

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Trata-se de ação mandamental ajuizada por PPI - Projeto de Plantas Industriais Ltda., sociedade pertencente ao grupo Toyo Engineering Corporation, em face do Acórdão 2.014/2017-TCU/Plenário, no qual, dentre outras deliberações, foram impostas à impetrante e outros as medidas cautelares de indisponibilidade de bens e desconsideração da personalidade jurídica, nos seguintes termos:

“ [...]

9.1. decretar, cautelarmente, com fundamento no art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 273 e 274 do Regimento Interno deste Tribunal, **pelo prazo de um ano**, a indisponibilidade de bens dos responsáveis a seguir relacionados, devendo esta medida alcançar os bens considerados necessários, para garantir o integral ressarcimento do débito em apuração imputado a cada responsável, no valor de R\$ 653.058.328,50 (atualizado até 8/9/2017), **ressalvados os bens financeiros necessários ao sustento das pessoas físicas e à manutenção das atividades operacionais da pessoa jurídica** :

Responsável CNPJ/CPF

Renato de Souza Duque 510.515.167-49

Roberto Gonçalves 759.408.508-63

PPI – Projeto de Plantas Industriais Ltda. 12.643.899/0001-40

9.2. considerar como termo inicial para contagem do prazo fixado no subitem anterior desta deliberação a data de averbação da medida cautelar nos respectivos órgãos de registro dos bens;

[...]

9.4. **desconsiderar a personalidade jurídica** da Construtora Norberto Odebrecht S.A. (15.102.288/0001-82), da Odebrecht S.A. (05.144.757/0001-72), da PPI – Projeto de Plantas Industriais Ltda. (12.643.899/0001-40), da UTC Engenharia S.A. (44.023.661/0001-08) e da UTC Participações S.A. (02.164.892/0001-91);” (págs. 73-74 do documento eletrônico 9; grifei)

A impetrante sustenta, em síntese, violação ao seu direito líquido e certo de movimentar livremente bens e ativos que lhe pertencem, bem como de empregá-los, sem quaisquer restrições, como instrumentos de fomento

econômico em um ambiente de livre iniciativa. Aduz que tais direitos “somente poderiam ser relativizados por lei, e não por decisão administrativa ilegal” (pág. 6 da inicial).

Alega, ademais, que o Tribunal de Contas da União não teria competência para decretar cautelarmente a indisponibilidade de bens de particulares e nem a desconsideração da personalidade jurídica.

Mas não só. Para a impetrante,

“[...] o Ato Coator violou frontalmente os seguintes princípios constitucionais: (a) legalidade estrita; (b) devido processo legal, contraditório e ampla defesa; (c) razoabilidade e proporcionalidade; (d) motivação; (e) igualdade; e (f) presunção de inocência; entre outros inerentes ao Direito Administrativo, notadamente o Direito Administrativo Sancionador” (pág. 11 da inicial).

O Ministro Marco Aurélio, Relator do feito, em 8/2/2018, deferiu a liminar requerida, “autorizando a livre movimentação dos bens da impetrante que tenham sido declarados indisponíveis, bem assim a suspensão da determinação atinente ao levantamento da própria personalidade jurídica” (págs. 4-5 do documento eletrônico 14).

O TCU juntou as informações de estilo (documento eletrônico 24). Já a União requereu o seu ingresso nos autos e interpôs agravo em face da decisão que deferiu a cautelar (documento eletrônico 35).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Paulo Gustavo Gonet Branco, apresentou manifestação pela denegação da segurança, que recebeu a seguinte ementa:

“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” (documento eletrônico 44).

É o brevíssimo relatório.

Bem examinados os autos, tenho que o *writ* não merece prosperar. É que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o Tribunal de Contas da União e, também, as cortes estaduais e municipais congêneres, lograram um aumento significativo de suas competências, muito embora como assentou o Ministro Roberto Barroso, em sede doutrinária, criaram-se “algumas áreas de superposição de funções e mesmo algumas tensões que precisam ser enfrentadas para a boa definição do âmbito de atuação dos diferentes órgãos do Poder Público”.

