

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 35.158 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
IMPTE.(S) : **GALVAO ENGENHARIA S/A**
ADV.(A/S) : **ANA LUIZA SIMONI PAGANINI E OUTRO(A/S)**
IMPDO.(A/S) : **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança com pedido de medida cautelar, impetrado por Galvão Engenharia S/A, em face de ato do Plenário do Tribunal de Contas da União, consubstanciado no Acórdão 632/2017/TCU/Plenário, prolatado no bojo do Processo TC nº 009.834/2010-9.

O processo de Tomada de Contas foi instaurado perante o Tribunal de Contas em razão de auditoria nas obras de implantação do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro – COMPERJ, especialmente no contrato firmado para a execução da unidade de Hidrotratamento de Destilados Médios (UHDT).

Em análise dos resultados da auditoria realizada, o TCU decretou cautelarmente a indisponibilidade dos bens da empresa e dos demais Consórcios participantes das obras, 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.

Inconformada, a empresa Impetrante sustenta, primeiramente, que a efetivação da medida constritiva ocorreu antes da manifestação da empresa afetada, violando o devido processo legal e o direito à ampla defesa.

Ainda, sustenta a 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.

Finalmente, sustenta que, por se encontrar em recuperação judicial, a competência para decretar medida cautelar de indisponibilidade de bens

MS 35158 MC / DF

é do juízo falimentar, nos termos do artigo 6º, §3º da Lei nº 11.101/2005.

Pugna pela concessão de medida liminar, para suspender os efeitos da decretação cautelar de indisponibilidade de bens em face da empresa.

No mérito, requer a concessão da segurança, para anular o Acórdão 632/2017/TCU/Plenário, na parte em que decretou a medida cautelar de indisponibilidade dos bens da Impetrante.

A Impetrante demonstrou a continuidade do estado de empresa “em recuperação judicial” em petição de eDOC 18.

É, em síntese, breve relatório.

Em sede de liminar em mandado de segurança, é preciso que o impetrante demonstre a existência de fundamento relevante e que comprove que do ato impugnado possa resultar a ineficácia da medida, conforme previsão constante do art. 7º, III, da Lei n. 12.016/09.

Em um juízo prefacial, típico dessa fase de cognição ainda precária, **entendo presentes os requisitos autorizados da concessão da medida cautelar pleiteada.**

Justifico, analisando cada uma das alegações formuladas pela Impetrante.

A empresa Galvão Engenharia S/A – em recuperação judicial teve decretada em seu desfavor a indisponibilidade de bens, em montante adequado à sua participação no apontado superfaturamento de contratos e suficiente ao ressarcimento do dano ao erário, nos seguintes termos:

“SUMÁRIO: RELATÓRIO DE INSPEÇÃO. ATUALIZAÇÃO DOS DADOS DO FISCOBRAS 2010. CONSTRUÇÃO DO COMPLEXO PETROQUÍMICO DO RIO DE JANEIRO (COMPERJ). OBRAS DE IMPLANTAÇÃO DA UNIDADE DE DESTILAÇÃO ATMOSFÉRICA E A VÁCUO (UDAV), DA UNIDADE DE HIDROCRAQUEAMENTO CATALÍTICO (UHCC) E DA UNIDADE DE COQUEAMENTO RETARDADO (UCR). INCLUSÃO DAS OBRAS DA UNIDADE DE HIDROTRATAMENTO DE DESTILADOS MÉDIOS (UHDT) NO ESCOPO DOS TRABALHOS. INDÍCIOS DE SOBREPÊÇO, CONTRATAÇÃO DIRETA IRREGULAR E

MS 35158 MC / DF

ADOÇÃO DE REGIME DE EXECUÇÃO DO CONTRATO INADEQUADO OU ANTIECONÔMICO. INSTAURAÇÃO DE TOMADAS DE CONTAS ESPECIAIS. OITIVA PRÉVIA PARA DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS.

(...)

