

Voto Vogal

O Senhor Ministro Edson Fachin : Trata-se de mandado de segurança com pedido de medida cautelar, impetrado por PPI – Projeto de Plantas Industriais Ltda, em face de ato do Plenário do Tribunal de Contas da União, consubstanciado no Acórdão 2017/2017/TCU/Plenário, prolatado no bojo do Processo TCE nº 034.902/2015-5.

O processo de Tomada de Contas Especial foi instaurado perante o TCU para apuração de irregularidades no contrato para implantação da Central de Desenvolvimento de Plantas de Unidades do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro – COMPERJ, firmado pela Petrobras e pelo Consórcio TUC, do qual fazia parte a Impetrante, PPI – Projeto de Plantas Industriais Ltda., integrante do grupo econômico Toyo Engineering Corporation.

Em análise do processo, o Tribunal de Contas da União decretou cautelarmente a indisponibilidade dos bens das empresas e dos participantes das obras, e dos administradores, nos termos do artigo 44, §2º da Lei nº 8.443/1992 c/c artigos 273 e 274 do RITCU, pelo prazo de um ano, em razão de possível prejuízo à Petrobras pela detecção de sobrepreço nas avenças contratuais averiguadas, bem como de fraude à licitação.

Inconformada, a empresa Impetrante apresenta como razões de impugnação as seguintes: (i) ausência de competência cautelar da Corte de Contas para decretar a indisponibilidade de bens de particulares, à luz do conteúdo do artigo 44, §2º da Lei nº 8.443/1992, pois tal medida seria de competência exclusiva do Poder Judiciário, já que o Tribunal pode atingir somente os bens dos gestores de dinheiro público; (ii) incompetência do TCU para decretar a desconsideração da personalidade jurídica da empresa; (iii) violação ao princípio da legalidade estrita; (iv) violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa; (v) violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; (vi) inexistência de motivação individualizada hábil a justificar a medida extrema decretada, notadamente, antes de qualquer oitiva da parte; (vii) violação ao princípio da isonomia; (iii) violação ao princípio da presunção de inocência.

Pugnou pela concessão de medida liminar, para suspender os efeitos da decretação cautelar de indisponibilidade de bens em face das empresas e dos sócios ou administradores.

O i. Relator, Min. Marco Aurélio, concedeu a liminar pleiteada, nos seguintes termos:

“Relativamente ao pedido de levantamento da ordem de indisponibilidade bens, atente para o que consignei ao deferir medida acauteladora nos mandados de segurança nº 34.357 e nº 34.392:

[...]

2. O cerne da questão reside na possibilidade jurídica, ou não, de o Tribunal de Contas da União impor cautelar de indisponibilidade de bens em desfavor de particular. Quanto ao tema, já me manifestei em outras ocasiões, tendo assentado não reconhecer a órgão administrativo, como é o Tribunal de Contas – auxiliar do Congresso Nacional, no controle da Administração Pública –, poder dessa natureza. Percebam: não se está a afirmar a ausência do poder geral de cautela do Tribunal de Contas, e, sim, que essa atribuição possui limites dentro dos quais não se encontra o de bloquear, por ato próprio, dotado de autoexecutoriedade, os bens de particulares contratantes com a Administração Pública.

Destaco a impropriedade de justificação da medida com base no artigo 44 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. O dispositivo está voltado à disciplina da atuação do responsável pelo contrato, servidor público, não abarcando o particular. O exame da Lei nº 8.443/1992 respalda o entendimento. O preceito encontra-se na Seção IV, a qual regula a fiscalização de atos e contratos dos quais resulte receita ou despesa, realizados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição. A lei direciona a servidor público, não a particular.

No julgamento dos mandados de segurança nº 23.550, da minha relatoria, e nº 29.599, relator o ministro Dias Toffoli, tive a oportunidade de consignar, com fundamento no artigo 71 da Carta da República norma básica regente da atuação do Tribunal de Contas, a inviabilidade de sustação de contrato. Em voto proferido no mandado de segurança nº 24.379, também relatado pelo ministro Dias Toffoli, assentei descaber a imposição de sanção ao particular. O caso sob exame não difere dos citados, sendo forçosa a conclusão pela impossibilidade de determinação, pelo Tribunal de Contas, de medida cautelar constritiva de direitos, de efeitos práticos tão gravosos como a indisponibilidade de bens, verdadeira sanção patrimonial antecipada.

Sob o ângulo do risco, percebe-se a ocorrência do denominado perigo na demora reverso, pois a manutenção da medida cautelar pode sujeitar a impetrante à morte civil. A eficácia da tomada de contas especiais nº [...], bem como de outros processos de controle

conduzidos pelo Tribunal de Contas, e o ressarcimento por eventuais prejuízos causados ao erário dependem da permanência da construtora em atividade.