As questões ora trazidas à apreciação deste Plenário de há muito vem suscitando as mais vivas discussões, sendo certo que esta Suprema Corte já teve a oportunidade de debater inúmeras vezes as cautelares implementadas pelos tribunais de contas, conforme se verá adiante.

A partir dessas discussões, o STF consolidou jurisprudência no sentido de que as cortes de contas, no exercício das respectivas atuações, estão autorizadas a lançar mão de medidas cautelares. Em contrapartida, porém, a Suprema Corte, não raras vezes, limitou os atos emanados de tais órgãos que extrapolaram as atribuições que a Constituição lhes reservou ou que se mostrassem extravagantes.

Veja-se, por exemplo, o julgamento do MS 22.801/DF, Rel. Min. Menezes Direito, em que discutia o tema do acesso a dados sigilosos protegidos pelo texto constitucional, no qual o Plenário decidiu que “a Lei Complementar nº 105, de 10/1/01, não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil”. A mesma linha foi adotada pela Segunda Turma no MS 22.934/DF, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa.

É preciso esclarecer, no entanto, que a Primeira Turma, em sentido diverso, ao julgar o MS 33.340/DF, Rel. Min. Luiz Fux, entendeu que TCU pode acessar documentos sob a custódia da Administração Pública, relacionados ao emprego dos recursos públicos, relativizando, de certo modo, a compreensão firmada nos citados precedentes.

De qualquer modo, prevalece na Supremo Tribunal Federal a posição de que as cortes de contas, em situações de urgência, nas quais haja fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público ou de risco de ineficácia

da decisão de mérito, podem aplicar medidas cautelares, consubstanciadas, dentre outras, na suspensão do ato ou do procedimento inquinado de ilegal, até que sobrevenha decisão final acerca da questão posta.

Como fundamento de tais medidas o TCU tem invocado o art. 71, X, da Constituição Federal, os arts. 44 e 45 da Lei 8.443/1992, os arts. 273 a 276 de seu Regimento Interno e, ainda, a Resolução TCU 36/1995, que explicita as cautelares que podem ser manejadas pelo órgão. Quanto aos tribunais de contas estaduais e municipais, tem prevalecido o entendimento, fundado no que dispõe o art. 75, que lhes é lícito empregar tais medidas, desde que previstas nas legislações locais e nos respectivos regimentos internos.

Ao discorrer academicamente sobre o assunto, José dos Santos Carvalho Filho afirma que, “no exercício de sua função constitucional, e ainda com lastro na Lei 8.443/1992, que o regula, pode o Tribunal de Contas usar seu **poder geral de cautela** e decretar a indisponibilidade de bens em processo de tomada de contas especial desde que seja devidamente fundamentada a decisão”, levando-se em consideração que

“[o] **objetivo é o de 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”.

Observo, no entanto, há aqueles que entendem que, “mesmo que não houvesse nenhuma norma legal autorizando a concessão de cautelares, seria possível conceber que essas providências poderiam, sim, ser tomadas no âmbito dos tribunais de contas, em casos de urgência e evidente perigo de dano ao erário, mediante aplicação supletiva CPC/2015”, bem assim com fulcro na “competência complementar implícita” que lhes é inerente.

Trata-se, *mutatis mutandis*, de fazer incidir, na espécie, a conhecida “teoria dos poderes implícitos”, que se originou de um caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1819, conhecido como “*McCulloch versus Maryland*”. Nele decidiu-se que, quando se confere a determinado órgão estatal certas competências, ele está implicitamente autorizado a utilizar todos os meios necessários para levá-las a termo. Em outras palavras, não é preciso que os meios necessários ao cumprimento de seus fins estejam exaustivamente explicitados nalgum texto normativo, desde que, por óbvio, sejam empregados dentro dos lindes da **razoabilidade** e **proporcionalidade** e sem invasão da competência de outros órgãos.

Existem muitos precedentes nesta linha no STF, como aquele resultante do julgamento do MS 23.550/DF, Redator para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, realizado em 4/4/2001, no qual o Plenário assentou que o Tribunal de Contas da União, com arrimo no art. 71, IX, da CF, pode determinar à autoridade administrativa que promova a anulação de um contrato e, se for o caso, da própria licitação do qual se originou.