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de auditoria realizada nos contratos relativos ao Comperj, no ano de 2010, nas obras de implantação das unidades de Destilação Atmosférica e a Vácuo (UDAV), de Hidrocraqueamento Catalítico (UHCC) e de Coqueamento Retardado (UCR);

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. **decretar cautelarmente, com fundamento art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992, c/c arts. 273 e 274 do RI/TCU, pelo prazo de um ano, a indisponibilidade de bens das empresas e dos consórcios que deram causa aos superfaturamentos aqui identificados, à exceção da Construtora Andrade Gutierrez, haja vista a celebração de acordo de leniência com o Ministério Público Federal, devendo esta medida alcançar os bens considerados necessários para garantir o integral ressarcimento do débito, no valor total de R\$ 544 milhões, observados os débitos imputados a cada responsável, ressalvados os bens financeiros necessários ao sustento das pessoas físicas e à continuidade das operações das pessoas jurídicas;**

9.2. determinar à SeinfraPetróleo que:

9.2.1. converta o presente processo em tomadas de contas especial (TCE), com fulcro no art. 47 da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 197, § 1º, e 252 do Regimento Interno/TCU, uma para cada contrato, para quantificação do dano e apuração final das responsabilidades pelos indícios de sobrepreço e consequente superfaturamento nos seguintes ajustes: 1) Contrato 0800.0057282.10.2 (Unidade de Coqueamento Retardado – UCR); 2) Contrato 0800.0056801.10.2 (Unidade de Destilação

MS 35158 MC / DF

Atmosférica e a Vácuo - UDAV); 3) Contrato 0800.0060702.10.2 (Unidade de Hidrotratamento de Destilados Médios - UHDT); e 4) Contrato 0858.0056936.10.2 (Unidade de Hidrocraqueamento Catalítico - UHCC);

9.2.2. providencie a juntada dos documentos atinentes a cada um dos contratos que compõem esse processo à respectiva TCE, acompanhados do relatório, voto e acórdão que fundamentam esta deliberação;

9.2.3. realize, nos autos das TCE que vierem a ser instauradas em razão do subitem 9.2.1 desta decisão, as oitivas e audiências eventualmente necessárias ao saneamento da irregularidade descrita como “adoção de regime de execução contratual inadequado ou antieconômico”, conforme detalhado no relatório de fiscalização de que tratam os presentes autos, considerando que o escopo de análise foi ampliado em face da inclusão do Contrato 0800.0060702.10-2, examinado apenas por ocasião da realização da inspeção;

9.2.4. apure a eventual responsabilidade dos administradores das empresas arroladas nestes autos, nos moldes do realizado nos Acórdãos 2.109/2016 e 2.428/2016, ambos do Plenário deste TCU, e submeta a este Relator proposta de citação desses agentes e de indisponibilidade de seus bens, se for o caso;

9.2.5. promova estudos para complementar os futuros procedimentos de citação no tocante à viabilidade e necessidade de inclusão das holdings das empresas envolvidas no superfaturamento tratado, a fim de garantir o ressarcimento dos valores apontados e submeta proposta ao relator quando da identificação dos responsáveis;

9.2.6. após a identificação de todos os envolvidos nos atos que ensejaram os indícios de irregularidades de que trata o subitem 9.2.1, encaminhe nova proposta de indisponibilidade de bens daqueles ainda não contemplados pela referida medida (subitem 9.1);

9.2.7. avalie, no âmbito de cada TCE a ser constituída, eventuais impactos advindos das negociações atinentes às

MS 35158 MC / DF

rescisões contratuais que possam resultar em prejuízos aos cofres federais;

9.2.8. **promova, nos termos do art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992, e do art. 276, § 3º, do Regimento Interno do TCU, a oitiva dos responsáveis arrolados no subitem 9.1, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentem suas manifestações acerca da medida cautelar de indisponibilidade dos bens adotada, se assim o desejarem;**

9.2.9. informe aos responsáveis relacionados no subitem anterior que, no âmbito da respectiva resposta à aludida oitiva, fica desde já franqueada a possibilidade de serem indicados os bens por eles considerados essenciais à manutenção das atividades operacionais da sociedade empresarial e portanto não suscetíveis ao alcance da medida cautelar, acompanhados das devidas justificativas;

9.2.10. constitua um processo apartado de “indisponibilidade de bens” para cada responsável;

9.2.11. autue processo apartado para apurar ocorrência de fraudes em licitações mediante ajuste prévio entre as licitantes nos certames conduzidos pela Petrobras, no que se refere aos contratos de obras e serviços relacionados ao contratos do Comperj, objetos de análise destes autos;

