

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.446 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
IMPTE.(S) : **CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A**
ADV.(A/S) : **ALEXANDRE AROEIRA SALLES E OUTRO(A/S)**
IMPDO.(A/S) : **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TEORIA DOS PODERES CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS. PODER GERAL DE CAUTELA DAS CORTES DE CONTAS. DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS DE PARTICULAR CONTRATANTE COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PELO PRAZO DE UM ANO, PARA ASSEGURAR O RESULTADO ÚTIL DA APURAÇÃO DE EVENTUAL PREJUÍZO AO ERÁRIO. ART. 44, § 2º, DA LEI Nº 8.443/1992. RESSALVA DA AUTORIDADE IMPETRADA QUANTO AOS BENS FINANCEIROS NECESSÁRIOS À PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. SUBSEQUENTE DECISÃO DO RELATOR DO TC Nº 026.832/2016-0, QUE, SOB PRETEXTO DE DAR CUMPRIMENTO AO DELIBERADO PELO PLENÁRIO DO TCU, DETERMINOU A INDISPONIBILIDADE IRRESTRITA DOS ATIVOS FINANCEIROS DA IMPETRANTE. PRESENÇA, NO ASPECTO, DOS REQUISITOS DO ART. 7º, III, DA LEI Nº 12.016/2009. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA EM PARTE.

Vistos etc.

1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela Construtora Queiroz Galvão S/A contra ato do Tribunal de Contas da União, consubstanciado no Acórdão nº 2.428/2016-Plenário,

MS 34446 MC / DF

que converteu auditoria em tomada de contas especial e decretou cautelarmente, por um ano, a indisponibilidade de bens da impetrante, para assegurar o integral ressarcimento de débito em apuração no processo nº 004.038/2011-8, ressalvados os bens financeiros necessários à continuidade das operações empresariais.

2. A inicial noticia que a autoridade impetrada, em fiscalização realizada no contrato nº 0800.0057000.10-2, firmado, em 10.3.2010, entre a Petrobras e o Consórcio Ipojuca Interligações – CII, para a construção de tubovias de interligação, necessárias à implantação da Refinaria Abreu e Lima, suscitou a existência de indícios de irregularidades, relacionados à prática de sobrepreço.

3. Narra que, apresentada, em dezembro de 2015, manifestação do Consórcio (formado pela impetrante e a IESA Óleo & Gás S/A) sobre os apontamentos de auditoria, o TCU, sem apreciar os argumentos nela veiculados, alterou as premissas de análise econômica do contrato e, sem oportunizar nova oitiva dos interessados, converteu, por meio do acórdão impugnado, prolatado em 21.9.2016, a auditoria em tomada de contas especial, além de decretar cautelarmente, pelo prazo de um ano, a indisponibilidade de bens dos responsáveis, dentre os quais a impetrante, no importe de R\$ 960.962.757,75, montante preliminarmente estimado para o prejuízo em apuração.

4. A impetrante alega que a prerrogativa atribuída ao TCU para decretar medida cautelar de indisponibilidade de bens estaria circunscrita a titulares de função pública, de acordo com interpretação conjunta do *caput* com o § 2º do art. 44 da Lei 8.443/1992.

5. Consigna que nenhum dos precedentes do Supremo Tribunal Federal invocados no ato impugnado versou sobre a atribuição de Corte de Contas para decretar a indisponibilidade de bens de particulares. Assinala que, nos mandados de segurança nºs 34.357 e 34.392, análogos ao presente, houve deferimento de medida liminar pelo Ministro Marco Aurélio, para suspender a eficácia de acórdão do TCU que decretara a indisponibilidade de bens de pessoas jurídicas não integrantes da administração pública.

MS 34446 MC / DF

6. Pondera que, para examinar a existência de sobrepreço no contrato nº 0800.0057000.10-2, o TCU teria que invalidar a própria avença firmada entre o Consórcio e a Petrobras, medida que encontraria óbice no art. 71, § 1º, da Magna Carta.

7. Defende que a indisponibilidade de bens constitui medida cautelar que somente pode ser decretada pelo Poder Judiciário, pois apenas este tem competência para executar atos de expropriação forçada, endereçados à satisfação de crédito reconhecido em título executivo judicial ou extrajudicial. Invoca, em abono de sua tese, o art. 61 da Lei 8.443/1992. Assevera que a decretação de indisponibilidade de ativos financeiros por órgão administrativo encontra óbice na garantia de sigilo bancário.

