

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 35.435 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
IMPTE.(S) : **A.G.E.S.**
ADV.(A/S) : **FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **SEBASTIAO BOTTO DE BARROS TOJAL**
ADV.(A/S) : **HUMBERTO THEODORO JUNIOR**
IMPDO.(A/S) : **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, impetrado por Andrade Gutierrez Engenharia S.A., contra a ameaça da iminente decretação, pelo Tribunal de Contas da União, nos autos do Processo TC 016.991/2015-0, de inidoneidade da impetrante para contratar com o Poder Público pelo período de 5 anos.

A impetrante afirma que, em decorrência da chamada “Operação Lava Jato”, celebrou acordo de leniência com o Ministério Público Federal, nele constando fatos relacionados ao contrato firmado com a Eletronuclear, para a montagem eletromecânica da Usina Termonuclear de Angra III. Também sobre os fatos relacionados àquela contratação foi firmado Termo de Cessação de Conduta (TCC), com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Sustenta que, não obstante a celebração dos citados acordos, o Tribunal de Contas da União, no âmbito da Tomada de Contas 016.991/2015, veiculou, por meio do Acórdão 483/2017, explícita ameaça de declaração de inidoneidade, pelos mesmos fatos relacionados às contratações para as obras de Angra III.

Assevera que o Tribunal de Contas da União, “*ao mesmo tempo em que aplicou essa sanção a outras empresas, aplicou-a também à ora impetrante, tendo apenas determinado a suspensão da execução dessa pena, subordinando a eficácia do acordo de leniência firmado junto ao Ministério Público Federal ao cumprimento de condicionantes (que esvaziam o acordo) impostos pelo TCU. Colocou-se, inequivocamente, o TCU acima do Ministério Público Federal*”.

Salienta que, em observância ao Acórdão 483/2017, o Ministério

MS 35435 MC / DF

Público Federal estabeleceu novas negociações com as empresas, solicitando e obtendo dilação do prazo antes fixado (Acórdãos 1.132, 1.178 e 2.048/2017 – Plenário do TCU). Nesse período, a análise do Ministério Público Federal teria revelado a necessidade de prestígio e respeito aos acordos de leniência, sob pena de esvaziamento de seu potencial de contribuir de modo eficaz no combate à corrupção. Essa conclusão teria motivado o Ministério Público Federal a expedir, em 20.11.2017, o Ofício 10325/2017-PRPR/FT ao Tribunal de Contas da União, por meio do qual sugeriu que aquele Tribunal passasse a negociar diretamente com as empresas.

Nesse contexto, afirma haver *“justo receio de que o TCU não adote esse procedimento, haja vista a reação pública aos fatos”*, pois *“embora o Tribunal de Contas da União, particularmente no Acórdão 483/2017-TCU Plenário, apresente um discurso abstrato de reconhecimento da importância dos acordos, na prática os esvazia ao ameaçar impor determinado conteúdo aos acordos que retiram deles sua eficácia. Mais do que isso, então, ameaça aplicar sanções que haviam sido expressamente excluídas se cumprido o acordo”*.

Realça que os parágrafos 4º e 5º do acordo celebrado afastariam a possibilidade de aplicação de *“sanções como aquela que proíbe o autor de ato ímprobo de contratar com a administração pública”*, ressaltando que *“nem mesmo o Poder Judiciário poderia, em ação proposta pelo MPF, aplicar as sanções de proibição de contratar. E o Poder Judiciário é a principal e última esfera à qual deveriam se curvar os órgãos administrativos”*.

Cita matérias veiculadas pela imprensa que confirmariam o justo receio da iminente decisão contra a impetrante, entre elas trecho de entrevista do relator do processo no Tribunal de Contas da União, Ministro Bruno Dantas, no qual Sua Excelência afirma: *“se percebermos que não haverá ‘recall’, tomarei a iniciativa de colocar o processo na pauta para julgamento na semana seguinte. E o único caminho é a inidoneidade”*.

Invoca os princípios da moralidade, da boa-fé da administração e da confiança, para concluir que *“se o Ministério Público, que é o legitimado para o mais – as diversas ações cíveis e judiciais, inclusive as criminais, e com maior espectro de atuação –, entabula acordo de leniência, não é razoável que se permita*

MS 35435 MC / DF

a outro órgão do próprio estado formule até mesmo uma acusação, pelos mesmos fatos, de modo a tornar impossível o cumprimento do acordado, ou inócuo o acordo antes firmado. Impõe-se, portanto, uma interpretação sistêmica do ordenamento que garanta a efetividade dos institutos”.