9.3. deixar assente que, quando da decisão sobre declaração de inidoneidade para contratar com a administração pública federal, bem como sobre a aplicação da multa de que trata o art. 57 da Lei 8443/1992, este Tribunal considerará os compromissos assumidos pelos responsáveis em acordos celebrados com o Ministério Público Federal, no que toca às medidas de colaboração que possam contribuir com os respectivos processos de controle externo, por meio, entre outras possibilidades, da apresentação de elementos que permitam, com maior nível de confiança, apurar e quantificar o dano ao erário, definir graus diferenciados de responsabilidades, dar celeridade e efetividade ao processo que busca o ressarcimento do dano ao erário; nessa ocasião, o Tribunal também deliberará sobre possíveis sanções premiaias a

MS 35158 MC / DF

serem concedidas, conforme o caso;

9.4. notificar a Força-Tarefa da Operação Lava Jato, do Ministério Público Federal sobre o disposto no item 9.2, facultando-lhes a apresentação de manifestação no prazo de sessenta dias;

9.5. determinar à Segecex que adote providências para uniformizar os procedimentos de apuração dos processos relacionados à Petrobras que guardem relação com as investigações da Operação Lava Jato, haja vista a possibilidade de instrução destes tanto pela SeinfraOperações quanto pela SeinfraPetróleo;

9.6. autorizar a Segecex, desde logo, no âmbito dos processos de contas especiais a serem instaurados, a utilizar informações advindas do compartilhamento de provas pelos órgãos encarregados da condução da Operação Lava Jato, para melhor quantificar o dano e identificar os responsáveis por condutas irregulares, bem como realizar diligências e inspeções que se façam necessárias;

9.7. confirmar a classificação dos documentos sigilosos existentes nos autos, bem como a indicação dos respectivos grupos de acesso, nos termos das seguintes peças denominadas “Cadastro de Informações com Restrição de Acesso”, devendo a concessão de vistas e cópias obedecer às indicações contidas nos referidos documentos:

9.7.1. Anexo I – relativo às evidências do relatório de inspeção (peça 118, p. 1 e 2);

9.7.2. Anexo II – atualização da peça 27 (peça 118, p. 3 e 4).

9.8. encaminhar cópia do inteiro teor deste acórdão, acompanhada do respectivo relatório e voto que o fundamentam, à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional; ao Departamento de Polícia Federal no Paraná; ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica; à Secretaria da Receita Federal do Brasil; à Procuradoria da República no Paraná; e à Petróleo Brasileiro S.A., para as providências que entenderem cabíveis;

MS 35158 MC / DF

9.9. encaminhar aos responsáveis arrolados nos autos cópia desta deliberação, acompanhada do relatório e voto que o fundamentam, juntamente com as cópias das demais peças que, individualmente, interessem a cada um deles, alertando as empresas que a não elisão da irregularidade quando do exame das alegações de defesa, ponderada com a existência ou não de colaboração efetiva por meio de acordo de leniência, poderá ensejar a declaração de inidoneidade para contratar com a administração pública, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992;

9.10. encaminhar cópia do inteiro teor deste acórdão, acompanhada do respectivo relatório e voto que o fundamentam, à Força-Tarefa do Ministério Público Federal no Paraná, à Força-Tarefa da Advocacia-Geral da União no Paraná, ao Juiz Federal Titular da 13ª Vara Federal de Curitiba, ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle e Controladoria Geral da União e à Diretoria de Governança, Risco e Conformidade da Petrobras (GRC), para medidas consideradas cabíveis, informando-lhes acerca da possibilidade de, após a assinatura de novos acordos de leniência e/ou delações premiadas, notificar esta Corte de Contas para que se possa deliberar sobre eventual relaxamento da medida cautelar de indisponibilidade de bens que vier a ser adotada, na medida em que os responsáveis demonstrem pré-disposição para indenizar os danos causados ao erário.”

Não assiste razão à Impetrante 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

MS 35158 MC / DF

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**

MS 35158 MC / DF

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 CONDUTA, 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

MS 35158 MC / DF

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).