8. Acrescenta que, na espécie, o acórdão impugnado não evidenciou, adequadamente, a presença dos requisitos para adoção da medida cautelar, limitando-se a registrar a magnitude dos valores em apuração e a afirmar presumido o perigo da demora.

9. Aponta a existência de perigo da demora inverso, pois, em sua ótica, *“a indisponibilidade de bens determinada pelo TCU provocará uma ruptura na formatação da estrutura de negócios de seus empreendimentos, com um efeito dominó/sistêmico, visto que dificultará ou impedirá a consecução de financiamentos e garantias, já que esse mercado precifica o risco sob a perspectiva de comprometimento da capacidade de honrar pagamentos e honrar garantias, inviabilizando, pois, a continuidade da execução dos projetos em curso ou mesmo a participação em qualquer licitação no país”* (inicial, fl. 23). Aduz que a medida cautelar decretada não se coadunaria com o princípio da proporcionalidade, sob os prismas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

10. Articulado com a presença dos requisitos previstos no art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009, pugna pela concessão de medida liminar, para *“suspender os efeitos da decretação cautelar de indisponibilidade de bens, prevista no item 9.2 do Acórdão nº 2.428/2016-TCU, até o julgamento do presente writ”* (inaugural, fl. 29).

11. Ao final, requer a concessão da segurança, para *“declarar-se a*

MS 34446 MC / DF

nulidade do decreto cautelar de indisponibilidade de bens consubstanciado no item 9.2 do Acórdão nº 2.428/2016-TCU” (exordial, fl. 30).

12. A Presidência desta Corte, por entender inexistente a conexão com os MS nºs 34.357 e 34.392, determinou a livre distribuição da ação mandamental.

13. O Ministro Dias Toffoli, a quem livremente distribuídos os autos, após notificar a autoridade impetrada para prestar informações, no prazo de 72 horas, sem prejuízo do previsto no art. 7º, I, da Lei 12.016/2009, antes do exame do mérito, e de dar ciência ao órgão de representação judicial da União, declarou-se suspeito para atuar no feito, por motivo de foro íntimo. Redistribuída a ação, coube-me a relatoria, com conclusão dos fólios ao meu gabinete em 10.11.2016.

14. A autoridade impetrada prestou informações (evento 38).

15. Por meio das petições nºs 63.470/2016 e 64.103/2016 (eventos 40 e 47), a impetrante, **em aditamento ao veiculado na peça de ingresso**, registra a adoção, pelo Ministro Benjamin Zymler, relator do processo TC nº 026.832/2016-0, de medidas destinadas ao bloqueio indiscriminado de todos os seus ativos financeiros e solicita urgência na análise da medida liminar pleiteada.

16. A União requereu o ingresso no feito e sustentou a ausência dos requisitos para a concessão de medida liminar (evento 52).

17. Por meio das petições nºs 65.076/2016 e 65.668/2016 (eventos 57 e 61), a impetrante se contrapõe aos argumentos veiculados pela União e consigna a efetiva implementação indiscriminada da indisponibilidade de todos os seus ativos financeiros.

É o relatório.

Aprecio o pedido de medida liminar.

18. Ao Tribunal de Contas da União, no exercício da atribuição de auxiliar o Congresso Nacional, na atividade de controle externo, compete, por injunção do art. 71, II, da Constituição da República, *“julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda,*

MS 34446 MC / DF

extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público". Vale dizer que o fator preponderante, sob a ótica constitucional, 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, gerenciados ou administrados (art. 70, parágrafo único, da Magna Carta).

19. 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"*.

20. Em sintonia com o arts. 70, parágrafo único, e 71, II e VIII, da Carta Magna, o art. 16, III, "c" e "d", e § 2º, "b", da Lei 8.443/1992 preconiza:

"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:

(...)

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."

21. A reconhecer a atribuição do TCU para sindicar as contas de particulares contratantes com ente integrante da administração pública

MS 34446 MC / DF

federal e, se verificada irregularidade ou ilegalidade, aplicar-lhes as sanções previstas na Lei nº 8.443/1992, destaco os seguintes precedentes desta Suprema Corte:

Ementa: 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 30788, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-152 DIVULG 03-08-2015 PUBLIC 04-08-2015)

EMENTA 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.

MS 34446 MC / DF

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 24379, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 07/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 05-06-2015 PUBLIC 08-06-2015)

22. À luz da teoria dos poderes implícitos, cuja origem remonta ao caso *McCulloch v. Maryland*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no ano de 1819, a Constituição, quando confere atribuição a determinado órgão estatal, assegura, correlatamente, ainda que de modo não expresso, os meios necessários para o seu efetivo cumprimento.

