que firmam contrato com a Administração.

Nesse sentido, citem-se os seguintes julgados:

“Mandado de Segurança. 2. Tribunal de Contas da União. 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, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 17.8.2015)

“Mandado de segurança. Competência do Tribunal de Contas da União. **Inclusão dos impetrantes em processo de tomada de contas especial. Responsabilidade solidária.** Ressarcimento ao erário. Ilegalidade e abuso de poder não configurados. Denegação da segurança. 1. Ao auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo, compete ao Tribunal de Contas da União a relevante missão de julgar as contas dos administradores e dos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, II, da Constituição Federal). 2. Compete à Corte de Contas da União aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelece, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao Erário (art. 71, VIII, da Constituição Federal). 3. Em decorrência da amplitude das competências fiscalizadoras da Corte de Contas, tem-se que não é a natureza do ente envolvido na relação que permite, ou não, a incidência da fiscalização da Corte de Contas, mas sim a origem dos recursos envolvidos, conforme dispõe o art. 71, II, da Constituição Federal 4. Denegação da segurança”. (MS 24.379, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 8.6.2015, grifo nosso)

“MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. DEVIDO PROCESSO LEGAL. SANÇÃO DE INIDONEIDADE. 1. Em processo

administrativo no âmbito do Tribunal de Contas, é válida a comunicação por edital depois de tentativa frustrada de comunicação postal (Lei nº 8.443/1992, art. 23, III). **2. É constitucional o art. 46 da Lei nº 8.443/1992, que institui sanção de inidoneidade a particulares por fraude a licitação, aplicável pelo TCU. Precedente: Pet 3.606 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence . 3. Ordem denegada”.** (MS 30.788, Redator para acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 4.8.2015, grifo nosso)

Feitas essas considerações, não me parece razoável excluir da incidência das medidas cautelares impostas pelo TCU os particulares que possam ter causado prejuízo ao erário. Assim, o que deve determinar a sujeição de pessoa física ou jurídica à atividade fiscalizatória da Corte de Contas é a origem do recursos por ela utilizados.

Dessa forma, é forçoso reconhecer que o Tribunal de Contas da União tem competência para, no exercício do poder geral de cautela, decretar a indisponibilidade de bens de particulares, enquanto medida necessária para resguardar a eficácia de eventual condenação solidária de responsáveis por irregularidades.

(IV) Atribuições do Tribunal de Contas da União: desconconsideração da personalidade jurídica

Conforme demonstrado no tópico anterior, ao TCU é assegurado plexo de poderes e mecanismos cautelares voltados à garantia da eficácia de eventuais provimentos definitivos que imponham sanções a agentes públicos ou particulares responsáveis por irregularidades no trato de recursos públicos.

O acórdão do TCU objeto deste mandado de segurança, a par de determinar a já discutida indisponibilidade de bens de particulares, desconconsiderou a personalidade jurídica de entes privados que estariam envolvidos nos atos ilícitos apurados na tomada de contas especial.

A impetrante defende que a “Corte de Contas não possui competência constitucional para desconconsiderar a personalidade jurídica de pessoas jurídicas por um motivo simples: ausência de previsão constitucional e/ou legal para realizar tal ato”.

A questão concernente à possibilidade de o TCU superar o manto da pessoa jurídica para alcançar seus sócios ou administradores guarda estreita relação com o que discutido no tópico anterior, relativamente à decretação da indisponibilidade de bens de particulares.

É que os já citados artigos 1º e 16 da Lei nº 8.443/1992 estabelecem que cabe ao Tribunal de Contas aplicar as sanções em virtude de irregularidades na aplicação de recursos públicos a todos os envolvidos na prática, que respondem solidariamente pelo débito, sejam pessoas físicas ou jurídicas, particulares ou não.

E dentro desse contexto, cabe ao TCU manejar cautelarmente os instrumentos necessários para alcançar o patrimônio de todos os responsáveis pelo maltrato da coisa pública, dentre os quais se incluem a decretação da indisponibilidade de bens e a imputação do débito diretamente a pessoas físicas envolvidas.