Posteriormente, reafirmando esse entendimento, ao analisar a constitucionalidade do art. 276 do Regimento Interno do TCU, que dispõe sobre a adoção de “medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado”, o Plenário do STF consignou, novamente, que o órgão tem competência para determinar a suspensão cautelar de procedimentos licitatórios, em importante precedente firmado no julgamento do MS 24.510/DF, de relatoria da Ministra Ellen Gracie. Naquela assentada, o Ministro Celso de Mello consignou o seguinte:

“[...] 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”.

Não há dúvida, portanto, de que esta Suprema Corte já reconheceu a aplicação da teoria dos poderes implícitos, de maneira a entender que o Tribunal de Contas da União pode deferir medidas cautelares para cumprir a sua atribuição constitucional de exercer o controle externo da Administração Pública.

Com base nessas premissas, a Segunda Turma do STF, no MS 33.092/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, reafirmou o “ **poder geral de cautela** reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais” . Posição semelhante foi externada pelo Ministro Edson Fachin no MS 34.793-MC/DF. E, no MS 35.555-AgR/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, a Segunda Turma consignou que são válidas as cautelares destinadas a assegurar o desfecho útil dos feitos que tramitam no TCU.

Posteriormente, no MS 36.392-AgR/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, a Segunda Turma, além de manter a cautelar deferida pelo Tribunal de Contas da União para a suspensão de pregão eletrônico, preservou a decisão cautelar de indisponibilidade de bens, mencionando novamente o **poder geral de cautela** do órgão.

A Primeira Turma, de seu turno, utilizando o precedente firmado na SS 5.179/AgR, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, manteve a cautelar deferida pelo Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal, que determinou a suspensão de contrato administrativo, no RE 1.236.731-AgR/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes.

É que já na SS 5.205/RN a Ministra Cármen Lúcia, então Presidente, em 2/4/2018, suspendeu decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte em mandado de segurança, mantendo a determinação de bloqueio de valores discriminados no Acórdão n. 411/2016 do Tribunal de Contas daquele Estado.

Em 2019, o Plenário do STF, ao julgar a SS 5.179-AgR/PI, Rel. Min. Dias Toffoli, voltou a afirmar que, “no exercício do **poder geral de cautela**, os tribunais de contas podem determinar medidas em caráter precário que visem assegurar o resultado final dos processos administrativos”.

Mas o STF também impôs limitações às cautelares expedidas pelas cortes de contas. Com efeito, no MS 34.738/DF, o Ministro Roberto Barroso, embora entendendo possível a constrição de bens de particulares pelo TCU, deferiu a liminar para sustá-la, argumentando com a **irrazoabilidade do montante bloqueado**, em decisão assim ementada:

“Direito administrativo. Mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Poder geral de cautela. Indisponibilidade de bens de particulares.

1. Em princípio, no exame sumário próprio de pedidos cautelares, **considero possível a decretação pelo TCU de indisponibilidade de bens de particulares responsáveis pela administração de dinheiro de origem pública, se constatados indícios de ilegalidades**.

2. No caso concreto, **não se afigura razoável o bloqueio de mais de R\$ 500 milhões da impetrante, diante do caráter incipiente e complexo da apuração de sua responsabilidade, e sem que tenha ela tido oportunidade de se manifestar** .

3. Eventual movimentação patrimonial ou financeira atípica por parte da impetrante, que levem a supor evasão de responsabilização futura, podem levar à reconsideração da presente decisão.

4. Medida liminar deferida” (grifei).

Também a Segunda Turma do STF proferiu uma série acórdãos acerca das cautelares expedidas no âmbito do TCU com vistas a impor-lhes certas balizas. No MS 34.233-AgR-Segundo-ED/DF, por exemplo, aquele colegiado sufragou o entendimento do Ministro Gilmar Mendes no sentido da **impossibilidade de prorrogação, sem previsão legal, do prazo para a indisponibilidade de bens**. Isso porque constou do ato atacado que a medida se deu com base no art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992, o qual estabelece que a medida pode ser decretada, “por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável”. Esse mesmo entendimento serviu de fundamento à decisão liminar por mim deferida no MS 34.545-MC/DF.