23. Nessa perspectiva, as atribuições constitucionais conferidas ao Tribunal de Contas da União pressupõem a outorga de poder geral de cautela àquele órgão. É o que evidencia o seguinte precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal:

“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**

MS 34446 MC / DF

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 24510, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2003, DJ 19-03-2004 PP-00018 EMENT VOL-02144-02 PP-00491 RTJ VOL-00191-03 PP-00956)

24. Em voto proferido no mencionado MS nº 24.510, o Ministro Celso de Mello, com percuciência, anotou:

“Entendo, Senhor Presidente, que o poder cautelar também compõe a esfera de atribuições institucionais do Tribunal de Contas, pois se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício, por essa Alta Corte, das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas pelo próprio texto da Constituição da República.

Isso significa que 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, 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 público.

Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.

Cabe assinalar, ante a sua extrema pertinência, o autorizado magistério de MARCELO CAETANO (“Direito

MS 34446 MC / DF

Constitucional', vol. II/12-13, item n. 9, 1978, Forense), **cuja observação**, no tema, **referindo-se** aos processos de hermenêutica constitucional, **assinala** que, '*Em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, admite-se, por exemplo, a interpretação extensiva, sobretudo pela determinação dos poderes que estejam implícitos noutros expressamente atribuídos*' (grifei).

Esta Suprema Corte, **ao exercer** o seu poder de indagação constitucional – **consoante** adverte CASTRO NUNES ('**Teoria e Prática do Poder Judiciário**', p. 641/650, 1943, Forense) - **deve** ter presente, **sempre**, essa técnica lógico-racional, **fundada** na teoria jurídica **dos poderes implícitos**, para, através dela, **conferir eficácia real** ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, **como** a de que ora se cuida, **consideradas** as atribuições do Tribunal de Contas da União, **tais** como **expressamente** relacionadas no art. 71 da Constituição da República.

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."

25. A compreensão sufragada pelo Plenário desta Casa, no sentido de reconhecer poder geral de cautela ao Tribunal de Contas da União, reverberou em julgado mais recente da Segunda Turma, cuja ementa transcrevo:

Mandado de Segurança. 2. Tribunal de Contas da União.

MS 34446 MC / DF

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 33092, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 14-08-2015 PUBLIC 17-08-2015)

26. De acordo com os precedentes acima transcritos, o diferimento do contraditório para momento posterior ao da decretação da medida cautelar, não implica ofensa à garantia do devido processo legal. Também a apontar para o reconhecimento do poder geral de cautela do TCU, reporto-me às seguintes decisões unipessoais de integrantes desta Corte: MS 34.292 MC, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 14.11.2016; MS 34.291 MC, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 14.11.2016; MS 30.924, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 25.10.2011; e MS 26.547 MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 29.5.2007.

27. Considerados os precedentes que reconhecem a possibilidade de o Tribunal de Contas da União fiscalizar e impor sanções a particulares, em conjugação com os que afirmam o poder geral de cautela daquele órgão como desdobramento lógico de suas atribuições constitucionais ostensivas, tenho por albergado pela Carta da República, ao menos em juízo perfunctório, o acórdão impugnado neste *writ*, por meio do qual a autoridade impetrada decretou a indisponibilidade de bens da impetrante.

28. Além de decorrer de suas funções constitucionais manifestas, observo que a possibilidade de a autoridade impetrada decretar medida cautelar de indisponibilidade de bens tem amparo no art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992, cujo teor é o seguinte:

MS 34446 MC / DF

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.

(...)

§ 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.

29. A interpretação restritiva da norma veiculada no mencionado preceito legal, defendida pela impetrante, não aparenta merecer guarida. Estabelecidas as premissas de que (i) o poder geral de cautela se destina a assegurar o resultado útil das decisões da Corte de Contas e (ii) as decisões daquele órgão podem contemplar a condenação de particulares contratantes com entes da administração pública federal, adequado concluir, ao menos em primeiro olhar, que a indisponibilidade de bens configura medida passível de aplicação, quando presentes os requisitos legais, a quaisquer pessoas sujeitas à fiscalização da autoridade impetrada, independentemente de serem, ou não, titulares de função pública.