[...]

O mesmo raciocínio direciona, em campo precário e efêmero, à suspensão da desconsideração da personalidade jurídica, ante a ausência de pronunciamento colegiado do Supremo definindo a viabilidade da medida em âmbito administrativo, sem respaldo normativo expresso e sem abertura de contraditório prévio.

3. Defiro o pedido liminar, 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, presente o acórdão nº 2.014/2017, do Tribunal de Contas da União.”

O Tribunal de Contas da União defendeu os atos impugnados a Advocacia-Geral da União apresentou agravo interno em face das decisões monocráticas do relator.

A Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da segurança.

É, em síntese, breve relatório.

Em relação à matéria controvertida, qual seja, a possibilidade de o Tribunal de Contas da União, cautelarmente, impor indisponibilidade de bens a particulares, já me manifestei em algumas oportunidades pela plena competência da Corte de Contas para a decretação dessa medida extrema, razão pela qual, no ponto, divirjo do i. Relator.

Passo, portanto, a expor meu entendimento.

No que concerne à alegação de que o Tribunal de Contas da União não detém competência para decretar cautelarmente, *inaudita altera pars*, a indisponibilidade de bens suficientes para garantir o ressarcimento do erário, porque o artigo 44 da lei nº 8.443/1992 dirigir-se-ia somente aos responsáveis pelo dinheiro público, e não aos particulares, esta Corte já assentara em julgados anteriores a plena possibilidade de que a Corte de Contas, no cumprimento de seu mister constitucional, possui competência para decretar a indisponibilidade de bens, diante de circunstâncias graves e que se justifiquem pela necessidade de proteção efetiva ao patrimônio público. Nesse sentido, em caso que também envolvia a apuração de superfaturamentos em contratos firmados pela Petrobras, a Segunda Turma

do Supremo Tribunal Federal entendeu, por votação unânime, no julgamento do Mandado de Segurança nº 33.092, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, que a medida cautelar estava devidamente justificada tanto pelo poder geral de cautela que detém o Tribunal de Contas, quanto pela excepcional gravidade dos fatos apurados. O acórdão restou assim ementado:

“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 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)

O Plenário desta Corte também já afirmara a plena possibilidade de que o TCU determine a aplicação de medidas cautelares, como verdadeira competência constitucional implícita para cumprimento de suas atribuições, da forma como previstas no artigo 71 da Carta Magna, como se depreende do precedente a seguir citado:

“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 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)

Em decisão monocrática prolatado nos autos de Mandado de Segurança nº 26.547, o I. Ministro Celso de Mello assim se manifestou:

“ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PODER GERAL DE CAUTELA. LEGITIMIDADE. DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRECEDENTE (STF). CONSEQÜENTE POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL DE CONTAS EXPEDIR PROVIMENTOS CAUTELARES, MESMO SEM AUDIÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA, DESDE QUE MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA . DELIBERAÇÃO DO TCU, QUE, AO DEFERIR A MEDIDA CAUTELAR, JUSTIFICOU, EXTENSAMENTE, A OUTORGA DESSE PROVIMENTO DE URGÊNCIA. PREOCUPAÇÃO DA CORTE DE CONTAS EM ATENDER, COM TAL CONDUCTA, A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL PERTINENTE À NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES ESTATAIS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM CUJO ÂMBITO TERIAM SIDO OBSERVADAS AS GARANTIAS INERENTES À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW". DELIBERAÇÃO FINAL DO TCU QUE SE LIMITOU A DETERMINAR, AO DIRETOR-PRESIDENTE DA CODEBA (SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA), A INVALIDAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DO CONTRATO CELEBRADO COM A EMPRESA A QUEM SE ADJUDICOU O OBJETO DA LICITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 71, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO. APARENTE OBSERVÂNCIA, PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, NO CASO EM EXAME, DO PRECEDENTE QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU A RESPEITO DO SENTIDO E DO ALCANCE DESSE PRECEITO CONSTITUCIONAL (MS 23.550/DF, REL. P/ ACÓRDÃO O MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE). INVIABILIDADE DA CONCESSÃO, NO CASO, DA MEDIDA LIMINAR PRETENDIDA, EIS QUE NÃO ATENDIDOS, CUMULATIVAMENTE, OS PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DE SEU DEFERIMENTO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.”

(MS 26547 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 23 /05/2007, publicado em DJ 29/05/2007 PP-00033).

Assim em análise das referidas decisões, bem como da legislação aplicável aos casos ora em debate, não depreendo interpretação que exclua do âmbito de incidência das medidas cautelares impostas pelo TCU as empresas que firmem contratos com a Administração Pública e que façam uso de dinheiro público.

Como bem ressaltou a I. Min. Rosa Weber, na decisão de concessão parcial da medida liminar nos autos de MS nº 34.446, “ 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) ”.