Em que pese tal limitação, observo que a Ministra Rosa Weber assentou, no MS 34.446-MC/DF, a desnecessidade de provimento judicial para determinar indisponibilidade liminar de bens por parte do TCU, prevista no supracitado dispositivo legal, assinalando que ele veicula

“[...] 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’** - que trata do arresto judicial de bens - **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 [...]” (grifei).

Quer dizer, o TCU poderia, *sponte propria* , decretar cautelarmente a indisponibilidade de bens do responsável por alegados danos aos cofres públicos, por prazo não superior a um ano. A providência definitiva, no entanto, não caberia à corte de contas, já que apenas ao Judiciário seria lícito autorizar uma constrição patrimonial de tal gravidade por prazo maior.

Essa é, precisamente, a meu ver, a interpretação que decorre do art. 61 da Lei 8.443/1992, segundo o qual o Tribunal de Contas da União, por meio do Ministério Público, “poderá 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”.

No mais, a Ministra Relatora reafirmou no mencionado julgado a posição do STF na linha de “reconhecer a atribuição do TCU para **sindicar as contas de particulares** contratantes com ente integrante da administração pública federal [...] aplicando-lhes as sanções previstas na Lei nº 8.443/1992” (grifei), destacando os seguintes precedentes: MS 24.379/DF, Rel. Min. Dias Toffoli e MS 30.788, Redator para o acórdão do Ministro Roberto Barroso.

A esse respeito, é elucidativa a já antiga manifestação do Plenário do STF, expressa no MS 25.880/DF, Rel. Min. Eros Grau, no sentido de que “a competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas **abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, devendo ser aplicadas aos responsáveis**, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei” (grifei).

Como se vê, a jurisprudência pacificada deste Supremo Tribunal admite que as cortes de contas, no desempenho regular de suas competências, lancem mão de medidas cautelares diversas, as quais, levando em consideração a origem pública dos recursos envolvidos, **podem recair sobre particulares e não apenas sobre órgãos ou agentes públicos**.

É certo que o devido processo legal no âmbito dos procedimentos administrativos - gênero a que pertencem os feitos que tramitam nas cortes de contas - não pode ser deixado de lado, segundo o precedente firmado no RMS 24.823/DF, de relatoria da Ministra Ellen Gracie. No mesmo diapasão tem-se a decisão prolatada no RMS 31.661/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Vale registrar, todavia, que a alegação do impetrante, no presente caso, de que não lhe teria sido assegurado o contraditório antes do deferimento das medidas cautelares, não pode ser acolhido, porquanto o acórdão atacado previu expressamente a oportunidade de manifestação dos

responsáveis pelos supostos danos ao erário, embora em momento adequado, como se observa dos trechos ao acórdão abaixo transcritos:

“[...]

9.3. nos termos do art. 276, § 3º, do Regimento Interno deste Tribunal, c **onceder prazo de até 15 (quinze) dias, sem efeito suspensivo, aos responsáveis arrolados acima para que se pronunciem, caso queiram, a respeito da adoção da medida cautelar referida no item 9.1** retro, informando-lhes que, no âmbito da respectiva resposta à oitiva, fica, desde já, franqueada a **possibilidade de serem indicados os bens por eles considerados essenciais ao sustento das pessoas físicas e à manutenção das atividades operacionais da sociedade empresarial e, portanto, não suscetíveis ao alcance da medida cautelar, acompanhados das devidas justificativas ;**

[...]

9.5. com fundamento nos arts. 10, § 1º, 12, incisos I e II, e 16, §2º, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 202, incisos I e II, e 209, §§ 5º e 6º, do Regimento Interno/TCU, determinar a **citação dos responsáveis solidários a seguir relacionados, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentem alegações de defesa e/ou recolham aos cofres da Petrobras S.A . as quantias abaixo indicadas, atualizadas monetariamente a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, abatendo-se, na oportunidade, as quantias eventualmente já ressarcidas, na forma da legislação em vigor, em decorrência das seguintes irregularidades, das quais resultaram superfaturamento no Contrato 0858.0072004.11.2 [...]**” (págs. 73-74 do documento eletrônico 9; grifei).