30. Essa é a sinalização que extraio da jurisprudência majoritária desta Corte, com a vênia da posição externada nas decisões monocráticas proferidas nos mandados de segurança nºs 34.357, 34.392, 34.410 e 34.421. Também a acenar para a legitimidade do acórdão impugnado, registro abalizado escólio doutrinário:

“No exercício de sua função constitucional, e ainda com lastro na Lei nº 8.443/1992, que o regula, pode o Tribunal de Contas usar seu poder geral de cautela e decretar a

MS 34446 MC / DF

indisponibilidade de bens em processo de tomada de contas especial, desde que seja devidamente fundamentada a decisão. O objetivo é neutralizar, de forma imediata, situações de lesividade ao erário ou de gravame ao interesse público, as quais poderiam ser irreversíveis sem a promoção da medida de urgência.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1.072)

31. Enfatizo que, pelo menos nessa etapa de cognição sumária, não tenho por correto o argumento de que o art. 61 da Lei nº 8.443/1992, ao estabelecer que *“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”*, direciona para a exclusividade de adoção de medidas cautelares na esfera judicial.

32. Observo, a esse respeito, que o art. 61 da Lei nº 8.443/1992 constitui dispositivo voltado a disciplinar a aplicação de providências cautelares em momento inteiramente distinto do enfocado no art. 44, § 2º, do referido diploma legal.

33. O art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992 diz com o emprego de medida cautelar endereçada a resguardar o resultado útil de apuração ainda em curso no âmbito da Corte de Contas da União, enquanto o art. 61 já mencionado supõe o esgotamento da apuração no TCU, e, na ausência de pagamento espontâneo do débito imputado e/ou da multa aplicada, o envio da decisão daquele órgão, revestida de eficácia de título executivo extrajudicial (art. 71, § 3º, da Constituição da República), para execução forçada, perante o Poder Judiciário, por parte do(s) ente(s) que tenha(m) sofrido o(s) prejuízo(s).

34. Como enfatizado pelo Procurador-Geral da República, em parecer ofertado no MS 34.233, Rel. Min. Gilmar Mendes, o prazo de um ano, estabelecido no § 2º do art. 44 da Lei 8.443/1992, para a medida cautelar de indisponibilidade de bens, *“é fruto de ponderação legislativa entre os poderes implícitos e necessários que a Constituição confere ao TCU para*

MS 34446 MC / DF

a consecução de seus fins e o direito à propriedade dos administrados”.

35. Em harmonia com os poderes constitucionais implicitamente outorgados à autoridade impetrada e o art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992, os arts. 273, 274 e 276, § 3º, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União proclamam:

Art. 273. No início ou no curso de qualquer apuração, o Plenário, de ofício, por sugestão de unidade técnica ou de equipe de fiscalização ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, nos termos do art. 44 da Lei nº 8.443, de 1992, 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.

Art. 274. Nas mesmas circunstâncias do artigo anterior, poderá o Plenário, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 270 e 275, 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, nos termos do § 2º do art. 44 da Lei nº 8.443, de 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.

(...)

§ 3º A decisão do Plenário, do Presidente ou do relator que adotar a medida cautelar determinará também a oitiva da parte,

MS 34446 MC / DF

para que se pronuncie em até quinze dias, ressalvada a hipótese do parágrafo anterior.

36. Tampouco parece abalar a validade do emprego, pelo TCU, da medida cautelar de indisponibilidade de bens, a assertiva de que sua implementação ensejaria quebra do sigilo bancário. Ao julgamento do RE 601.314, Rel. Min. Edson Fachin, em conjunto com as ADIs 2.859, 2.386, 2.390 e 2.397, o Plenário desta Casa considerou compatível com a Carta Magna o art. 6º da LC nº 105/2001. Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal, entre outros aspectos, enfatizou não haver propriamente quebra de sigilo bancário, mas apenas a transferência de dados sigilosos, de entidades bancárias, para o fisco, que deveria adotar medidas para resguardar as informações obtidas.

37. De maneira análoga, entendo que a indisponibilidade de bens financeiros, decretada pelo TCU, além de não propiciar efetiva devassa acerca das movimentações bancárias da impetrante, por consistir em medida voltada a segregar ativos para o pagamento de eventual condenação de ressarcimento ao erário, em absoluto evidencia “quebra” de sigilo bancário, mas apenas a transferência de informações protegidas à autoridade impetrada, à qual competirá adotar medidas para sua salvaguarda.

38. Assentadas tais balizas, examino, ainda que de maneira perfunctória, se a decretação da indisponibilidade de bens observou os requisitos previstos no art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992, notadamente quanto à existência de indícios reveladores de que, sem o implemento da medida, poderia ser inviabilizado futuro ressarcimento ao erário, no caso de efetiva imputação de débito à impetrante, no processo administrativo de tomada de contas especial em que convertida a auditoria realizada pela autoridade impetrada.

