

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por PPI - Projeto de Plantas Industriais Ltda. - impugnando o Acórdão 2.014/2017-TCU/Plenário, no qual foram impostas à parte autora as medidas cautelares de indisponibilidade de bens e desconsideração da personalidade jurídica.

Adoto o relatório disponibilizado pelo E. Ministro MARCO AURÉLIO (doc. 52).

O Processo foi pautado na Sessão Plenária de 25/6/2020, oportunidade em que, após o voto do Ministro MARCO AURÉLIO, que deferia a ordem para afastar a determinação de indisponibilidade de bens e de desconsideração da personalidade jurídica da impetrante e assentava o prejuízo do agravo interno protocolado pela União, o julgamento foi suspenso (doc. 62). O Ministro ROBERTO BARROSO afirmou suspeição.

Posteriormente, em continuidade de julgamento, após os votos dos Ministros RICARDO LEWANDOWSKI, LUIZ FUX e EDSON FACHIN, que denegavam a ordem, pediu vista dos autos o Ministro GILMAR MENDES, devolvida nesta assentada.

É o relatório.

O objeto deste Mandado de Segurança está circunscrito ao exame de legalidade quanto às medidas impostas pelo TCU à impetrante, consubstanciadas (i) na decretação cautelar de indisponibilidade de bens; e (ii) na determinação de desconsideração da personalidade jurídica (doc. 1, fl. 23):

92. Ao final, requer-se seja concedida a segurança, em definitivo, para anular a decretação de indisponibilidade de bens da Impetrante (prevista no item '9.1.' do Acórdão nº 2014/2017 – TCU – Plenário – doc. nº 3) e anular a desconsideração da sua personalidade jurídica (prevista no item '9.4.' do Acórdão nº 2014/2017 – TCU – Plenário – doc. nº 3).

Impugna, portanto, apenas os itens 9.1 e 9.4 do Acórdão 2.014/2017-TCU /Plenário, abaixo transcritos (doc. 9, fls. 73-74):

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: PPI – Projeto de Plantas Industriais Ltda; CNPJ/CPF: 12.643.899/0001-40.

(...)

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);

Entendo, com todas as vênias ao eminente Relator, que seja caso de DENEGACÃO da segurança.

É que não subsiste, na presente hipótese, qualquer ilegalidade a ser corrigida.

O ato questionado encontra-se em consonância com o entendimento desta CORTE no sentido de que não configura ilegalidade ou abuso de poder o ato do TCU que aplica medidas cautelares, porque relacionada com a competência constitucional implícita para garantir o cumprimento de suas atribuições – nominada pela doutrina de poder geral de cautela.

Incorporou-se em nosso ordenamento jurídico, a pacífica doutrina constitucional norte-americana sobre a teoria dos poderes implícitos – *inherent powers* –, pela qual no exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas (Myers v. Estados Unidos – US 272 – 52, 118), consagrando-se, dessa forma, e entre nós aplicável ao Tribunal de Contas da União, o reconhecimento de competências genéricas implícitas que possibilitem o exercício integral de sua missão constitucional, apenas sujeitas às proibições e limites estruturais da Constituição Federal.

Entre essas competências implícitas, parece-nos que não poderia ser afastado o poder geral de cautela, para que, em hipóteses que entender

necessário, o Tribunal de Contas da União pretenda garantir a plena efetividade de suas decisões finais, sob pena de engessamento instrumental para o exercício de suas funções constitucionais expressas. Não reconhecer ao Tribunal de Contas da União seus poderes cautelares implícitos corresponde a diminuir a efetividade de sua atuação em defesa da legalidade das condutas da administração pública.

Nesse sentido, farta jurisprudência da CORTE:

EMENTA: AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 54 DA LEI Nº 9.784/1999 A APURAÇÃO QUE PODE RESULTAR NA INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. SUSPENSÃO DE PAGAMENTOS DECORRENTES DE CONTRATOS DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. MEDIDA QUE TEM RESPALDO NO PODER GERAL DE CAUTELA CONFERIDO À AUTORIDADE IMPETRADA E NO ART. 71, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES DESTA SUPREMA CORTE. 1. A possibilidade de conversão da representação em tomada de contas especial, com disciplina específica, prevista na Lei nº 8.443/1992, afasta, na espécie, a submissão linear da atuação do Tribunal de Contas da União aos ditames do art. 54 da Lei nº 9.784/1999, quadro a conjurar a liquidez e certeza do direito vindicado. Precedentes. 2. Eventual inconstitucionalidade flagrante dos aportes unilaterais empreendidos pelos patrocinadores, por meio dos contratos de confissão de dívida sob escrutínio da autoridade impetrada, acaso evidenciada, também tem o condão de afastar a regra do art. 54 da Lei nº 9.784/1999. Precedentes. 3. O estágio embrionário das apurações empreendidas no TC nº 029.845/2016-5 não autoriza, ademais, juízo antecipado sobre a configuração da decadência, ante a possível identificação de má-fé (art. 54, caput, parte final, da Lei nº 9.784/1999) ou de medida impugnativa apta a impedir o decurso do prazo decadencial (art. 54, § 2º, da Lei nº 9.784/1999). Precedentes. 4. **Uma vez que a autoridade impetrada pode vir a determinar que BNDES, BNDESPAR e FINAME, patrocinadores da FAPES, anulem os contratos de confissão de dívida, a essa possível determinação futura está atrelado o poder geral de cautela de impor a suspensão dos repasses mensais decorrentes dessas avenças, como forma de assegurar o próprio resultado útil da futura manifestação do Tribunal de Contas da União .** Precedentes. 5. Agravo interno conhecido e não provido. (MS 35.038 AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 12/11/2019)