Sim, porque, conforme decorre da própria natureza dos provimentos cautelares, está-se, na espécie, diante de uma típica hipótese de contraditório diferido, o que, segundo a jurisprudência do STF “não implica ofensa à garantia do devido processo legal”, nos termos de decisão proferida no MS 34.446-MC/DF, Rel. Min. Rosa Weber.

Em continuidade, penso que, tal como esta Suprema Corte tem decidido pela possibilidade do deferimento de cautelares no sentido da indisponibilidade de bens, inclusive de particulares, nada obsta, que as cortes de contas também procedam, *in limine*, à desconsideração liminar da personalidade jurídica dos entes que alegadamente tenham malversado dinheiro público, embora ainda sejam escassos os precedentes neste sentido.

De fato, até o início deste julgamento, o referido tema foi objeto de análise em alguns poucos processos. O Ministro Celso de Mello, *verbi gratia*, deferiu liminar, em 11/11/2013, no MS 32.494-MC/DF, no qual se discutia a possibilidade de o TCU desconsiderar a personalidade jurídica, assentando o seguinte na ementa do acórdão:

“Procedimento administrativo e desconsideração expansiva da personalidade jurídica. *Disregard doctrine* e reserva de jurisdição: exame da possibilidade de a administração pública, mediante ato próprio, agindo *pro domo sua*, desconsiderar a personalidade civil da empresa, em ordem a coibir situações configuradoras de abuso de direito ou de fraude. A competência institucional do TCU e a doutrina dos poderes implícitos. Indispensabilidade, ou não, de lei que viabilize a incidência da técnica da desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa. A administração pública e o princípio da legalidade: superação de paradigma teórico fundado na doutrina tradicional? O princípio da moralidade administrativa: valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico, condicionante da legitimidade e da validade dos atos estatais. O advento da Lei 12.846/2013 (art. 5º, IV, e, e art. 14), ainda em período de *vacatio legis*. Desconsideração da personalidade jurídica e o postulado da intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de direitos. Magistério da doutrina. Jurisprudência. Plausibilidade jurídica da pretensão cautelar e configuração do *periculum in mora*. Medida liminar deferida” (MS 32.494-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello)

Naquela oportunidade, o Ministro Relator, não obstante considerasse “que a pessoa jurídica não pode ser manipulada, com o ilícito objetivo de viabilizar o abuso de direito e a prática de fraude”, levou em consideração “razões de prudência e o reconhecimento da plausibilidade jurídica da pretensão” para deferir a cautela, de maneira a obstar a desconsideração da personalidade jurídica da impetrante. Por isso, baseado no referido precedente, mas sem verticalizar a análise, também deferiu, em 30/09/2019, a liminar requerida no MS 36.650-MC, de minha relatoria.

Em sentido diverso, a Ministra Rosa Weber indeferiu as liminares requeridas nos MS 36.569/DF, 36.571/DF, 36.984-MC/DF, 36.989-MC/DF, 37.010-MC/DF, 37.011-MC/DF, sem, no entanto, adentrar no mérito da questão, pois ponderou que a determinação tomada pelo TCU ainda era passível de mudança no julgamento da tomada de contas.

Já o Ministro Luiz Fux indeferiu o pedido no MS 36.849-MC/DF, sob os seguintes argumentos:

“Para amparar esse raciocínio, os impetrantes ainda aduzem que este ‘ **Supremo Tribunal Federal vem se manifestando sobre a impossibilidade do TCU em desconsiderar a personalidade jurídica**’ , colacionando trechos (i) da decisão liminar do Ministro Celso de Mello no bojo do MS32.494, e (ii) do Ministro Marco Aurélio, no âmbito liminar do MS 35.506.

Ocorre que, *data máxima vênia*, o próprio Ministro Celso de Mello ressaltou à **época** , no referido *mandamus* , que: ‘ *esta Suprema Corte ainda não se pronunciou sobre a validade da aplicação da ‘disregard doctrine’ no âmbito dos procedimentos administrativos* ’ (MS 32.494 MC/DF, Min. Rel. Celso de Mello, DJe em 13/11/2013).