Logo, em especial quando se analisa o rol constitucional de atribuições do Tribunal de Contas da União, é claramente perceptível que também se enquadram como responsáveis pela aplicação dos recursos públicos os particulares que contratem com a Administração:

“Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. **Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária .”**

“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.”

Assim, essa competência excepcional conferida ao TCU de determinar cautelarmente a indisponibilidade de bens tanto de pessoas físicas e jurídicas de direito público como físicas e jurídicas de direito privado vem prevista em lei e nada mais significa do que um poder de cautela conferido à Corte de Contas para o exercício de seu mister.

Eis a redação do artigo 44, §2º, da lei nº 8.443/1992:

“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 .”**

Assim, dispondo o próprio texto constitucional acerca daqueles que podem ter contas e mesmo condutas averiguadas pelo Tribunal de Contas da União, não antevejo na norma acima citada qualquer discrimen que permita a conclusão pela impossibilidade de decretar-se a medida cautelar de indisponibilidade de bens em face de empresa particular, que ao contratar com a Administração, viu seu contrato submetido à auditoria que detectou fortes indícios de sobrepreço e fraude à licitação.

Portanto, por se tratar de pretensão ao ressarcimento ao erário, apreensível a competência da Corte de Contas do próprio texto constitucional, não visualizo qualquer vedação à possibilidade de o TCU decretar a indisponibilidade de bens dos particulares que contratam com a Administração Pública.

Ademais, analisando o ato apontado como coator, **a motivação para a decretação da medida extrema em face da Impetrante resta suficientemente demonstrada** , como se depreende dos seguintes trechos a seguir destacados:

Acórdão 2.014/2017:

“VI) realizar, 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, a **citação solidária** dos responsáveis a seguir relacionados, para que, no prazo de quinze dias, apresentem alegações de defesa e/ou recolham aos cofres da Petrobras S.A. a quantia de R\$ 505.670.526,53 (a valores históricos conforme peça 102), atualizada monetariamente a partir das datas indicadas na tabela a seguir até a data do efetivo recolhimento, representando R\$ 686.087.031,67, atualizado até a data 07/10/2016 (peça 162), abatendo-se, na oportunidade, a quantia eventualmente já ressarcida na forma da legislação em vigor:

a) Responsáveis: Sr. Paulo Roberto Costa (CPF 302.612.879-15). Irregularidade: na condição de Diretor de Abastecimento, omitir-se intencionalmente no seu poder-dever de agir para impedir a ação delituosa contra as licitações da Petrobras, mediante recebimento de vantagem indevida das empresas cartelizadas, permitindo ou favorecendo a contratação direta, sem licitação, mediante premissas falhas e justificativas inconsistentes, resultando em contratação com preços excessivos, o que infringe o disposto no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, art. 3º da Lei 8.666/1993, e item 1.2 do Decreto 2.745/1998;

b) Responsável: Sr. Renato de Souza Duque (CPF 510.515.167-49). Irregularidade: na condição de Diretor de Serviços, omitir-se intencionalmente no seu poder-dever de agir para impedir a ação delituosa contra as licitações da Petrobras, mediante recebimento de vantagem indevida das empresas cartelizadas, permitindo ou favorecendo a contratação direta, sem licitação, mediante premissas falhas e justificativas inconsistentes, inclusive com sobrepreço, o que infringe o disposto no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, art. 3º da Lei 8.666/1993, e item 1.2 do Decreto 2.745/1998;

c) Responsável: Sr. Roberto Gonçalves (CPF 759.408.508-63). Irregularidade: na condição de Gerente Executivo de Engenharia, praticar atos de gestão e omitir-se no seu poder-dever de agir para impedir a ação delituosa contra as licitações da Petrobras, mediante recebimento de vantagem indevida das empresas cartelizadas, permitindo ou favorecendo a contratação direta, sem licitação, mediante premissas falhas e justificativas inconsistentes, inclusive com sobrepreço, o que infringe o disposto no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, art. 3º da Lei 8.666/1993, e item 1.2 do Decreto 2.745/1998;

d) Responsáveis: Maurício de Oliveira Guedes (CPF 839.297.467-00); Wagner Menezes de Magalhães (CPF 338.604.757-20); André Villas Boas Rezende (CPF 839.300.947-20); Jorge Luiz Gomes Rabello (CPF 862.539.807-34); Carlos Eduardo de Carvalho (CPF 032.731.447-85); Edgar Megale Barrios (CPF 434.302.017-72); Claudio Ribeiro de Carvalho (CPF 762.942.427-20); Antonio Carlos da Silva Lopes (CPF 534.465.187-20). Irregularidade: na condição de membros da Comissão de Negociação para Contratação de fornecimento de bens e execução de serviços, projeto executivo, C&M e comissionamento das Unidades de Geração de Vapor e Energia, Tratamento de Água e Efluentes – CDPU – do COMPERJ, aceitar proposição do Consórcio TUC Construções de alterar a estratégia de construção, com alteração do preço proposto, sem solicitar a reestimativa do valor referencial a partir das novas premissas pactuadas; e proceder à análise insuficiente da proposta do licitante sem verificação individual do custo unitário dos principais serviços, insumos e equipamentos, a despeito dos