Neste ponto, convém salientar que em situações concretas envolvendo a malversação de recursos públicos objeto de procedimento em trâmite perante o Tribunal de Contas, é possível a simples aplicação da teoria do *ultra vires*, que consiste em responsabilizar diretamente a pessoa física responsável pela prática do ato ilícito, concorrendo na medida de sua culpabilidade para o evento danoso.

Com base nesse fundamento, a Segunda Turma, em processo de minha relatoria, denegou a ordem no MS 35.555, a saber:

“Agravos regimentais em mandado de segurança. 2. Direito Administrativo. 3. Tribunal de Contas da União. 4. Medida cautelar de indisponibilidade de bens dos responsáveis. Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais. Natureza pública dos recursos. **Indícios da participação dos particulares no esquema fraudulento**. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Negado provimento ao agravo regimental”. (MS 35.555, de minha relatoria, 2ª Turma, DJe 31.5.2019, grifo nosso).

Nesse voto tive a oportunidade de assentar que:

“[...] não é possível extrair dos autos a ocorrência da suposta desconsideração à personalidade jurídica da empresa SPA Engenharia, Indústria e Comércio Ltda. pela Corte de Contas, conforme alegado pelos impetrantes. Pelo contrário, o que se verifica é que a determinação da constrição cautelar se deu em virtude de indícios da responsabilidade pessoal dos impetrantes no evento danoso aos cofres públicos (*ultra vires*).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental”.

No mesmo sentido decidiu recentemente a Primeira Turma:

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL, COM A CITAÇÃO DE POTENCIAL RESPONSÁVEL, QUE, REVESTIDA DE CARÁTER PRELIMINAR E ENDEREÇADA A PROPICIAR O EXERCÍCIO DE ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, NÃO REVELA, POR SI SÓ, OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE TITULARIDADE DA AGRAVANTE. IMPUTAÇÃO DE DÉBITO QUE, À LUZ DA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DO CONTROLE EXTERNO, EXERCIDO PELA AUTORIDADE IMPETRADA, EM AUXÍLIO AO CONGRESSO NACIONAL, PODE ALCANÇAR TODOS AQUELES QUE UTILIZAM, ARRECADAM, GUARDAM, GERENCIAM OU ADMINISTRAM RECURSOS PÚBLICOS FEDERAIS. 1. Mera realização de audiência ou instauração de tomada de contas especial, para apurar potencial dano ao erário, porque inserida no âmbito das atribuições constitucionais da autoridade impetrada (art. 71, II, da Constituição da República), não importa em violação de direito líquido e certo de titularidade da agravante. Precedentes. 2. Acaso a autoridade impetrada repute as contas irregulares e responsabilize a agravante, ao final da tomada de contas especial, não necessariamente assim concluirá em razão de desconsideração da personalidade jurídica. 3. O fator preponderante para definir a sujeição de determinada pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, à atividade fiscalizatória do TCU diz com a origem dos recursos por ela utilizados, arrecadados, guardados, gerenciados ou administrados (art. 70, parágrafo único, da Magna Carta). 4. O art. 16, § 2º, “b”, da Lei nº 8.443/1992, em sintonia com essa diretriz, admite responsabilização

“do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado”. 5. Agravo interno conhecido e não provido.

(MS 36569 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 21/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 29-06-2021 PUBLIC 30-06-2021)

Nada obstante essa ressalva de ordem processual, que impõe a atenção do intérprete ao que efetivamente é implementado no bojo da tomada de contas especial, é inequívoco que a Corte de Contas enfrentará situações de desvio de finalidade ou confusão patrimonial da pessoa jurídica, a ensejar sua desconsideração.

E quanto a esse ponto, não me parece que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica esteja inserido no contexto da reserva de jurisdição.

Essa cláusula constitucional condiciona a intervenção em determinado núcleo de direitos fundamentais, de que são exemplos tradicionais os incisos XI e XII do art. 5º da Constituição Federal, à autorização do Estado-juíz.

O levantamento do véu da pessoa jurídica, embora grave do ponto de vista da segurança jurídica e da liberdade econômica, não se afeiçoa àquele estrito rol de direitos fundamentais cuja restrição apenas pode ser operacionalizada pelo Poder Judiciário.