39. Transcrevo, na fração de interesse, o voto condutor do acórdão impugnado, da lavra do Ministro Benjamin Zymler, bem como o relatório de acompanhamento de auditoria que o embasou:

“Da Matriz de Responsabilização

MS 34446 MC / DF

(...)

Responsáveis: O Consórcio CII – Ipojuca Interligações (CNPJ 11.387.267/0001-08), constituído pelas empresas Construtora Queiroz Galvão S.A (CNPJ 33.412.792/0001-60) e Iesa Óleo e Gás S.A. (CNPJ 07.248.576/0001-11), na condição de responsável pela execução do Contrato 0800.005.7000.10-2 (Tubovias - Rnest).

Conduta: Agir em conluio e pagar propina a agentes públicos para que atuassem, de forma omissiva ou comissiva, garantido a realização dos certames por meio de licitação na modalidade Convite e o envio de convites às empresas do grupo cartelizado previamente definidas em listas entregues aos gestores corrompidos, o que infringe o disposto no art. 37 da Constituição Federal (CF/1988), ao art. 3º da Lei 8.666/1993 e ao item 1.2 do Decreto 2.745/1998.

Nexo de causalidade: O conluio e o pagamento de vantagem indevida a agentes da Petrobras maximizaram a sua lucratividade por meio de condutas delitivas, resultando em contratação com sobrepreço de 20,30% (R\$ 547.057.649,42) do valor do Contrato 0800.005.7000.10-2 (Tubovias-Rnest). Com a execução contratual e, considerando-se quatro dos 29 aditivos, esse prejuízo consubstanciou-se em superfaturamento de R\$ 682.404.146,73 (a valores históricos – setembro de 2009 – para 99% de avanço financeiro).

Em face do exposto, conclui-se que a conduta é reprovável, devendo propor a citação do Consórcio empresarial CII – Ipojuca Interligações (CNPJ 11.387.267/0001-08), com fundamento nos arts. 10, § 1º, e 12, incisos I e II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 202, incisos I e II, do RI/TCU.

Indisponibilidade de bens

Compulsando-se as análises apresentadas no exame técnico desta inspeção, precipuamente, no que tange ao tópico referente à definição da responsabilização e individualização das condutas, coligem-se ações e omissões reprováveis que acarretaram relevante prejuízo aos cofres da maior estatal brasileira.

A reprovabilidade das condutas descritas e a materialidade do aludido dano encontram marcante paralelo com as razões expostas no Voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator

MS 34446 MC / DF

José Jorge para propor a indisponibilidade de bens no processo (TC 005.406/2013-7 – Refinaria de Pasadena), que fundamentou o Acórdão 1927/2014-TCU-Plenário. Existe tanto a consubstanciação da fumaça do bom direito na prática dolosa de redundantes em prejuízos ao erário, como o perigo da demora no desfazimento de bens que inviabilizem a eficácia da decisão meritória desta Corte.

(...)

IV.3.

62. Com relação ao exame da unidade técnica, que propõe a citação do Consórcio CII – Ipojuca Interligações, considero que, além do Consórcio, as citações devam ser também endereçadas diretamente às empresas constituintes, similarmente ao decidido mediante o Acórdão 2109/2016-Plenário. Isso porque, nos termos do instrumento contratual, as empresas Queiroz Galvão e Iesa assumiram solidariamente a responsabilidade pelos compromissos contratuais (peça 15, p. 1).

63. Ademais, o consórcio, no âmbito do Direito Administrativo, não tem a mesma configuração daquele concebido no âmbito do direito privado. O ponto fundamental da distinção reside na responsabilidade solidária dos consorciados pelos atos praticados ao longo da execução do contrato administrativo. A Lei 8.666/1993 estabelece que, permitida a participação de empresas em consórcio, haverá responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na licitação quanto na execução contratual (artigo 33, inciso V).

(...)

65. No caso em tela, as empresas devem responder solidariamente pelo débito porque concorreram para os prejuízos sofridos pela Petrobras quer pela prática de cartel quer pela prática de preços excessivos frente ao mercado.

(...)

V

82. Trato agora das proposições formuladas pela

MS 34446 MC / DF

SeinfraOpe acerca da indisponibilidade dos bens de diversos responsáveis.