alertas constantes de parecer jurídico, notadamente quanto à necessidade de a contratação estar 'em um patamar mercadológico' (peça 16, p. 14), o que infringe o disposto no do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, art. 3º da Lei 8.666/1993, art. 109, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 11.768/2008 (LDO 2009), e item 1.2 do Decreto 2.745/1998;

e) Responsável: Consórcio TUC Construções (CNPJ 13.158.451/0001-01), UTC Engenharia S/A (CNPJ 44.023.661/0001-08), Construtora Norberto Odebrecht S.A. (CNPJ 15.102.288/0001-82) e PPI – Projeto de Plantas Industriais Ltda. (CNPJ 12.643.899/0001-40). Irregularidade: na condição de responsável pela execução do Contrato 0858.0072004.11.2 (CDPU-Comperj), agir em conluio com as demais licitantes e pagar vantagem indevida a agentes públicos para que atuassem, de forma omissiva ou comissiva, garantido a contratação direta, sem licitação, com o intuito de maximização indevida de lucros, resultando em enriquecimento ilícito por superfaturamento, o que infringe o disposto no art. 37 da Constituição Federal (CF/1988), no art. 3º da Lei 8.666/1993 e no item 1.2 do Decreto 2.745/1998, alertando-as de que a não elisão da irregularidade – ponderada com a existência ou não de colaboração efetiva por meio de acordos de leniência – poderá ensejar a declaração de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992;

f) Responsável: Grupo Odebrecht S.A. (CNPJ 05.144.757/0001-72), UTC Participações S.A (CNPJ 02.164.892/0001-91), Toyo Engineering Corporation (CNPJ 05.507.597/0001-89). Irregularidade: na condição de controladoras das empresas responsáveis pela execução do Contrato 0858.0072004.11.2 (CDPU-Comperj), agir por intermédio de seus presidentes, diretores e/ou empresas, de forma a contribuir para a perpetração do conluio e da corrupção ativa, alertando-as de que a não elisão da irregularidade – ponderada com a existência ou não de colaboração efetiva por meio de acordos de leniência – poderá ensejar a declaração de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992;

g) Responsável: Sr. Marcelo Bahia Odebrecht (CPF 487.956.235-15) Irregularidade: na condição de Presidente da holding do Grupo Odebrecht S.A., praticar e conduzir atos ilícitos, com abuso da personalidade jurídica que representava, mediante formação de cartel e pagamento de propinas a agentes da estatal, para fraudar o processo licitatório da Petrobras e obter contrato de obras com sobrepreço, de forma a maximizar indevidamente os lucros do grupo empresarial Odebrecht o que infringe o disposto no art. 37 da CF/1998, no art. 3º da Lei 8.666/1993 e no item 1.2 do Decreto 2.745/1998.

g) Responsável: Sr. Márcio Faria da Silva (CPF 293.670.006-00) Irregularidade: na condição de sócio administrador e/ou presidente de empresas do grupo Odebrecht, participar em atos ilícitos, com abuso da personalidade jurídica que representava, mediante formação de

cartel e pagamento de propinas a agentes da estatal, para fraudar o processo licitatório da Petrobras e obter contrato de obras com sobrepreço de forma a maximizar indevidamente os lucros do grupo empresarial Odebrecht, o que infringe o disposto no art. 37 da CF/1998, no art. 3º da Lei 8.666/1993 e no item 1.2 do Decreto 2.745/1998.

h) Responsável: Sr. Rogério Santos de Araújo (CPF 159.916.527-91)
Irregularidade: na condição de Diretor de empresas do grupo Odebrecht, participar em atos ilícitos, com abuso da personalidade jurídica que representava, mediante formação de cartel e pagamento de propinas a agentes da estatal, para fraudar o processo licitatório da Petrobras e obter contrato de obras com sobrepreço, de forma a maximizar indevidamente os lucros do grupo empresarial Odebrecht, o que infringe o disposto no art. 37 da CF/1998, no art. 3º da Lei 8.666/1993 e no item 1.2 do Decreto 2.745/1998.

i) Responsável: Sr. César Ramos Rocha (CPF 363.752.091-53)
Irregularidade: na condição de Diretor Financeiro da Construtora Norberto Odebrecht S/A, participar em atos ilícitos, mediante formação de cartel e pagamento de propinas a agentes da estatal, para fraudar o processo licitatório da Petrobras e obter contrato de obras com sobrepreço, de forma a maximizar indevidamente os lucros do grupo empresarial Odebrecht, o que infringe o disposto no art. 37 da CF/1998, no art. 3º da Lei 8.666/1993 e no item 1.2 do Decreto 2.745/1998.