Não desconheço as medidas liminares concedidas nos Mandados de Segurança nº 34.357 e 34.392, pelo I. Min. Marco Aurélio, e outras que foram concedidas em hipóteses semelhantes. Contudo, entendo que, a despeito dessas decisões monocráticas, dos precedentes acima colacionados, 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

MS 35158 MC / DF

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, assumas 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

MS 35158 MC / DF

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:

MS 35158 MC / DF

“Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

§ 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, ao menos nessa seara prefacial, de verossimilhança das alegações da Impetrante.

Ainda, ao analisar 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 da decisão da Corte de Contas (eDOC 3, fls. 15-18):

MS 35158 MC / DF

“III.1.3.4. Unidade de Hidrotratamento de Destilados Médios (UHDT)

112. O contrato 0800.0060702.10.2 (evidência 18), relativo à construção da UHDT foi firmado em 10/9/2010 entre Petrobras e o Consórcio Queiroz Galvão-Iesa-Galvão. O consórcio é formado pelas empresas Construtora Queiroz Galvão S.A., Iesa Óleo e Gás S.A. e Galvão Engenharia S.A.

113. O valor inicial do contrato foi de R\$ 977.814.500,00, distribuídos em serviços com detalhamento de projetos, construção civil, montagem eletromecânica e comissionamento (R\$ 735.127.512,61); fornecimento de bens (R\$ 212.686.987,39); e verba de chuva (R\$ 40.000.000,00). Após os aditivos o contrato atingiu a cifra de R\$ 1.426.214.327,34, o que significa majoração de 45,8%.

114. As Tabelas 10 e 11 apresentam a síntese dos resultados obtidos nas análises. A Tabela 10 trata das informações por etapas do contrato, enquanto que a Tabela 11 apresenta o resultado da análise por macro itens (como mão de obra, materiais e equipamentos). Nas tabelas também está exposto o valor de amostra por itens.

(...)

115. Para a análise de preços desse contrato, valeu-se tão somente da metodologia geral descrita ao início do achado. **O resultado aponta para um índice de sobrepreço de 10,16% (R\$ 99,3 milhões) do valor do contrato em uma amostra estudada de 27,85% (R\$ 272,2 milhões). Considerando apenas o índice de sobrepreço na amostra, tem-se um percentual de 36,47%, conforme detalha a planilha de análise de preços (evidência 19), o que significa que mais de um terço de tudo o que foi possível analisar representa sobrepreço contratual.**

116. Por fim, para esse contrato, propõe-se o mesmo encaminhamento dos demais contratos, continuidade da análise do presente objeto em sede de Tomada de Contas Especiais, dado o índice de sobrepreço de 36% na amostra estudada e a sinalização da Justiça Federal de compartilhar informações, além de possível comprometimento do procedimento

MS 35158 MC / DF

licitatório.

117. **Apresentada a análise de adequabilidade dos preços contratados, cumpre ainda tecer comentários sobre o cenário possivelmente não concorrencial em que as obras das unidades de processo do Comperj aqui tratadas foram licitadas. Por serem obras de grande vulto, elas foram alvo preferenciais do suposto cartel de empreiteiras atuantes nas obras de infraestrutura do país.**

III.1.4. Licitações das unidades do Comperj

118. Uma vez que as obras em estudo são materialmente de grande vulto e as revelações da Operação Lava-Jato indicarem terem sido alvos preferenciais do cartel de empreiteiras atuantes em obras de infraestrutura do país, cabem alguns comentários acerca dos procedimentos licitatórios das unidades de processo do Comperj.

119. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) firmou, em 19/8/2015, termo de compromisso de cessação de prática anticoncorrencial com a empreiteira Construções e Comércio Camargo Corrêa (evidências 20 a 22) e posteriormente, em 21/8/2015, firmou acordo de leniência com aval do Ministério Público Federal.

120. Nesse tópico será realizado um paralelo entre as práticas relatadas pelos delatores e a correlação com os relatórios das comissões de licitações. O documento base para a correlação é o termo de compromisso firmado entre a pessoa jurídica Camargo Corrêa e seus ex-funcionários, Dalton dos Santos Avancine e Eduardo Hermelino Leite, conforme descrito no Histórico da Conduta versão pública (evidência 20 a 22), disponível em consulta ao portal eletrônico do Cade.