Aduz, ainda, que a pretensão de aplicação da sanção de inidoneidade pelo Tribunal de Contas da União incidiria em *bis in idem*, pois *“o acordo de leniência prevê, especialmente, uma tratativa acerca das punições que serão aplicadas à leniente e, portanto, implica uma necessária limitação voluntária ao poder sancionatório do estado brasileiro frente às condutas”.*

Salienta necessária a intimação do Ministério Público Federal para participar do feito na condição de *amicus curiae* ou litisconsorte, e da União, como terceira interessada.

Quanto aos requisitos para a concessão da tutela de urgência, consigna que a *“declaração de inidoneidade seria o fim da impetrante”*, inviabilizando o cumprimento do acordo de leniência, no qual *“obrigou a pagar, somente a título de multa, o valor de 1 bilhão de reais divididos em 12 parcelas anuais de R\$83.333.333,33 (oitenta e três milhões, trezentos e trinta e três mil, trezentos e trinta e três reais e trinta e três centavos)”*.

Assim, requer concessão de tutela de urgência para suspender a tramitação do TC 016991/2015-0 ou, alternativamente, impor ao TCU que se abstenha de declarar a sua inidoneidade enquanto o acordo de leniência permanecer sendo cumprido.

No mérito, pede a concessão definitiva da segurança para ratificar os termos da liminar.

Os autos foram inicialmente distribuídos, por prevenção, ao Ministro Ricardo Lewandowski, em 15.12.2017. Sobreveio o início do recesso judiciário sem a apreciação da tutela de urgência requerida. A impetrante, então, peticionou pleiteando, *“em aditamento à petição inicial, que a liminar seja apreciada, em regime de urgência e de plantão durante o recesso das atividades do Colendo Supremo Tribunal Federal (R.I. do STF, art. 13), exclusivamente em relação à não decretação de inidoneidade da empresa impetrante pelo TCU, determinando-se que a possibilidade de apreciação e*

MS 35435 MC / DF

deliberação acerca do decreto de inidoneidade pelo TCU fique suspensa até que haja o julgamento do mérito do presente mandado de segurança pelo Supremo Tribunal Federal”.

Em 27.12.2018, a Presidência desta Corte indeferiu o pleito de antecipação do exame da medida liminar.

O Ministro Ricardo Lewandowski entendeu pela inexistência de conexão ou continência entre os fatos apurados no presente feito e aqueles objeto do MS 34.709, motivo pelo qual encaminhou estes autos à Presidência, a fim de que procedesse à redistribuição livre do feito, na forma do Regimento.

Os autos vieram conclusos à minha relatoria em 12.3.2018.

Em 14.3.2018, intimei o MPF nos termos requeridos pela impetrante e solicitei informações à autoridade coatora.

O Ministério Público reservou-se o direito de manifestar-se como *custus legis* ao final do processo (eDOC 8).

O Tribunal de Contas da União apresentou as informações solicitadas, manifestando-se pelo indeferimento da liminar e, no mérito, pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

“Mandado de Segurança Preventivo, impetrado pela Andrade Gutierrez Engenharia S/A, objetivando, cautelarmente, ‘suspender, no que tange à pessoa da impetrante, a tramitação do TC 016991/2015-0, ou, (2) alternativamente, que ao menos se determine ao Tribunal de Contas da União, na pessoa de seu presidente, que, enquanto o acordo de leniência permanecer vigente e válido, sendo cumprido pela Impetrante, até decisão final desta ação mandamental, seja determinado ao Tribunal de Contas da União que se abstenha de aplicar a sanção de inidoneidade à impetrante’; e, no mérito, ‘ratificar a liminar e impor ao TCU, na pessoa de seu presidente, que se abstenha de declarar a inidoneidade da Impetrante pelos fatos constantes do acordo de leniência firmado entre a impetrante e o Ministério Público Federal, especialmente nos autos do TC 016991/2015-0 ou em outro processo com esse objeto, enquanto o acordo permanecer

vigente’.

1. O TCU, embora consciente de que a eficácia dos acordos de leniência e de colaboração premiada depende de certa cooperação dos órgãos de controle, não pode renunciar às suas competências outorgadas pela Constituição Federal, nas quais se incluem a de ‘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’, conforme expressamente previsto no art. 71, inciso VIII.

2. Com grave ofensa aos métodos e princípios de hermenêutica constitucional, a impetrante tenciona interpretar a Constituição Federal a partir de normas infraconstitucionais, particularmente das inovações legislativas relativas aos acordos de colaboração e acordos de leniência, na tentativa de afastar as competências outorgadas pela Carta Magna ao Tribunal de Contas da União.