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, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/3/2015)

Aliás, como bem pontuado pelo Ministro CELSO DE MELLO no julgamento do MS 24.510 (Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2003):

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

Isso significa que a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, 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 público.

(...)

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.

Portanto, não reconhecer ao TCU a possibilidade de adotar medidas cautelares, isto é, negar-lhe instrumentos que garantam o exercício pleno de suas atribuições, equivale a diminuir a máxima efetividade das normas constitucionais, as quais devem ser atribuídas o sentido que traga maior eficiência possível, vislumbrando-se sua razão de existência, finalidade e extensão, conforme as regras hermenêuticas de interpretação constitucional. Nessa linha de consideração, a interpretação no sentido de que os institutos cautelares estão à disposição da Corte de Contas é medida que se lastreia nos valores constitucionais.

No tocante à desconsideração da personalidade jurídica, é importante destacar que, com a promulgação da CF/88, inaugurou-se uma nova ordem constitucional pautada na preocupação com a coisa pública. Após esses mais de 30 anos de vigência da Constituição Federal, nota-se, inegavelmente, o surgimento e fortalecimento de um novo microsistema, de viés claramente Republicano: o microsistema de combate à corrupção. Com efeito, pode-se citar, a título de exemplo, como diplomas legais que integram tal microsistema o Código Penal, a Lei das Organizações Criminosas, a Lei de Lavagem de Dinheiro, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei de Licitações, a Lei Anticorrupção, entre outras.

Portanto, a existência do microsistema supracitado seria suficiente para justificar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, prevista na Lei Anticorrupção (art. 14 da Lei 12.486/2013), como forma de possibilitar a responsabilização cível e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, motivo pelo qual não há falar em *“ausência de previsão constitucional e/ou legal para realizar tal ato”* (doc. 1, fl. 10). Aliás, como pontuado pelo Ministro CELSO DE MELO no MS 32494-MC (DJe de 13/11/2013):

De outro lado, e a despeito de o instituto da desconsideração 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 – Ensaios 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”.

(...)

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.

(...)

Impõe-se registrar, por necessário, ainda que esta afirmação não envolva qualquer manifestação conclusiva sobre a presente controvérsia mandamental, que **a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica por órgãos administrativos, desde que utilizada como meio de coibir o abuso de direito e o desrespeito aos princípios que condicionam a atividade do Estado, tem sido reconhecida por autorizado magistério doutrinário** (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Manual de Direito Administrativo”, p. 969, item n. 7.5, 25ª ed., 2012, Atlas; MARIANNA

MONTEBELLO “Os Tribunais de Contas e a ‘Disregard Doctrine’”; FLAVIA ALBERTIN DE MORAES “A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Processo Administrativo Punitivo”, “in” RDA 252/45-55; SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY, “A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica: aplicação no direito administrativo”; JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR e MARINÊS RESELATTO DOTI, “A Desconsideração da Personalidade Jurídica em Face de Impedimentos para Participar de Licitações e Contratar com a Administração Pública: limites jurisprudenciais”; MARIANA ROCHA CORRÊA, “A Eficácia da Desconsideração Expansiva da Personalidade Jurídica no Sistema Jurídico Brasileiro”, 2011, EMERJ, v.g.), valendo referir, em face de sua precisa análise, fragmento da obra de MARÇAL JUSTEN FILHO (“Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, p. 955 /956, item n. 6, 15ª ed., 2012, Dialética).

Por fim, não há falar em desrespeito ao contraditório e à ampla defesa, porque foram oportunizados diferidamente como forma de garantir a eficácia das medidas cautelares. Veja o que constou no Acórdão:

9.3. nos termos do art. 276, § 3º, do Regimento Interno deste Tribunal, conceder 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;

Portanto, as medidas cautelares encontram amplo respaldo constitucional, inexistindo ilegalidade ou abuso de poder na sua aplicação pelo Tribunal de Contas da União.

Diante do exposto, pedindo vênias ao Relator, acompanho a divergência e voto pela DENEGAÇÃO DA ORDEM.