É equivocado equiparar, para fins de proteção judicial, o conteúdo de comunicações telefônicas de cidadãos à desconsideração, em situações pontuais e fundamentadas, da pessoa jurídica. Não há, nessa hipótese, supressão ou malferimento de qualquer direito fundamental, seja do sócio pessoa física, seja da empresa pessoa jurídica.

Nessa linha, o legislador ordinário bem equacionou a questão e expressamente possibilitou, por meio da Lei nº 12.846/2013, a desconsideração da personalidade jurídica na seara administrativa, especificamente para responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Eis o teor do art. 14 do diploma legal:

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou

dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Como se vê, o dispositivo em tela, além de expressamente afastar a necessidade de decisão judicial para desconconsideração da personalidade jurídica, confere o amparo legal à atuação dos órgãos de controle aos quais cabe a tutela do patrimônio público.

No mais, consigno que a gravidade do procedimento em tela impõe ao órgão competente a observância do contraditório e da ampla defesa, bem como a adoção de fundamentação qualificada, aspectos devidamente considerados no voto condutor do acórdão da Corte de Contas:

(...)

79. A SeinfraOperações concluiu, ainda, que administradores e sócios das empresas executoras da avença, e também de suas holdings, praticaram atos com abuso da personalidade jurídica que representavam, mediante o pagamento de vantagens indevidas a agentes da Petrobras.

80. O exame das provas e transcrições de trechos de colaborações juntadas aos autos leva-me a concordar com a unidade instrutora quanto à pertinência de promover a citação solidária, pelo valor integral do débito, de Marcelo Bahia Odebrecht (presidente do Grupo Odebrecht S.A.), Márcio Faria da Silva (presidente da Construtora Norberto Odebrecht S.A.), Rogério Santos de Araújo (diretor do Grupo Odebrecht S.A.), César Ramos Rocha (diretor financeiro da Construtora Norberto Odebrecht S.A.) e Ricardo Ribeiro Pessoa (presidente da UTC Engenharia S.A. e da UTC Participações S.A.).

81. Em situações da espécie, nas quais o TCU constata a prática de atos ilícitos, com desvio de finalidade e abuso das personalidades jurídicas que representavam, com o intuito de obter vantagens indevidas das quais resulte dano ao erário, esta Corte de Contas tem desconconsiderado a personalidade jurídica de empresa contratada, de modo a responsabilizar os sócios de direito e/ou de fato, conforme assentado nos Acórdãos 1.891/2010 e 356/2015, ambos do Plenário, e no Acórdão 4.481/2015-TCU-Primeira Câmara.

82.No caso concreto, são robustos os indícios de que esses administradores esconderam-se sob o manto das empresas que

administravam com vistas a maximizar os seus lucros, às custas do patrimônio da Petrobras, concedendo vantagens indevidas (propinas) a funcionários do alto escalão da companhia.

83. Por isso, reputo adequado desconsiderar a personalidade jurídica da Construtora Norberto Odebrecht S.A., da Odebrecht S.A., da PPI – Projeto de Plantas Industriais Ltda., da UTC Engenharia S.A. e da UTC Participações S.A. a fim de efetivar as citações, em solidariedade, de suas controladoras, bem como daqueles administradores que agiram com desvio de finalidade e abuso das personalidades jurídicas que representavam, conforme alvitrado pela unidade técnica.

Por fim, não é demais lembrar que, no caso dos autos, está-se diante de feito em etapa preambular, ou seja, em que sequer foi implementada a desconsideração definitiva da pessoa jurídica, cabendo o exercício exauriente do direito de defesa por pessoas físicas integradas à relação processual, em procedimento sujeito a controle jurisdicional.

Dessa forma, reputo legal e constitucionalmente fundada a desconsideração da pessoa jurídica pelo TCU, de modo a alcançar o patrimônio de pessoas físicas na prática de atos lesivos ao erário público, observados o contraditório e a ampla defesa.