3. O TCU, por sua vez, na linha da melhor hermenêutica, busca percorrer caminho inverso ao da impetrante, ou seja, interpreta as inovações legislativas relativas aos acordos de colaboração e acordos de leniência de modo a harmonizar tais institutos ao modelo delineado pela Constituição Federal, especialmente quanto ao controle externo da Administração Pública.

4. Diversamente do alegado pela impetrante, não foi aplicada sanção de inidoneidade à empresa no decisum impugnado. Ao contrário, prestigiando-se o caráter consensual do acordo de leniência entabulado com o Ministério Público Federal e ciente de que a eficácia de tal instrumento depende da preservação de seus termos, fixou a possibilidade de novo compromisso da empresa impetrante com o MPF, contribuindo igualmente com o processo de controle externo.

5. A própria impetrante ressalta que, além do acordo de leniência celebrado com o MPF, firmou Termo de Cessação de Conduta com o CADE – Conselho Administração de Defesa Econômica. Embora, portanto, a impetrante reconheça que

sobre os mesmos fatos incidem esferas distintas de responsabilidade e de competências de órgãos do Estado, insurge-se, de modo incoerente, contra a atuação do TCU, que tem se pautado por encontrar espaços de harmonia entre o acordo de leniência e as competências desta Corte de Contas.

6. A mesma postura colaborativa levada adiante pela empresa impetrante perante o MPF e CADE não tem se materializado perante o TCU, cuja condução do processo de Representação pelo Relator nesta Corte tem se pautado por 'alcançar uma solução que preserve o relevante interesse público defendido por essa C. Corte e, simultaneamente, garanta uma proteção adequada ao instrumento jurídico da leniência e ao interesse público' (manifestação do MPF nos autos).

7. Tal preservação do interesse público é focada essencialmente na correta mensuração e reparação do dano, ao qual o TCU possui ferramentas e técnicas específicas, enfoque que não é dado nos acordos firmados perante o MPF e o CADE.

8. Alegações graves em face da atuação do TCU trazidas pela impetrante na petição inicial, como 'chantagem' e 'ameaça', revelam a postura refratária à colaboração com o TCU que, conforme assinalado pelo próprio MPF, titular do acordo de leniência em tela, é pautada pela preservação do interesse público na completa reparação do erário.

9. Acolher a pretensão deduzida na exordial, quando o impetrante alega que 'A atuação do Tribunal de Contas da União deve ser subsidiária' importaria ao TCU posição de subalternidade em relação ao MPF e ao CADE, que vem exercendo suas competências sobre os fatos em questão.

10. Não obstante tais ponderações, é de se prestigiar a competência constitucional e legal de o Tribunal de Contas da União aplicar a sanção de inidoneidade da impetrante, independentemente de a empresa apenas haver firmado acordo de leniência.

11. Inexistência de bis in idem. Independência entre as instâncias judicial e administrativa, exceto se a sentença

proferida pelo Poder Judiciário na esfera penal vier a declarar a inexistência do fato ou a negativa da autoria. Jurisprudência do STJ e do STF.

12. Em sua decisão de indeferimento da liminar, a Exma. Ministra Cármen Lúcia ressaltou que a própria Lei n. 12.846/2013 – base legal para o acordo de leniência – prevê a independência das instâncias de responsabilização.

13. Da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade do Acórdão 483/2017-Plenário. Subsunção do presente caso concreto ao art. 46 da Lei nº 8.443/92.

14. Ausência de perigo da demora que respalde o deferimento da liminar pleiteada pela impetrante, pois conforme informação prestada pelo Gabinete do Exmº Ministro Bruno Dantas acerca da perspectiva de tramitação do processo administrativo, o ‘processo encontra-se em fase de diligência sob a responsabilidade da SeinfraOperações’. Após a conclusão das referidas diligências, haverá a análise do mérito, com a produção de três pareceres no âmbito da SeinfraOperações, quais sejam, do Auditor de Controle Externo, do Diretor e do Secretário. Passo seguinte, o processo será submetido à análise do Ministério Público junto ao TCU, para que também exare o seu parecer sobre o mérito. Somente após concluídas essas fases, o processo retornará ao gabinete do relator, para elaboração de voto e inclusão em pauta, pois, conforme consignou o gabinete do relator, ‘não há previsão legal ou regimental de decisão monocrática de mérito, razão pela qual a deliberação será necessariamente do Plenário’. Por esses motivos, o citado gabinete afirmou que ‘embora não seja possível precisar data específica para apreciação da matéria pelo Plenário, tampouco estimar um horizonte temporal razoável, é certo que tal deliberação não ocorrerá durante este mês de janeiro’, pois deverá aguardar a conclusão de toda a tramitação acima descrita.