121. Cumpre ressaltar que a Camargo Corrêa é a segunda empresa participante do cartel de empreiteiras a firmar acordo com o Cade, a primeira delas foi a Setal Engenharia e Construções – SOG Óleo e Gás S.A., que firmou o acordo de leniência em janeiro de 2015, indicando semelhantes contornos fáticos da prática de cartel nas contratações das obras de refino

MS 35158 MC / DF

da Petrobras, em especial nos empreendimentos Rnest e Comperj.

122. Em ambos acordos, os depoentes confirmam a existência de um grupo de 16 empresas que tiveram deliberadas condutas anticompetitivas nas obras da Petrobras, chamado de “Clube das 16”. Desse conjunto, havia um subgrupo de 6 empresas que detinham maior força de decisão no cartel e compreendia as empreiteiras detentoras das maiores fatias de mercado da construção pesada do país. A Tabela 12 a seguir ilustra o “Clube das 16” e em destaque o grupo das 6, o chamado “G6”, em negrito.

(...)

123. Além das empresas do clube, foi relatada a participação esporádica nas práticas concertadas das seguintes empresas: Carioca Chritiani Nielsen Engenharia S.A., Construcap CCPS Engenharia e Comércio S.A., Jaraguá Equipamentos Industriais Ltda., Schahin Engenharia S.A. e Serveng-Civilsan S.A. Empresas Associadas de Engenharia.

124. O histórico de conduta (evidência 20 a 22) traz o relato dos depoentes descrevendo as condutas das empresas e os processos internos de contratação da Petrobras, revelando de que forma esses processos permitiram o funcionamento do cartel. Segue uma breve descrição dos procedimentos de licitação da Petrobras, segundo as alegações dos delatores e observações das análises documentais.

III.1.4.1. Procedimentos de licitação da Petrobras revelados nas delações

125. Amparada pelo Decreto 2.745/1998, a Petrobras passou a adotar o procedimento de licitação na modalidade convite. A adoção dessa modalidade facilitou a dinâmica do cartel, uma vez que, somente as empresas pré-habilitadas no cadastro de fornecedores da Companhia eram convidadas a fornecer bens e serviços. A habilitação no cadastro era viabilizada com a obtenção do Certificado de Registro de Classificação Cadastral (CRCC) pelas empreiteiras.

MS 35158 MC / DF

126. Pelo que se viu nas delações, a obtenção do CRCC e a manutenção das empresas nesse cadastro seletivo dependia de critérios objetivos, como as respectivas condições econômico-financeiras, a habilitação técnica, o histórico de fornecimentos para a Petrobras e o desempenho obtido em contratos anteriores. No entanto, **importantes critérios subjetivos também influíam na dinâmica de entrada e saída de empresas no cadastro de fornecedores da Petrobras. Revelou-se que funcionários de alto escalão, como Diretores e Gerentes da Companhia, influenciavam diretamente no rol de empresas pré-habilitadas para contratações. Isso se dava, por exemplo, em rodadas anuais de verificação do cadastro, realizadas pela Diretoria de Serviços (atual Diretoria de Engenharia, Tecnologia e Materiais), a cargo do então Diretor Renato Duque.**

127. Também a inclusão de empresas no cadastro de fornecedores às vésperas de deflagrar certames licitatórios foi observada, sem que as favorecidas tivessem que passar por todas as fases de análises para ingresso, ferindo o princípio da isonomia e impessoalidade. Há destacar que, em diversas situações em que se observou o ingresso intempestivo de empresa no cadastro de fornecedores da Petrobras, a favorecida sagrou-se vencedora de certame licitatório.

128. Tal cadastro constituía-se então como uma barreira de entrada para outras empreiteiras participarem de certames licitatórios nas contratações da Petrobras, atingindo o basilar princípio da ampla competitividade. Outra barreira imposta às novas empresas era a precária divulgação dos certames, que envolvia tão-somente os respectivos convidados. Não se verificava ampla divulgação das contratações no mercado, como pressupõe o princípio da publicidade.

129. Passada a fase de convites, as empresas convidadas apresentavam suas propostas e as comissões de licitações utilizam a estimativa de custos da Petrobras com uma faixa de variação de - 15% a +20% como critério de aceitabilidade das propostas. Em geral, para as obras em tela, as empresas

MS 35158 MC / DF

cartelizadas ofertaram valores acima do limite superior da faixa (+20%), e eram desclassificadas por preços excessivos nessa primeira licitação, denominada "BID".