j) Responsável: Sr. Ricardo Ribeiro Pessoa (CPF 063.870.395-68)
Irregularidade: na condição de Presidente da UTC Engenharia S/A, praticar e conduzir atos ilícitos, com abuso da personalidade jurídica que representava, mediante formação de cartel e pagamento de propinas a agentes da estatal, para fraudar deliberadamente o processo licitatório da Petrobras e obter contrato de obras com sobrepreço de forma a maximizar indevidamente os lucros da UTC, o que infringe o disposto no art. 37 da CF/1998, no art. 3º da Lei 8.666/1993 e no item 1.2 do Decreto 2.745/1998.”

Assim, são graves os fatos sob aferição da Corte de Contas, que detectou a ocorrência de sobrepreço nos contratos firmados pela Impetrante e pelo consórcio que integrava, além de denúncias envolvendo pagamento de propina e informações privilegiadas para vencer o procedimento licitatório.

A gravidade do dano eventualmente causado à Petrobras, e portanto ao erário, além da possibilidade de violação de diversos princípios constitucionais, levam à justificação suficiente da adoção da medida cautelar de indisponibilidade de bens por parte do Tribunal de Contas da União, a qual, embora excepcional, adequa-se à busca da satisfação do dano

causado ao patrimônio público, caso confirmada pela Corte sua efetiva ocorrência.

Finalmente, entendo que a Lei não prevê a necessidade de que se evidencie, de plano, a dissipação do patrimônio da pessoa física ou jurídica para a decretação cautelar da indisponibilidade dos bens. Nesse sentido, é pertinente a citação de trecho da decisão da Min. Rosa Weber, no já citado MS 34.446:

“ Corroborando esse raciocínio a compreensão de que o risco de inviabilização do ressarcimento ao erário, insito 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.”

Nem há que se falar em violação ao princípio da isonomia, pois a Corte alegou razões para a diferenciação das situações, na medida em que uma das empresas do Consórcio TUC firmou acordo de leniência com o Ministério Público Federal, e a outra tem os bens comprometidos com processo de recuperação judicial.

Portanto, rejeito os argumentos lançados pela Impetrante, pois compreendo estar justificada e amparada pela lei e pelo texto constitucional, a competência da Corte de Contas para decretar medida cautelar de indisponibilidade de bens, nos termos do art. 44, §2º da Lei nº 8.443/1992.

Como regra geral, portanto, compreendo que o Tribunal de Contas da União possui competência cautelar para impor a indisponibilidade de bens a particulares que contratam com a Administração Pública Federal.

De outra sorte, a Impetrante impugna a decretação de desconsideração da personalidade jurídica da empresa, a fim de aferir a responsabilidade dos administradores e demais empresas do grupo controlador (Toyo Engineering Corporation).

Sustenta a Impetrante a incompetência do Tribunal de Contas da União para decretar a desconsideração da personalidade jurídica, ante a ausência de previsão constitucional ou legal nesse sentido.

No entanto, esta Corte, como acima já referi, já compreendeu que a Carta Magna não explicitou todas as competências da Corte de Contas, restando implícitas muitas das atribuições necessárias ao cumprimento de sua finalidade constitucional.

Essa circunstância não passou incólume o i. Decano desta Casa, na apreciação da medida liminar no mandado de segurança nº 32.494, no qual, apesar do deferimento da cautelar para suspender a decisão do TCU em hipótese semelhante, diante da ausência de pronunciamento do STF sobre o tema, ressaltou:

“Tenho para mim , em juízo de mera delibação (em afirmação compatível, portanto , com esta fase de incompleta cognição), que o E. Tribunal de Contas da União , ao exercer o controle de legalidade sobre os procedimentos licitatórios sujeitos à sua jurisdição, possuiria atribuição para estender a outra pessoa ou entidade envolvida em prática comprovadamente fraudulenta ou cometida em colusão com terceiros a sanção administrativa que impôs, em momento anterior , a outro licitante (ou contratante), desde que reconheça, em cada situação que se apresente , a ocorrência dos pressupostos necessários à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica , pois essa prerrogativa também comporia a esfera de atribuições institucionais daquela E. Corte de Contas, que se acha instrumentalmente vocacionada a tornar efetivo o exercício 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 , 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 vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo , assim , que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente , ao erário e ao ordenamento positivo.

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 vs. 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 MARCELLO CAETANO (“ Direito 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).

A 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, como expressamente relacionadas no art. 71 da Constituição da República.