(V) Observância dos princípios constitucionais conformadores do devido processo legal pelo ato coator

Colhe-se da jurisprudência do STF entendimento de que é possível, ainda que de forma excepcional, a concessão, sem audiência da parte contrária, de medidas cautelares, por deliberação fundamentada do Tribunal de Contas, sempre que necessárias à neutralização imediata de situações de lesividade ao interesse público ou à garantia da utilidade prática de suas deliberações finais. E, ainda, que tal situação não viola, por si só, o devido processo legal. É o que asseverou o ministro Celso de Mello, por exemplo, ao indeferir medida liminar no MS 26.547/DF, (DJ 29.5.2007), a saber:

“ **Vale referir** , ainda, **que se revela processualmente lícito** , ao Tribunal de Contas, **conceder** provimentos cautelares ‘inaudita altera parte’, **sem que incida** , com essa conduta, **em desrespeito** à garantia constitucional do contraditório.

E que esse procedimento mostra-se consentâneo com a própria natureza da tutela cautelar, cujo deferimento, pelo Tribunal de Contas, sem a audiência da parte contrária, muitas vezes se justifica em situação de urgência ou de possível frustração da deliberação final dessa mesma Corte de Contas, com risco de grave comprometimento para o interesse público.

Não se pode ignorar que os provimentos de natureza cautelar - em especial aqueles qualificados pela nota de urgência - acham-se instrumentalmente vocacionados a conferir efetividade ao julgamento final resultante do processo principal, assegurando-se, desse modo, não obstante em caráter provisório, plena eficácia e utilidade à tutela estatal a ser prestada pelo próprio Tribunal de Contas da União”.

Em sentido semelhante, inclusive em caso que também discutia a alegação de violação da ampla defesa e do contraditório em face de decretação de indisponibilidade de bens pelo TCU, sem prévia oitiva da parte contrária, o Min. Joaquim Barbosa indeferiu medida liminar (MS 30.593 MC/DF, DJe 13.6.2011), com base na jurisprudência aqui mencionada, asseverando o seguinte:

“A alegação de que este direito deveria ter sido exercido antes da decretação de indisponibilidade de bens por ordem do relator do processo no TCU **esbarra na possibilidade, reconhecida àquele órgão de controle pela jurisprudência desta Corte, de se valer de medidas cautelares sem oitiva da parte contrária, quando assim for necessário para evitar dano ao erário** . (...)”

No caso concreto, a manutenção da indisponibilidade dos bens até o presente momento parece se justificar pelo risco de que o patrimônio da impetrante – bens que tem origem, também, nos contratos mantidos com o poder público – possa vir a se [sic] alienado antes que seja apurada a efetiva ocorrência de danos ao erário decorrentes de vícios na contratação com o DNIT e, por extensão, antes de serem executadas as obrigações decorrentes da responsabilidade apurada pela eventual existência desses danos”. (grifo nosso)

Corroborando a legitimidade dos atos impugnados o fato de que – como bem esclareceu a autoridade coatora – o TCU dispõe de autorização legal expressa (art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992) para decretação cautelar de indisponibilidade de bens, o que também encontra previsão em seu regimento interno (arts. 273 e 274) – inclusive sem oitiva da parte contrária

quando necessário (art. 276 do RITCU) –, como forma de prover o órgão de instrumentos garantidores da própria utilidade de suas deliberações finais. Vale conferir:

“Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

§ 1º. Estará solidariamente responsável a autoridade superior competente que, no prazo determinado pelo Tribunal, deixar de atender à determinação prevista no caput deste artigo.

§ 2º. Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração”. (Lei 8.443/1992)

“Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992”. (RITCU).

Esses elementos afastam a violação da ampla defesa e do contraditório pelo simples fato de as medidas cautelares terem sido proferidas sem prévia oitiva da impetrante. Até porque, conforme informado pela autoridade coatora, a própria decisão já determinou a citação imediata da impetrante para exercício do direito de defesa e não se cuida, ainda, de decisão de mérito, mas tão somente de procedimento administrativo cautelar.

Também, não entendo pertinentes as alegações de inobservância dos requisitos legais para decretação da indisponibilidade de bens e de ausência de fundamentação.