15. Por argumentos semelhantes aos ora apresentados por este Tribunal, o Exmº Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski negou a medida cautelar reclamada

noutro writ (MS 34.709) pela empresa UTC Engenharia S.A. em face do deliberado no mesmo processo administrativo de que ora se cuida, sendo que, naquele caso, a impetrante reclamava haver sido declarada inidônea para licitar pela Corte de Contas (subitem 9.1.4 do Acórdão 483/2017, em comento).

16. Posteriormente, porém, o Exm^o Ministro do STF deferiu a medida cautelar requerida pela UTC Engenharia S.A. para conferir efeito suspensivo ao Pedido de Reexame que aquela empresa então interusera perante a Corte de Contas, mas sem obstar o andamento do processo de controle externo como um todo (TC-016.991/2015-0, de que se cuida novamente).

17. Inexistência de coisa julgada administrativa a impedir a apreciação dos novos fatos trazidos ao conhecimento do TCU, após o compartilhamento de provas oriundas do MPF. Conforme ressaltado pela Unidade Técnica do TCU: 'Agregou-se aos elementos antes presentes um acervo probatório com robustez suficiente para impor a nulidade dos contratos firmados. O que, em momento anterior, seriam cláusulas abstratas com o potencial de ferir a competitividade do certame, consubstanciou-se, com os novos elementos, em confissão e produção de prova de cartelização e fraude à licitação.'

18. Manifestação pelo não cabimento do pedido de liminar, ante a ausência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, e, no mérito, pela denegação da segurança''.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, registro que a concessão de medida liminar em mandado de segurança dá-se em caráter excepcional, em razão da configuração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Com efeito, é necessária a conjugação dos dois requisitos supra: fundamento relevante (*fumus boni juris*) e que o ato apontado como ilícito possa resultar na ineficácia da medida, caso seja apenas concedida a segurança ao final da tramitação do writ constitucional (*periculum in mora*).

MS 35435 MC / DF

Nesse sentido, há remansosa jurisprudência desta Corte, como o MS-MC 34.327, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 29.8.2016; o MS-MC 34.217, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 25.8.2016; e o MS-MC 34.210, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 1º.8.2016.

Após a análise característica à cognição sumária, verifico presentes os requisitos necessários para a concessão parcial do pleito de urgência.

Para melhor compreensão da controvérsia, entendo necessária uma breve digressão acerca dos fatos que deram ensejo à impetração.

Extraí-se dos autos que o Tribunal de Contas da União, no âmbito da FISCOBRAS 2016, realizou auditoria com o objetivo de fiscalizar a licitação e os contratos referentes ao serviço de montagem eletromecânica da Usina Termonuclear de Angra III.

No âmbito da citada auditoria, foram descobertas diversas irregularidades, entre as quais constatou-se a ocorrência de fraude à licitação evidenciada pela adoção de critérios restritivos à competitividade e pela formação de cartel entre a UTC Engenharia S.A. (líder); Construtora Norberto Odebrecht S.A.; Construtora Andrade Gutierrez S.A.; Construtora e Comércio Camargo Corrêa S.A.; Construtora Queiroz Galvão S.A.; Empresa Brasileira de Engenharia S.A.; e Techint Engenharia e Construção S.A., empresas do consórcio responsável pela execução dos contratos subsequentes à licitação.

No âmbito do processo de acompanhamento de auditoria (TC 016.991/2015-0), o TCU, ao proferir o Acórdão 428/2017, assentou a existência de diversos indícios e provas convergentes que demonstram a ocorrência de fraude à licitação por meio de conluio entre as empresas integrantes do Consórcio Angramon, motivo pelo qual declarou a inidoneidade da Construtora Queiroz Galvão S.A; Empresa Brasileira da Engenharia S.A; Techint Engenharia S.A; e UTC Engenharia S.A Construções para licitar com a Administração Pública Federal, pelo prazo de 5 anos.

Na ocasião, o relator entendeu que deveria ser dispensado tratamento diferenciado às empresas Construtora Norberto Odebrecht S.A.; Construtora Andrade Gutierrez S.A. e Construções e Comércio

MS 35435 MC / DF

Camargo Corrêa S.A., tendo em vista a celebração de acordos de colaboração com o MPF e com o CADE, cujos objetos contemplam a licitação ora em apreço.