Essa compreensão do tema tem sido manifestada pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos , colegiados e monocráticos (MS 24.510/DF , Rel. Min. ELLEN GRACIE – MS 26.094/DF , Rel. Min. DIAS TOFFOLI – MS 26.547-MC/DF , Rel. Min. CELSO DE MELLO), nos quais esta Corte, apoiando-se , precisamente , na doutrina dos poderes implícitos, reconhece que a Alta Corte de Contas dispõe dos meios necessários à plena concretização de suas atribuições constitucionais, ainda que não referidos , explicitamente , no texto da Lei Fundamental.

É por isso que, em juízo de sumária cognição, parece-me revestir-se de legitimidade constitucional a possibilidade teórica de aplicação da “ *disregard doctrine* ” , que permitiria 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.

Registro que a posição dos que entendem possível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica por ato de índole administrativa foi acolhida pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

“ **ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA**

MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS **INTERESSES PÚBLICOS**.

- **A constituição** de nova sociedade, **com o mesmo** objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, **em substituição** a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, **com o objetivo de burlar** a aplicação da sanção administrativa, **constitui abuso de forma e fraude** à Lei de Licitações, Lei n.º 8.666/93, **de modo a possibilitar** a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica **para estenderem-se** os efeitos da sanção administrativa à **nova** sociedade constituída.

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 facultados** ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.

- **Recurso a que se nega** provimento. ”

(**RMS 15.166/BA**, Rel. Min. CASTRO MEIRA – grifei)

De outro lado, **e a despeito** de o instituto da desconconsideração da personalidade jurídica **somente** haver sido objeto de regulação legislativa em tempos mais recentes, **como se verifica** do Código Civil (art. 50) e dos diversos *microssistemas legais*, **como aqueles resultantes** do Código de Defesa do Consumidor (**art. 28**), da Lei nº 9.615/98 (“ *Lei Pelé* ”, **art. 27**), da Lei Ambiental (Lei nº 9.605/98, **art. 4º**) e da Lei nº 12.529/2011 (**art. 34**), entre outros instrumentos normativos, **parece-me que a ausência** de autorização legal **outorgando** ao Tribunal de Contas da União competência expressa **para promover** “ *the lifting of the corporate veil* ” **não violaria**, aparentemente, o postulado da legalidade, **eis que a aplicação**, em nosso sistema jurídico, da “ *disregard doctrine* ”, como sabemos, **precedeu**, em muitos anos, a própria edição dos diplomas legislativos anteriormente referidos, **como resulta de decisões** proferidas por nossos Tribunais judiciais (RT 511/199 – RT 560/109 – RT 568/108 – RT 654/182-183 – RT 657/86 – RT 657/120 – RT 660/181 – RT 673/160) e **reconhece o magistério da doutrina** (RUBENS REQUIÃO, “ *Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica* ”, RT 410/1-12; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, “ *Direito Processual Civil e Direito Privado – Ensaio e Pareceres* ”, p. 162/164, item n. 5, 1989, Saraiva, v.g.).

Não constitui demasia lembrar, neste ponto, na linha de **pioneiro estudo** realizado, em 1969, pelo saudoso Professor RUBENS REQUIÃO (“ *Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica* ”, RT 410/1-12), a **lição definitiva** de FÁBIO ULHOA COELHO (“ *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa* ”, vol. 2 /60, item n. 2, 16ª ed., 2012, Saraiva) **a respeito** da matéria ora em

análise, **na qual enfatiza a desnecessidade de legislação específica para viabilizar a aplicação, em nosso sistema jurídico**, da “ *disregard doctrine* ”:

“ Na doutrina brasileira, ingressa a teoria no final dos anos 1960, numa conferência de Rubens Requião (1977:67/86). Nela, a teoria é apresentada como superação do conflito ente as soluções éticas, que questionam a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar sempre os sócios, e as técnicas, que se apegam inflexivelmente ao primado da separação subjetiva das sociedades. Requião sustenta, também, a plena adequação ao direito brasileiro da teoria da desconsideração, defendendo a sua utilização pelos juízes, independentemente de específica previsão legal. Seu argumento básico é o de que as fraudes e os abusos perpetrados através da pessoa jurídica não poderiam ser corrigidos caso não adotada a ‘disregard doctrine’ pelo direito brasileiro. De qualquer forma, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que a desconsideração da personalidade jurídica não depende de qualquer alteração legislativa para ser aplicada, na medida em que se trata de instrumento de repressão a atos fraudulentos. Quer dizer, deixar de aplicá-la, a pretexto de inexistência de dispositivo legal expresso, significaria o mesmo que amparar a fraude.” (grifei)

É importante acentuar que a aplicação do instituto da desconsideração (“ *disregard doctrine* ”), **por parte do Tribunal de Contas da União, encontraria suporte legitimador não só na teoria dos poderes implícitos, mas, também, no princípio constitucional da moralidade administrativa, que representa um dos vetores que devem conformar e orientar a atividade da Administração Pública (CF, art. 37, “ caput ”), em ordem a inibir o emprego da fraude e a neutralizar a prática do abuso de direito, que se revelam comportamentos incompatíveis com a essência ética do Direito.**