130. Ato contínuo à desclassificação das propostas, iniciava-se nova rodada de licitação, o "REBID", em geral com as mesmas empresas ou com a inclusão de poucas outras, sendo que era possível e comum a revisão da estimativa de custos, que normalmente acenava para uma nova faixa de aceitabilidade de propostas, com valores limítrofes superiores. Ainda assim, se não fossem obtidas propostas em consonância com o novo critério de aceitabilidade, iniciava-se procedimento para contratação direta com um dos ofertantes.

131. Tal padrão de contratações, relatado pelos depoentes, é o que de fato tem sido observado recorrentemente nas contratações de obras das unidades de refino da Petrobras, conforme se verificou ao longo de diversas fiscalizações realizadas por esta Unidade Técnica.

132. Adentrando nos detalhes das contratações das unidades de processo do Comperj objetos dessa fiscalização, em todas elas houve BID e REBID, e observou-se que nas licitações e relitações foram convidadas tão somente as empresas do "clube das 16", excluindo-se na maioria dos casos a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. e incluindo-se a Schahin Engenharia S.A. Apenas para a UHDT foi convidada a Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A., que não era empresa originalmente integrante do Clube das 16.

133. No BID da UHCC foram convidadas 14 empresas do clube e outras 3 empresas de fora do clube; e no REBID foram 15 empresas convidadas do clube e 4 empresas fora do clube, mas como já mencionado no tópico específico da UHCC, houve o direcionamento dessa licitação para a empresa Alusa Engenharia S.A. pela conduta do ex-Gerente Executivo da Diretoria de Serviços – Pedro Barusco, ao indicar o valor máximo que deveria atingir a proposta, para sagrar-se vencedora.

134. Em relação às empresas convidadas para os certames

MS 35158 MC / DF

das unidades de processo do Comperj, destaca-se o fato que do grupo das 6, de maior influência do cartel, todas as integrantes foram convidadas para todos os certames, com a única exceção da licitação para a UHDT-REBID, em que a Andrade Gutierrez não foi convidada.”

Assim, são graves os fatos sob aferição da Corte de Contas, que detectou a ocorrência de sobrepreço de R\$ 99.311.296,73 (noventa e nove milhões, trezentos e onze mil setecentos e noventa e seus reais e setenta e três centavos) no contrato firmado pela ora Impetrante e demais empresas consorciadas, 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, ao menos nessa fase processual, da adoção da medida cautelar de indisponibilidade de bens por parte do Tribunal de Contas da União, a qual, embora excepcional, parece-se adequar-se à busca da satisfação do dano causado ao patrimônio público, caso confirmada pela Corte sua efetiva ocorrência.

Ademais, em análise do Acórdão nº 632/2017, entendo que a previsão da oitiva prévia à efetivação da medida de indisponibilidade de bens, bem como a expressa ressalva quanto à obrigatoriedade de observância da continuidade das operações das pessoas jurídicas sobre as quais recairá a determinação, parecem demonstrar a razoabilidade da medida, bem como a atenção à situação especial que as pessoas físicas e jurídicas atingidas pelo *decisum* possam vir a sofrer.

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:

“Corroborar esse raciocínio a compreensão de que o risco

MS 35158 MC / DF

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

Portanto, rejeito os dois primeiros argumentos lançados pela Impetrante, pois compreendo, nesse juízo primevo, restar 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.

Nada obstante, **o presente caso apresenta uma peculiaridade, a inibir, no caso concreto, a atuação direta do Tribunal de Contas da União, na imposição de medida constritiva do patrimônio da Impetrante.**

Ocorre que, como narrado na inicial, em março de 2015, foi deferido o processamento da Recuperação Judicial da empresa Galvão Engenharia S/A, nos termos da Lei nº 11.101/2005, o qual se encontra em andamento, como demonstram os documentos juntados pela Impetrante.

Nesse sentido, o juízo da falência, responsável pelo acompanhamento do cumprimento do Plano, é o juízo competente para resolver questões referentes ao patrimônio da empresa recuperanda, conforme se depreende de leitura do artigo 6º da Lei nº 11.101/2005, *in verbis*:

“Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

MS 35158 MC / DF

§ 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.

§ 2º É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença.

§ 3º O juiz competente para as ações referidas nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria.