Não por acaso, basta observar posicionamentos mais recentes do próprio eminente Decano desta Suprema Corte, levantando a questão dos **poderes implícitos** do Tribunal de Contas da União para autorizar aplicação da *disregard doctrine* por aquele órgão, assim **INDEFERINDO** os pleitos cautelares nos Mandados de Segurança 36.499, 36.601 e 36.609, nos quais se articulava a mesma argumentação relativa à impossibilidade de tal atuação do TCU. Anoto, todavia, que os trechos da decisão não podem ser aqui transcritos, pois os autos tramitam em segredo de justiça. De todo modo, a título de exemplo, impende ressaltar julgado do e. Superior Tribunal de Justiça, o qual determinou a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, *in verbis*:

‘[...] Diante do exposto, percebe-se que a argumentação dos impetrantes para embasar a existência de ‘ *fundamento relevante*’ se baseia em uma premissa inexistente: a de que é entendimento pacífico nesta Corte (e no direito pátrio) a impossibilidade de decretação da desconsideração da personalidade jurídica por parte da Corte de Contas da União’’ (grifos e itálicos no original).

Pois bem, o relevante instituto da desconsideração da personalidade jurídica encontra abrigo em diversos diplomas normativos, a saber: a Lei 9.605/1988 (que dispõe sobre sanções penais e administrativas decorrentes de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, art. 4º), a Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor, art. 28) a Lei 9.615/1998 (que institui normas gerais sobre o desporto, art. 27), a Lei 10.406/2002, com a redação dada pela Lei 13.874/2019 (Código Civil, art. 50), a Lei 12.529/2011 (que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, art. 34), a Lei

12.846/2013 (que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, art. 14) e, finalmente, a Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil, art. 133 a 137, que trata da matéria como incidente judicial).

Sem adentrar na análise das várias teorias sobre o instituto da desconsideração, o certo é que a sua finalidade, grosso modo, consiste em reprimir abusos e fraudes pela manipulação e uso inadequado do instituto da pessoa jurídica. Embora procedente do Direito Comercial, ensina Diogenes Gasparini:

“[...] é instituto que se afeiçoa a qualquer ramo do Direito, pois o abuso pode ser praticado pela pessoa jurídica com vista a lesar credores, a prejudicar o Fisco, a ludibriar direitos dos familiares dos sócios, a escapar de sanções administrativas, a fazer tábula rasa do interesse público, a ignorar os direitos do consumidor, a vilipendiar os direitos dos trabalhadores e burlar a lei, por exemplo, tendo como objetivo favorecer seus sócios.”

Nesse linha de raciocínio, observo que não haveria razão para que a teoria da desconsideração da personalidade também não fosse aplicada ao Direito Administrativo. Isso porque, para o já mencionado Carvalho Filho, “a busca da verdade real tem conduzido os estudiosos modernos a admitir, no processo administrativo, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica (*disregard of legal entity*), de modo a atribuir-se responsabilidade às pessoas físicas que se valem da pessoa jurídica como escudo para o cometimento de fraudes, desvios e outros ilícitos”.

Essa é também a opinião do também citado Diogenes Gasparini, o qual sustenta que o emprego do instituto não deve restringir-se ao Executivo, já que o Direito Administrativo “está presente nas autarquias e fundações públicas, no âmbito administrativo do Judiciário, do Legislativo e dos Tribunais de Contas”. Para ele,

“[...] atendidas certas exigências, especialmente as relativas ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, pode o agente público competente decretar a desconsideração da pessoa jurídica. Justificam essa inteligência, ao menos, os princípios do dever-poder de agir, do interesse público e da moralidade administrativa”.

Corroborando tal entendimento, o Subprocurador-Geral da República Paulo Gustavo Gonet Branco assinalou, em sua manifestação, que

“[...] o ordenamento jurídico não é avesso a que estatais outras, além das judiciárias, possam, no desempenho das suas atribuições legais, valer-se da desconsideração da personalidade jurídica de empresa, com vistas a restabelecer a força e o sentido da lei. Não haveria por que recusar ao TCU semelhante poder, quando, no desempenho da missão que a Carta da República diretamente lhe confiou, orienta-se a preservar o valor constitucional da moralidade administrativa” (pág. 10 do documento eletrônico 44; grifei).