83. Como toda medida cautelar, a proposta de indisponibilidade de bens deve estar assentada em dois pressupostos, o **periculum in mora** e o **fumus bonis iuris**. Com relação a este último requisito, em geral, o TCU deve confirmar se realmente houve dano ao erário, apurar a exata extensão da responsabilidade dos gestores da estatal e das empresas envolvidas. Nesse aspecto, creio que seja prescindível tecer maiores comentários, pois a materialidade dos débitos apurados e os robustos indícios probatórios sobre a autoria pelos fatos evidenciados estão fartamente demonstrados neste voto e no relatório que o fundamenta.

84. Quanto ao perigo da demora, trago à baila as seguintes considerações constante do voto por mim proferido quando da decretação da indisponibilidade de bens dos responsáveis pela aquisição da refinaria de Pasadena (Acórdão 224/2015-Plenário), no sentido de a gravidade dos fatos e os valores envolvidos podem representar riscos significativos de desfazimento de bens:

(...)

85. Consoante decidido pelo STF no âmbito do MS 33.092 MC/DF-2015 (2ª Turma – Relator Ex.^{mo} Ministro Gilmar Mendes), em situação fática similar a aqui tratada, a decretação cautelar da indisponibilidade dos bens dos envolvidos em atos danosos aos cofres da União *‘mostra-se cabível e até mesmo recomendável na hipótese em exame, ante o risco de frustração da utilidade do processo administrativo em curso na Corte de Contas’*.

(...)

V.1

90. Acerca dos **procedimentos de operacionalização** da decisão de indisponibilidade de bens, observo que, em relação a outros dois contratos da Rnest (Acórdão 2109/2016-Plenário), decidiu-se mediante despachos referendados pelo Plenário do TCU na sessão de 31/8/2016, que a medida constritiva **não deveria abranger os valores referentes aos saldos em contas**

MS 34446 MC / DF

correntes e aplicações financeiras das sociedades empresariais.

91. A razão para tal entendimento aqui aplicável, reside no fato de que o bloqueio desses ativos financeiros poderia inviabilizar a regular operação das empresas. Com efeito, é razoável supor que, com os valores das contas bancárias bloqueadas até o expressivo valor de R\$ 960 milhões, as sociedades empresárias enfrentem sérias dificuldades para honrar seus compromissos com seus empregados e fornecedores, ou seja, continuar com suas atividades. Isso acabaria por afetar sua capacidade de solvência e, até mesmo comprometer a busca do ressarcimento à Petrobras por parte desta Corte de Contas.

92. Ademais, não se pode olvidar que o bloqueio de disponibilidades de bens causa um efeito prático semelhante ao da penhora, segregando tais valores do patrimônio da responsável e impossibilitando que os recursos financeiros sejam aplicados na sua atividade operacional.

93. Aplicável, pois, o art. 300, § 3º, do Código de Processo Civil, o qual prevê que a tutela de urgência antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. O próprio §1º do art. 835 do CPC permite que o juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, altere a ordem prevista no **caput** do artigo, o qual estabelece a ordem preferencial de bens sujeitos a penhora.

94. Por certo, **devem estar excluídas de tal entendimento as aplicações financeiras que representem meras reservas financeiras e não sejam necessárias para a manutenção da operação das sociedades empresariais.**

(...)

96. Finalmente, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa, nos termos do art. 276, § 3º, do Regimento Interno deste Tribunal, concedo prazo de até quinze dias, sem efeito suspensivo, aos responsáveis cujos bens ficarão indisponíveis para que se pronunciem, caso queiram, a respeito da adoção dessa medida cautelar." (destaquei)

MS 34446 MC / DF

40. Nesse enfoque, a decretação de indisponibilidade de bens aparenta ter observado, na espécie, as exigências do art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992, pois a autoridade impetrada identificou indícios de condutas lesivas ao erário imputáveis à impetrante e ao Consórcio Ipojuca Interligações – CII, em especial a formação de cartel que pagava propina a agentes públicos, no intuito de viabilizar a contratação, por meio da modalidade convite, de obra com sobrepreço.

41. Tais condutas, segundo levantamento inicial do TCU, teriam importado em superfaturamento correspondente a 20,3% do valor inicial do contrato nº 0800.0057000.10-2. No curso da execução da avença, a contemplar alguns aditivos, a autoridade impetrada estima que o desfalque à Petrobras, apenas com tal contrato, alcançou valor histórico, em setembro de 2009, de R\$ 682.404.146,73. A atualização dessa cifra, quando da prolação do acórdão impugnado, levou a Corte de Contas a estimar prejuízo da ordem de R\$ 960.962.757,75 aos cofres da referida sociedade de economia mista.