§ 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o **caput** deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

§ 5º Aplica-se o disposto no § 2º deste artigo à recuperação judicial durante o período de suspensão de que trata o § 4º deste artigo, mas, após o fim da suspensão, as execuções trabalhistas poderão ser normalmente concluídas, ainda que o crédito já esteja inscrito no quadro-geral de credores.

§ 6º Independentemente da verificação periódica perante os cartórios de distribuição, as ações que venham a ser propostas contra o devedor deverão ser comunicadas ao juízo da falência ou da recuperação judicial:

I – pelo juiz competente, quando do recebimento da petição inicial;

II – pelo devedor, imediatamente após a citação.

MS 35158 MC / DF

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

§ 8º A distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor.”

É certo que a ordem emanada do Tribunal de Contas possui natureza administrativa, e não judicial, em sentido estrito.

Contudo, é medida que representa uma restrição ao uso e disposição dos bens da empresa, bens esses que estão, no momento, vinculados ao cumprimento do Plano de Recuperação Judicial. Portanto, por se encontrar a Impetrante em recuperação judicial, concluo pela necessidade de apreciação judicial do pleito para a indisponibilidade dos bens da empresa, aferição essa a ser realizada pelo juízo responsável pelo acompanhamento do cumprimento do Plano.

Em aresto proferido pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, assim restou assentado:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA - EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDAS ATIVAS - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - PRELIMINAR AFASTADA - COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL PARA TODOS OS ATOS QUE IMPLIQUEM RESTRIÇÃO PATRIMONIAL - PRECEDENTES DO STJ.

1. Nos termos do que restou decidido pela Corte Especial, a Segunda Seção é competente para o julgamento do conflito uma vez que não se discute nos autos a competência para processar e julgar cobrança de crédito fiscal, mas sim para decidir sobre o patrimônio de sociedade em recuperação judicial. Precedentes.

2. **O deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas os atos de constrição ou de alienação devem ser submetidos ao juízo universal.**

MS 35158 MC / DF

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 7.^a Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ, o qual poderá, a seu prudente critério, manter ou cancelar a penhora promovida pelo juízo fiscal sobre bens das empresas suscitantes.”

(CC 149.811/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/05/2017, DJe 16/05/2017)

Logo, se não se admite que outro Juízo, além daquele detentor da competência para acompanhamento do cumprimento do Plano de Recuperação Judicial, possa, segundo a Corte responsável pela uniformização do direito federal infraconstitucional, promover medidas constritivas do patrimônio de empresa submetida ao regime da recuperação judicial, não parece lógico que o Tribunal de Contas possa impor e executar medida semelhante, colocando em risco a solvência da empresa e abrindo a possibilidade de convalidação da recuperação judicial em falência, diante da impossibilidade de saneamento da saúde financeira da pessoa jurídica, além de estabelecer privilégio a crédito em eventual detrimento do rol previsto pela legislação.

Desta feita, diante da excepcional condição da Impetrante, que se encontra em cumprimento de Plano de Recuperação Judicial, entendo presentes os requisitos de relevância da fundamentação e perigo na demora da solução do feito.

Assim, **concedo parcialmente a medida liminar pleiteada, suspendendo em parte a eficácia do ato coator atacado (Acórdão nº 632/2017), para determinar ao Tribunal de Contas da União que, pretendendo efetivar a medida cautelar de indisponibilidade de bens em face da Impetrante, requirite à Advocacia-Geral da União que formule o pedido perante a 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro,** competente para apreciar medidas de constrição patrimonial contra a empresa Galvão Engenharia S/A – em recuperação judicial.

Comunique-se, pelo meio mais célere, a autoridade apontada como coatora, acerca da liminar concedida.

MS 35158 MC / DF

Intime-se a autoridade coatora para, no prazo de 10 (dez) dias, prestar as informações (art. 7º, I, da Lei 12.016/09).

Dê-se ciência à Advocacia-Geral da União para, querendo, ingressar no feito (art. 7º, II, da Lei n. 12.016/09).

Após o recebimento das informações ou findo o prazo estipulado, ouça-se o Ministério Público, para os fins do art. 12 da Lei n. 12.016/09.

Publique-se.

Brasília, 10 de maio de 2018.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

Documento assinado digitalmente