Não foi por outra razão que, ao julgar o paradigmático RMS 15.166/BA, de relatoria do Ministro Castro Meira (j. 7/8/2003), a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que

“[...] a Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular”.

Se isso tudo não fosse suficiente para admitir-se o emprego da *disregard* administrativa pelo Tribunal de Contas, observo que a supra mencionada Lei 12.846/2013, em capítulo intitulado “Do Processo Administrativo de Responsabilização”, especificamente no art. 8º, direcionado “à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário”, em dispositivo subsequente consigna o quanto segue:

“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.”

Não se deve olvidar, contudo, que a desconsideração da personalidade jurídica é medida extrema e de graves consequências, por isso mesmo precisa sempre amoldar-se aos parâmetros e limites indicados em lei.

Sim, porque ao se criar uma entidade com natureza moral, busca-se “viabilizar, fomentar e proteger a realização de negócios jurídicos”, segregando-a, para tal fim, das pessoas físicas. Essa técnica jurídica, prevista no art. 49-A do Código Civil, reconhece a representação social da pessoa jurídica, distinta das pessoas dos seus sócios, com direitos e deveres próprios, de modo que “deixar de observar a distinção entre pessoas jurídicas e sócios constitui negação de instituto jurídico fundamental, que só se justifica de modo excepcional, para não pôr em risco os benefícios sociais do sistema de atribuição de personalidade a entes morais”.

Não é por outra razão que o art. 50 do referido *Codex* atribui a um **juiz** a competência de promover a desconsideração da personalidade jurídica, por provocação da parte ou do Ministério Público, quando se constatar “desvio de finalidade ou confusão patrimonial”, para que “os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”.

De modo a cumprir tal desiderato, a Lei Processual Civil instituiu um incidente específico de desconsideração da personalidade jurídica, disciplinado do art. 133 ao 137, o qual se processará sempre na esfera judicial, a requerimento dos interessados. Ademais, “observará os pressupostos previstos em lei” (§ 1º do art. 133), sem prejuízo do “preenchimento dos pressupostos legais específicos” (§ 4º, do art. 134).

Convém lembrar, a propósito da discussão, travada nestes autos, a disposição constante do art. 15 do Código de Processo Civil, segundo a qual “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Ou seja, inexistindo disposição legal específica regulando certa temática de cunho processual, há de aplicar-se, no que couber, o previsto o CPC.

Por isso, é possível imaginar que tal *vexata quaestio* constitui, conforme o entendimento acima explicitado pelo Ministro Roberto Barroso, uma área de sobreposição de funções relativamente às cortes de contas e o Judiciário, a quem caberia, de acordo com a legislação civil e processual civil, desde que instado, “levantar o véu da pessoa jurídica” para atingir os sócios e administradores das pessoas jurídicas ou o inverso, alcançando o ente

moral por obrigações daqueles, nos termos do art. § 3º do art. 50 do Código Civil.

Como fiz ver antes, a Lei 8.443/1992 prevê expressamente a possibilidade de bloqueio cautelar de bens pelo TCU, **ou judicialmente**, após atuação da Advocacia-Geral da União, em conformidade com os arts. 44, § 2º, e 61, deste diploma legal.

Essa última previsão normativa decorre, precisamente, da compreensão segundo a qual alguns direitos, especialmente os de caráter fundamental, - e a propriedade é um deles, pois goza de expressa proteção constitucional - precisam ser preservados ao máximo, reservando-se ao Judiciário - e tão somente a esse Poder - a competência de limitar ou obstar a sua fruição, especialmente em caráter definitivo.

Com igual razão, há de ser restringida toda e qualquer limitação quanto à autonomia e ao patrimônio da pessoa jurídica ou de seus sócios e administradores, medida que só poderá ser levada a efeito pelos órgãos jurisdicionais competentes, e sempre nos estritos termos da lei aplicável. Assim, como regra, cabe ao TCU, por meio do Ministério Público, solicitar à AGU, instituição que representa a União judicialmente, a teor do art. 131 da CF, “o arresto de bens dos responsáveis julgados em débito”, nos exatos termos do que dispõe o art. 61, da Lei 8.443/1992, para posterior execução destes, se for a caso.