Esses elementos não permitem evidenciar a plausibilidade da alegação de ausência de individualização de condutas comissivas ou omissivas que ensejam possível responsabilização.

Aliás, o que se constata é que, dada a gravidade e a complexidade dos elementos colhidos no processo em exame, o TCU parece ter procedido com a diligência e a cautela que este caso exige.

Além disso, deve-se ressaltar que, de fato, estão presentes os requisitos legais para decretação cautelar da medida de indisponibilidade de bens.

O ato impugnado acentuou a robustez dos elementos de convicção colhidos, vislumbrando alta reprovabilidade das condutas identificadas e prejuízo muito elevado. A própria referência – feita no item da decisão atacada que trata da indisponibilidade dos bens – aos elementos de convicção contidos na fundamentação da decisão parece indicar que a medida demonstra coerência com o dever de apuração efetiva de responsabilidade e de promoção de ressarcimento de prejuízos causados, de modo a garantir a utilidade prática da decisão final do TCU e evitar o risco de sua ineficácia total.

Entendo que tal determinação guarda pertinência com os requisitos legais para que seja evitada a ocorrência de danos ao erário ou a inviabilidade de ressarcimento (art. 44, *caput*, da Lei 8.443/1992).

Essa medida também se coaduna com a exigência legal de promover a indisponibilidade de bens dos responsáveis para garantir o ressarcimento dos danos em apuração (art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992).

Nesse sentido:

“Mandado de segurança. Ato do Tribunal de Contas da União. Competência prevista no art. 71, IX, da Constituição Federal. Contrato rescindido unilateralmente pela Administração. Abertura de processo de tomada de contas especial. Dano ao erário configurado. Devolução de valores a título de sobrepreço. Necessidade de dilação probatória. Não ocorrência de violação do princípio do devido processo legal. Segurança denegada. 1. É legítima a condenação solidária da impetrante ao ressarcimento do dano causado ao erário, bem como sua consequente inscrição no CADIN, no caso de inadimplemento, tudo em consonância com a Lei nº 8.443/92. Devolução de valores ao erário em razão de superfaturamento de preços constatado em aditamentos contratuais. Valores calculados com base não na execução do contrato, mas sim na diferença dos valores apurados a título de sobrepreço pelo TCU. 2. A análise do quantum a ser cobrado e do que deveria ser considerado, ou não, pelo TCU para a realização dos cálculos – e.g. a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do

contrato - é inviável no presente *writ*, na medida em que, dada a natureza da ação mandamental, é condição necessária para seu manejo que o direito pleiteado seja líquido e certo. Necessidade de dilação probatória. Precedentes. 3. Ausência de violação do princípio do devido processo legal. Os pedidos formulados pelos interessados foram analisados e o cálculo do quantum do sobrepreço foi formulado em consonância com os critérios tecnicamente utilizados pela Corte de Contas e com as normas de seu regimento interno. 4. Segurança denegada". (MS 29.599, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 1º. 8.2016)

Sendo assim, diante de o contraditório e a ampla defesa serem postergados para a fase posterior à decretação da medida cautelar, inexistente qualquer mácula nas decisões do TCU que decretam medida de indisponibilidade de bens, desde que sejam respeitados aqueles postulados em seu tempo e modo.

Ademais, a mera cogitação de que o valor dos bens eventualmente tornados indisponíveis por meio da medida constritiva é muito inferior ao valor supostamente devido a título de ressarcimento, não tem o condão de justificar a não adoção da medida cautelar pela Corte de Contas.

Por fim, consigno que, diversamente do panorama que se descortina no MS 34.357, MS 34.392, MS 34.410 e MS 34.421 (que possuem acordos de leniência ou colaboração premiada realizados pelos impetrantes), a impetrante deste *writ* (MS 35.506), qual seja, PPI - Projeto de Plantas Industriais, por ser sociedade integrante do Consórcio TUC, composto pela Odebrecht, UTC e Toyo do Brasil, não realizou qualquer acordo de leniência.

(VI) Conclusão

Ante o exposto, reservadas as devidas vênias, acompanho a divergência inaugurada pelo eminente Min. Edson Fachin e voto pela denegação da ordem.