Cumprе ressaltar que a desconsideração da personalidade jurídica constitui meio, embora de caráter extraordinário (ADA PELLEGRINI GRINOVER, “ Da Desconsideração da Pessoa Jurídica – Aspectos de Direito Material e Processual ”, “ in ” Revista Forense, vol. 371/3-15, 7 ; ARRUDA ALVIM, “ Desconsideração da Personalidade Jurídica ”, “ in ” “Direito Comercial – Estudos e Pareceres”, p. 63/80, 67 ; JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, “ Direito Societário ”, p. 33, 1997, Freitas Bastos, v.g.), destinado a coibir o abuso de direito e a inibir a prática de fraude mediante indevida manipulação do instituto da personalidade civil.

Torna-se relevante observar que a denominada “ *disregard doctrine* ” representa um importante contributo teórico que permite ao Estado, agindo na perspectiva de uma dada situação concreta, afastar, “ *hic et nunc* ”, de modo pontual, a personalidade jurídica de determinada entidade, em ordem a neutralizar a ocorrência de

confusão patrimonial, de desvio de finalidade, de práticas abusivas e desleais **ou** de cometimento de atos ilícitos, **além de**, *no plano das relações jurídicas com a Pública Administração*, **também prevenir** ofensa ao postulado da moralidade **e de resguardar** a incolumidade do erário.

Cabe enfatizar que a *desconsideração da personalidade jurídica*, **quer** seja analisada **sob a égide da teoria maior**, **quer** seja discutida **sob a perspectiva da teoria menor** (REsp 279.273/SP , Rel. p/ o acórdão. Min. NANCY ANDRIGHI), **não implica** extinção da personalidade civil **nem afeta** a liberdade de iniciativa, **pois** as sociedades personificadas (*simples ou empresárias*) **preservam tanto** a sua autonomia jurídico-institucional, *quanto* a sua autonomia patrimonial *em relação a terceiros* .

É por essa razão que os autores **advertem**, ao versarem o tema da desconsideração da personalidade jurídica, **que a aplicação** dessa doutrina permite, **como observa** FÁBIO ULHOA COELHO (“ **Desconsideração da Personalidade Jurídica** ”, p. 54, 1989, RT), **a superação pontual, transitória e episódica** “ *da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica* ”, **desde que se torne possível** “ *verificar que ela foi utilizada como instrumento para a realização de fraude ou abuso de direito* ”.

(...)

(MS 32494 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 11 /11/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 12/11/2013 PUBLIC 13/11/2013)

Assim, e em se considerando todo o histórico da evolução do instituto da desconsideração da personalidade jurídica das empresas em nosso ordenamento, não é possível que a mera inexistência de legislação específica preste-se a negar ao Tribunal de Contas a competência de, constatada a ocorrência de utilização fraudulenta da pessoa jurídica para praticar e ocultar gravíssimos danos ao erário, determinar a medida extrema, a fim de exercer seu mister constitucional na tutela do patrimônio público.

Eis a justificativa da Corte para a decretação da desconsideração da personalidade jurídica da empresa Impetrante:

“71. O Consórcio TUC Construções Ltda. e as empresas que o constituem beneficiaram-se diretamente dos pagamentos efetuados a maior. Além disso, a central de utilidades do Comperj é citada na sentença mencionada acima, bem como em vários trechos de delações premiadas como uma das obras que foram contratadas mediante o pagamento de propina a agentes públicos responsáveis pelos atos que

culminaram na celebração do contrato. Não é demais rememorar que os atos preparatórios da contratação direta estavam fundamentados em premissas aparentemente falhas.

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. Na Odebrecht S.A., por exemplo, havia um departamento especializado no pagamento de propina, intitulado Setor de Operações Estruturadas, onde eram processados os pagamentos de vantagens indevidas nos contratos das empresas do grupo. Na UTC, o próprio presidente da *holding* conduzia as negociações com diretores e gerentes da Petrobras e com outras empresas do cartel. **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 .**

75. Por se tratar de empresa estrangeira, entendo que a citação da japonesa Toyo Engineering Corporation deva se dar nos moldes definidos no Acórdão 1.720/2016-TCU-Plenário, em que se determinou a citação solidária da holandesa Astra Oil Trading N.V. e da americana Astra Oil Company, em virtude do débito verificado na operação de compra e venda da Refinaria Pasadena.