Nada obstante, reconheço 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.

Na hipótese dos autos, no voto condutor, o Ministro Bruno Dantas, Relator do Acórdão 2.014/2017-TCU/Plenário, propôs a desconsideração

cautelar da personalidade jurídica da PPI - Projeto de Plantas Industriais Ltda., sociedade pertencente ao grupo Toyo Engineering Corporation, pelos seguintes fundamentos:

[...]

72. Diante da comprovação de que o consórcio se beneficiou de atos ilícitos que resultaram em pagamentos superiores aos que seriam devidos, **cabe imputar-lhe responsabilidade, em solidariedade com as empresas consorciadas** (UTC Engenharia S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A. e **PPI – Projeto de Plantas Industriais Ltda.**), nos termos do art. 33, inciso V, da Lei 8.666/1993.

73. Cabe, também, a citação solidária das *holdings* Grupo Odebrecht S.A., UTC Participações S.A. e **Toyo Engineering Corporation**, conforme proposto pela unidade técnica. **Os elementos probatórios advindos da Operação Lava Jato revelam que, na verdade, a decisão de pagamento de propina a diretores e empregados da Petrobras ocorria no coração das controladoras dos grupos empresariais**, que, obviamente, tiravam proveito do superfaturamento das obras executadas por suas controladas.

74. [...] Já em relação à Toyo, sua participação na negociação de vantagens e propinas referentes à obra da CDPU foi admitida por **Júlio Gerin de Almeida Camargo, que representava os interesses da empresa junto à Petrobras**, conforme detalhado em transcrições feitas ao longo deste voto, bem como no relatório que o fundamenta.

[...]

77. No caso ora examinado, os indícios são de que **representantes da Toyo Engineering Corporation participaram das tratativas para a celebração do contrato da central de utilidades do Comperj, por meio de indevida fuga à licitação e mediante o pagamento de vantagens indevidas, ainda que tenha formalizado a participação no consórcio por meio de sua controlada, a PPI – Projeto de Plantas Industriais Ltda**

[...]

79. A Seinfra Operações 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.

[...]

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 desconsiderado 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 alvitado pela unidade técnica” (págs. 64-65 documento eletrônico 9; grifei).

Da simples leitura dos excertos destacados, constato, assim como o fez o Ministério Público Federal, que a desconsideração da personalidade jurídica da PPI – Projetos de Plantas Industriais Ltda. foi determinada porque a Corte de Contas da União concluiu que “os seus administradores utilizaram-na para maximizar os seus lucros mediante a prática de ilícitos em prejuízo da Petrobras” (pág. 16 do documento eletrônico 44). Correta, pois, a decisão nesse aspecto, eis que proferida em sede preambular e não definitiva.

No mais, verifico que, com a citação da ora impetrante, oportunizando o exercício de defesa - lícitamente diferido, ante a urgência da medida - a autoridade inquinada como coatora atuou nos estritos termos de sua competência legal e constitucional.

Por tais razões, ressalvadas as observações feitas acima, a título de *obiter dictum*, quanto à desconsideração da personalidade jurídica, penso que não existe nenhum vício, seja material seja formal, no ato impugnado que pudesse caracterizar ofensa a direito líquido e certo da PPI – Projetos de Plantas Industriais Ltda., especialmente quanto aos aspectos por ela suscitados.

Recordo, por oportuno, que esta Corte, em repetidas decisões, a exemplo daquela proferida no RE 269.464/DF, de relatoria do Ministro

Celso de Mello, já assinalou que o direito líquido e certo, capaz de autorizar o ajuizamento do mandado de segurança, é, tão somente, aquele que concerne a fatos incontroversos, constatáveis de plano, mediante prova documental inequívoca.

A pretensão da impetrante, portanto, refoge aos estreitos limites do *mandamus*, ante a ausência de liquidez e certeza do direito pleiteado, motivo pelo qual **voto pela denegação da ordem**.

Plenário Virtual - minuta de voto - 01/04/2022