

V O T O – V O G A L

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (voto-vogal): 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 seguintes 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 desta Corte, 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.

2) Mérito

2.1) Atribuições do Tribunal de Contas da União

Dispõe o art. 71 da Constituição Federal:

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e 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 público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados".

Por sua vez, a Lei 8.443/1992 assim dispõe em seus arts. 1º a 3º:

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

I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração 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 dano ao Erário;

II - proceder, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de suas Casas ou das respectivas Comissões, à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades dos poderes da União e das demais entidades referidas no inciso anterior;

III - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, nos termos do art. 36 desta Lei;

IV - acompanhar a arrecadação da receita a cargo da União e das entidades referidas no inciso I deste artigo, mediante inspeções e auditorias, ou por meio de demonstrativos próprios, na forma estabelecida no Regimento Interno;

V - apreciar, para fins de registro, na forma estabelecida no Regimento Interno, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público federal, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

VI - efetuar, observada a legislação pertinente, o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o parágrafo único do art. 161 da Constituição Federal, fiscalizando a entrega dos respectivos recursos;

VII - emitir, nos termos do § 2º do art. 33 da Constituição Federal, parecer prévio sobre as contas do Governo de Território Federal, no prazo de sessenta dias, a contar de seu recebimento, na forma estabelecida no Regimento Interno;

VIII - representar ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados, indicando o ato inquinado e definindo responsabilidades, inclusive as de Ministro de Estado ou autoridade de nível hierárquico equivalente;

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

X - elaborar e alterar seu Regimento Interno;

XI - eleger seu Presidente e seu Vice-Presidente, e dar-lhes posse;

XII - conceder licença, férias e outros afastamentos aos ministros, auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, dependendo de inspeção por junta médica a licença para tratamento de saúde por prazo superior a seis meses;

XIII - propor ao Congresso Nacional a fixação de vencimentos dos ministros, auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal;

XIV - organizar sua Secretaria, na forma estabelecida no Regimento Interno, e prover-lhe os cargos e empregos, observada a legislação pertinente;

XV - propor ao Congresso Nacional a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções do Quadro de Pessoal de sua Secretaria, bem como a fixação da respectiva remuneração;

XVI - decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, na forma prevista nos arts. 53 a 55 desta Lei;

XVII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno.

§ 1º. No julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas.

§ 2º. A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

§ 3º. Será parte essencial das decisões do Tribunal ou de suas Câmaras:

I - o relatório do Ministro-Relator, de que constarão as conclusões da instrução (do Relatório da equipe de auditoria ou do técnico responsável pela análise do processo, bem como do parecer das chefias imediatas, da Unidade Técnica), e do Ministério Público junto ao Tribunal;

II - fundamentação com que o Ministro-Relator analisará as questões de fato e de direito;

III - dispositivo com que o Ministro-Relator decidirá sobre o mérito do processo.

Art. 2º. Para o desempenho de sua competência o Tribunal receberá, em cada exercício, o rol de responsáveis e suas alterações, e outros documentos ou informações que considerar necessários, na forma estabelecida no Regimento Interno.

Parágrafo único. O Tribunal poderá solicitar ao Ministro de Estado supervisor da área, ou à autoridade de nível hierárquico equivalente outros elementos indispensáveis ao exercício de sua competência.

Art. 3º. Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade". (grifo nosso)

Nestes *writs of mandamus*, discute-se 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.

Persiste, ainda, definir se pode aquela 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.

2.2) Possibilidade de o TCU decretar a indisponibilidade de bens e violação a princípios constitucionais

Em primeiro lugar, verifico que o ato impugnado – inclusive no que tange à ordem cautelar de indisponibilidade de bens – 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 quanto à dilapidação do patrimônio público em licitações e contratos administrativos.

Nesse ponto, vale destacar que a jurisprudência desta Corte reconhece assistir ao Tribunal de Contas um poder geral de cautela, que se consubstancia 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:

Plenário Votação 2021/3

“(...) 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, 1^a Turma, DJe 25.10.2011).

Também, 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)

Corrobora 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).

Tais 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 resarcimento 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 resarcimento (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 resarcimento 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 resarcimento 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, inexiste 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 resarcimento, não tem o condão de justificar a não adoção da medida cautelar pela Corte de Contas.

2.3) Destinatários das ordens/julgamentos emanados do TCU

Nesse ponto, discute-se se os particulares (terceiros, sócios ou não de empresas contratantes com o Poder Público investigadas em tomada de contas especial) estão obrigados a cumprir deliberações do Tribunal de Contas da União ou, ainda, se a elas se sujeitam.

Pois bem.

Sobre o tema, é importante transcrever as normas aplicáveis aos destinatários-terceiros, previstas na Lei 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".

Vê-se, pois, que é possível ao Tribunal de Contas, no momento do julgamento das contas apresentadas, 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, pela obviedade, 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 tiram 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 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)

Outrossim, insta salientar que atingir o patrimônio de pessoas físicas que integram o quadro societário de empresas envolvidas com crimes contra a Administração Pública, não se revela como aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Isso porque não se está descobrindo o véu da roupagem jurídica da empresa para atingir os bens dos sócios. O TCU, em resumo, aplicou a teoria do *ultra vires*, que se constitui em responsabilizar diretamente a pessoa física responsável pela prática do ato ilícito, concorrendo na medida de sua culpabilidade para o evento danoso.

Em outras palavras, a empresa não pode ser responsável por atos praticados por seus administradores ou sócios em contrariedade à consecução de suas finalidades, no que se denomina de extrapolamento dos poderes societários ou administrativos atribuídos pela personalidade jurídica empresarial, na medida em que esta não pode servir de escudo protetivo para a prática de ilícitos por pessoas naturais.

Com base nesse fundamento, a 2^a Turma, em processo de minha relatoria, denegou a ordem no MS 35.555, a saber:

"Agravo regimental 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, 2^a Turma, DJe 31.5.2019, grifo nosso).

Nesse voto tive oportunidade de assentar que:

"Por fim, 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”.

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.

Por fim, insta salientar 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, esta última não realizou qualquer acordo de leniência.

4) Voto

Pelo exposto, voto pela denegação da ordem no presente mandado de segurança. É como voto.