42. A grandiosidade dos montantes estimados, ao lado da gravidade e da robustez dos indícios de comportamento ilícito dos possíveis responsáveis, parecem, à primeira vista, respaldar a decretação da medida cautelar de indisponibilidade de bens, por delinearem cenário de risco acentuado para o resultado útil da tomada de contas especial instaurada no âmbito do TCU.

43. Corroborar esse raciocínio a compreensão de que o risco de inviabilização do ressarcimento ao erário, ínsito à previsão do art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992, não exige prova de que a pessoa sob fiscalização do Tribunal de Contas da União esteja efetivamente praticando atos de desbaratamento patrimonial. Exigir prova nesse sentido esvaziaria a medida em tela, pois, até a colheita de elementos comprobatórios da prática de atos de dissipação do patrimônio, este já estaria parcial ou totalmente comprometido, de molde a prejudicar a consecução do objetivo do dispositivo em comento, qual seja, o de preservar a utilidade de futuros pronunciamentos do TCU.

44. Realço, por outro lado, que, no acórdão impugnado, a Corte de

MS 34446 MC / DF

Contas da União prestou homenagem a outros vetores constitucionais e legais, em especial os relacionados à preservação da empresa, ao delimitar a indisponibilidade, no tocante aos ativos financeiros, às “*aplicações financeiras que representem meras reservas financeiras e não sejam necessárias para a manutenção da operação das sociedades empresariais*” (evento 10, fl. 55).

45. O cuidado adicional, de preservar as atividades empresariais da impetrante, conjura, **quanto ao acórdão impugnado**, o perigo da demora inverso ventilado na inicial.

46. Não vislumbro, nesta etapa processual de cognição sumária, ofensa ao art. 71, § 1º, da Magna Carta, pois a Corte de Contas de modo algum ensaiou implementar a sustação do contrato nº 0800.0057000.10-2, avença cuja execução físico-financeira já houvera, aliás, quando da prolação do acórdão impugnado, sido inteiramente concluída (evento 10, fl. 39). Pelo mesmo motivo, tampouco me parece devido cogitar de ofensa ao art. 117, § 1º, V, da Lei 13.242/2015.

47. Não extraio, por fim, dos elementos que instruem a inaugural do mandado de segurança, ao menos nesse exame perfunctório, a presença de prova pré-constituída e inequívoca, suscetível de demonstrar, com a imprescindível certeza e liquidez, a ausência de proporcionalidade, sob quaisquer de seus prismas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), do acórdão impugnado.

48. Diversa é a percepção alcançada no exame do **ato unipessoal do relator do TC nº 026.832/2016-0**, Ministro Benjamin Zymler, que, a pretexto de dar cumprimento ao Acórdão nº 2.428/2016-Plenário, determinou a indiscriminada indisponibilidade de ativos financeiros da impetrante.

49. Reproduzo o teor da mencionada decisão unipessoal:

“Trata-se de processo de indisponibilidade de bens instaurado por força de determinação constante do subitem 9.5 do Acórdão 2.428/2016-Plenário.

Por ocasião do julgamento do Acórdão 2.428/2016, o Plenário desta Corte de Contas, com fundamento no art. 44, §

MS 34446 MC / DF

2º, da Lei 8.443/1992, houve por bem decretar, cautelarmente, a indisponibilidade dos bens dos responsáveis lá relacionados, ressaltando que a medida deverá alcançar os bens necessários para garantir o integral ressarcimento do débito em apuração imputado a cada responsável, ‘ressalvados os bens financeiros necessários ao sustento das pessoas físicas e à continuidade das operações das pessoas jurídicas’ (cf. Subitem 9.2 do Acórdão 2.428/2016-Plenário-grifou-se).

Com vistas à delimitação do conceito de bens financeiros necessários ao sustento das pessoas físicas, a Secretaria Extraordinária de Operações em Infraestrutura – SeinfraOperações propõe a adoção da seguinte sistemática:

‘18.1. autorizar diligenciar o responsável (...), para que apresente, caso deseje, **no prazo improrrogável de até trinta dias**, todos os seus ativos financeiros, indicando, em grau de prioridade, aqueles que, na sua visão, podem ser bloqueados, ou não, descrevendo a motivação para tanto, com vistas a cumprir a determinação de indisponibilidade de bens financeiros de sua propriedade; e

18.2. alertar o responsável (...) que a recusa no atendimento a esta diligência, com limitação de conhecimento sobre os ativos disponíveis, pode redundar na decisão desta Corte de bloquear, sem reservas, os ativos (inclusive financeiros) até o limite necessário à reparação do dano’ (grifou-se).