76. Naquele aresto, decidiu-se que o Tribunal de Contas da União possui “legitimidade para citar empresas estrangeiras para responderem sobre possíveis ilegalidades que tenham causado prejuízo ao erário brasileiro”. No caso, fundamentou-se a citação das empresas estrangeiras, nos robustos indícios de ter havido conluio entre membros das empresas envolvidas no negócio jurídico para dele auferirem vantagens indevidas, o que ofendeu a ordem pública nacional, ainda que aquele contrato estivesse regido pela lei do estado do Texas, nos EUA.

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.

78. Deve-se, portanto, efetivar a citação da empresa estrangeira em processo apartado, nos moldes definidos no Acórdão 1.720/2016-TCU-Plenário, que ainda decidiu:

“9.5. determinar à Segecex que, em relação às citações das empresas do Grupo Astra, avalie as três propostas apresentadas pelo douto Procurador-Geral junto a esta Corte de Contas – 1) no âmbito da Convenção de Mérida, solicitar ao Estado estrangeiro para entrega da citação; 2) expedir carta rogatória para cumprimento da citação; e 3) recorrer ao auxílio direto (cooperação judiciária internacional *strictu sensu*) –, reunindo-se com representantes do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Justiça, para, a partir das informações levantadas junto a esses órgãos, apresentar ao Relator destes autos as vantagens e desvantagens da utilização de cada uma das medidas alvitadas, ou, até mesmo, se são viáveis ou não, podendo, inclusive, aumentar o escopo de tal avaliação, devendo, na oportunidade, apresentar, também, as formalidades que deverão ser utilizadas para realizar a citação das empresas no exterior;”

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.

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

81. Em situações da espécie, nas quais o TCU constata a prática de atos ilícitos, com desvio de finalidade e abuso das personalidades jurídicas que representavam, com o intuito de obter vantagens indevidas das quais resulte dano ao erário, esta Corte de Contas tem 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 alvitrado pela unidade técnica.”

Ademais, além da farta fundamentação quanto aos graves indícios e comprovações da ocorrência de prejuízos de grande monta ao aerário por meio da utilização fraudulenta da personalidade jurídica das empresas integrantes do consórcio TUC, como bem asseverou a Procuradoria-Geral da República, que “ *a desconsideração havida na espécie vale apenas para fins de fixação da abrangência subjetiva da penalidade administrativa em causa, não gerando efeitos sobre a existência e a organização das empresas em outros âmbitos, estranhos ao campo de fiscalização do TCU*” .

Ainda, não há que se falar em reserva de jurisdição, eis que já há em nosso ordenamento legislação a prever a utilização do instrumento da desconsideração da personalidade jurídica, como é o caso da Lei nº 12.846 /2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, e que expressamente prevê, no capítulo sobre o processo administrativo de responsabilização, em seu artigo 14:

“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 .”

Portanto, a possibilidade do reconhecimento administrativo dos requisitos para decretar a desconsideração da personalidade jurídica para

fins de responsabilização de administradores e sócios já está internalizada em nosso ordenamento jurídico, e, ainda que não seja previsão específica destinada ao Tribunal de Contas da União, reforça a compreensão de que a matéria não está sujeita à reserva de jurisdição, sendo possível sua aplicação analógica ao caso.

Abalizada doutrina apresenta a mesma compreensão:

“Tema que tem merecido pequena atenção no âmbito da contratação administrativa é o da desconsideração da pessoa jurídica, que já foi referido de passagem acima, nos comentários ao art. 9º. Trata-se de doutrina desenvolvida no âmbito do direito comparado, destinada a reprimir a utilização fraudulenta de pessoas jurídicas. Não se trata de ignorar distinção entre a pessoa da sociedade e a de seus sócios, que era formalmente consagrada pelo art. 20 do Código Civil /1916. Quando a pessoa jurídica for a via para realização da fraude, admite-se a possibilidade de superar-se sua existência. Essa questão é delicada, mas está sendo enfrentada em todos os ramos do Direito. Nada impede sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo, desde que adotadas as cautelas cabíveis e adequadas. Não se admite que se pretenda ignorar a barreira da personalidade jurídica sempre que tal se revele inconveniente para a Administração. A desconsideração da personalidade societária pressupõe a utilização ilegal, abusiva e contrária às boas práticas da vida empresarial. E a desconsideração deve ser precedida de processo administrativo específico em que sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório a todos os interessados.”

(JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 955-956.)

Mesmo a possibilidade de decretar a medida sem a oitiva prévia dos apontados como responsáveis, especificamente, sobre a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, não viola as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, eis que apenas difere esse momento para período posterior. Ora, facultada a competência ao TCU, se a Corte visualiza a possibilidade de majoração ou concretização do dano efetivo ao erário e de dificuldades na sua reparação, sem a decretação cautelar da providência ora impugnada, nada obsta a adoção da medida, com a garantia da apresentação de defesa posteriormente pelos interessados.

Desta feita, voto pela denegação da ordem pleiteada .

É como voto.

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