A medida cautelar de decretação de indisponibilidade de bens, muito embora possua previsão legal constante do art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992, ainda carece de regulamentação no âmbito desta Corte de Contas, atraindo, assim, a meu ver, no que diz respeito ao procedimento a ser adotado, o disposto no Enunciado nº 103 da Súmula de Jurisprudência do TCU, verbis: ‘Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de

MS 34446 MC / DF

Processo Civil' (grifou-se).

Posto isso, entendo que o procedimento a ser adotado e o que melhor se ajusta à finalidade do instituto da medida cautelar de indisponibilidade de bens é o que se encontra previsto no art. 854 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

(...)

Diante do exposto, diversamente da proposta de encaminhamento sugerida pela unidade técnica, com fundamento no art. 11 da Lei 8.443/1992, a adoção do seguinte procedimento:

i) a expedição de comunicações às instituições financeiras e/ou outros órgãos que compõem o sistema financeiro nacional para que tornem indisponíveis todos os ativos financeiros e/ou bens existentes em nome do responsável, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado no Acórdão 2.428/2016-Plenário;

ii) recebida a resposta de todos os órgãos competentes e verificada a eventual ocorrência de indisponibilidade excessiva, venham os autos conclusos a esta Relatoria, no prazo de 24 horas a contar da última resposta, a fim de que seja analisado o eventual cancelamento do excesso de indisponibilidade;

iii) tornados indisponíveis os ativos e/ou bens do responsável, proceda-se a sua intimação na pessoa de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente, para que, no prazo de 5 (cinco) dias, comprove: no caso de pessoa física, que: I – as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis ou II – ainda remanesce indisponibilidade excessiva de ativos financeiros; no caso de pessoa jurídica, que: I – as quantias tornadas indisponíveis inviabilizam o funcionamento da empresa ou II- ainda remanesce indisponibilidade excessiva de ativos financeiros.”

50. No aspecto, emerge, da própria disparidade entre o estabelecido no Acórdão nº 2.428/2016-Plenário e o ato unipessoal proferido a título de dar-lhe efetividade, a relevância da fundamentação esgrimida no

MS 34446 MC / DF

presente mandado de segurança.

51. Ao promover a indisponibilidade irrestrita dos ativos financeiros da impetrante, sem adotar as precauções ventiladas no acórdão impugnado – no sentido de identificar eventuais reservas financeiras que fossem prescindíveis à continuidade das operações da impetrante -, o relator do TC nº 026.832/2016-0, deixando de acatar, no tópico, proposta de encaminhamento sugerida por unidade técnica da Corte de Contas, implementou medida concreta suscetível de colocar em grave e iminente risco a preservação das atividades empresariais da Construtora Queiroz Galvão S/A, com consequências potencialmente desastrosas para o pontual adimplemento das suas obrigações trabalhistas, comerciais e tributárias.

52. É intuitivo que privada, ainda que momentaneamente, da totalidade do seu ativo circulante, a atividade empresarial desenvolvida pela impetrante não se sustém. Tal raciocínio em absoluto é infirmado pela ideia de que a autoridade impetrada poderá reverter, se provocada e em lapso temporal indefinido, a irrestrita indisponibilidade de bens financeiros decretada. O que se extrai do Acórdão nº 2.428/2016-Plenário é a indisponibilidade de bens financeiros da sociedade empresária como exceção, não como regra, como deflui do ato unipessoal proferido no TC nº 026.832/2016-0.

53. Ante o exposto, presentes os requisitos do art. 7º, III, da Lei 12.016/2009, **defiro parcialmente o pedido de medida liminar**, apenas para suspender a eficácia do ato do relator do TC nº 026.832/2016-0 que implementou indisponibilidade irrestrita dos ativos financeiros da impetrante.

Comunique-se, com urgência, para imediato cumprimento, enviando cópia da presente decisão à autoridade impetrada e ao Banco Central do Brasil.

Presente o ingresso da União no feito, deverá ser complementada a autuação, para o efeito de incluí-la como litisconsorte passiva.

Notifique-se a autoridade impetrada, a fim de que, no prazo de 10 dias (art. 7º, I, da Lei 12.016/2009), preste informações conclusivas.

MS 34446 MC / DF

Decorridos os prazos legais, abra-se vista para manifestação do Procurador-Geral da República (art. 12 da Lei 12.016/2009).

Publique-se.

Brasília, 22 de novembro de 2016.

Ministra Rosa Weber

Relatora