Assentou também que as colaborações até então acertadas não reparam, por si sós, os vultosos montantes que, desviados dos cofres públicos, deixaram de atender às necessidades mais básicas da população. Por esse motivo, *“é deveras nobre a missão do Tribunal de construir uma decisão que, propiciando o diálogo interinstitucional entre os órgãos de controle, concilie duas necessidades: a de emitir incentivos às colaborações e a de reparar o dano ao erário”*.

Consignou ainda que *“a confissão e a colaboração dessas empresas junto ao Estado brasileiro na apuração de infrações e no combate ao crime poderá justificar conceder-lhes o benefício de suspensão da aplicação da pena de inidoneidade, no pressuposto de que as informações que elas detêm possam vir a contribuir para que o TCU exerça suas funções com maior efetividade”*.

Por esse motivo, a Corte de Contas entendeu por propor uma espécie de “suspensão condicional da pena de inidoneidade”, e, em contraprestação, espera-se que a empresa assuma compromisso junto ao Ministério Público Federal no sentido de não obstar o exercício das funções do Tribunal e o desenvolvimento do processo de controle externo, admitindo adotar postura cooperativa, como por exemplo:

- a) admitir sua participação nas irregularidades e apresentar a documentação fiscal e contábil que lhe seja requerida com a finalidade de estimar, com segurança e fidedignidade, os valores desviados;
- b) não recorrer, no âmbito do processo de controle externo, das decisões que vierem a ser proferidas e que tenham relação com o empreendimento de Angra 3;
- c) feitas as apurações, recolher sua quota-parte no débito solidário a partir da decisão que o determinar, respeitada sua capacidade real de pagamento, conforme explicitado alhures.

Tratar-se-ia de um *recall*, a ser realizado pelo Ministério Público

Federal, para adequar os acordos de leniência já firmados, buscando a efetiva recuperação do valores subtraídos do erário. Por esse motivo, suspendeu o processo com relação às empresas Construtora Norberto Odebrecht S.A.; Construtora Andrade Gutierrez S.A. (impetrante) e Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., suspendendo, por consequência, a aplicação de qualquer sanção até que o Tribunal analise a manifestação do MPF quanto à matéria no prazo de sessenta dias.

Devidamente notificado do teor da decisão, o Ministério Público Federal solicitou a prorrogação do prazo por algumas vezes e, em 20.11.2017, encaminhou o Ofício 10.325/2017 ao TCU, informando que, *“apesar da realização de diversas reuniões por parte de membros desta força-tarefa com integrantes desse E. Tribunal e com representantes das empresas, e apesar da boa vontade declarada e demonstrada por todas as partes, não foi possível, até o momento, alcançar consenso sobre a forma e consequências da colaboração das empresas junto à Corte”*.

Complementou, assentando que, em seu entender, *“o melhor encaminhamento é a realização de audiências das empresas pelo colegiado e a criação de uma comissão no próprio Tribunal para prosseguir nas tratativas, o que, neste momento, respeitosamente, sugere-se”*.

Na oportunidade, deixou consignado que, após diversos estudos sobre o tema acordo de leniência, a Câmara de Combate à Corrupção do MPF apresentou seis ordens de proteção cabíveis aos colaboradores: 1) benefício de ordem na cobrança do ressarcimento; 2) insubsistência dos requisitos para constrições patrimoniais; 3) inaplicabilidade de sanções com base nas provas derivadas, direta ou indiretamente, dos acordos; 4) suspensão da inidoneidade; 5) limitações subjetivas no uso válido das provas; e 6) proteção contra retaliações.

Por fim, deixou registrado que *“é extremamente importante destacar que há uma limitação intrínseca e subjetiva de validade do uso da prova que decorre de acordos de leniências. As provas produzidas nas leniências não podem ser validamente utilizadas contra as próprias empresas colaboradoras, para produzir punições para além daquelas pactuadas no acordo, sob pena de se desequilibrar a relação entre colaborador e Estado”*.

MS 35435 MC / DF

Daí a presente impetração preventiva, diante do temor de que, após o recebimento das informações prestadas pelo MPF, o TCU dê continuidade ao processo administrativo e decrete a inidoneidade da impetrante.

Conforme relatado, no caso dos autos, a discussão central diz respeito à possibilidade de o TCU aplicar a penalidade de inidoneidade a empresa que tenha realizado acordo de leniência com o Ministério Público Federal, em decorrência dos mesmos fatos.

Inicialmente, cumpre destacar que a Constituição Federal estabelece que a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União e das entidades da administração direta e indireta será exercida pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União. O texto constitucional assentou ainda o rol de competências conferidas à Corte de Contas, nos seguintes termos:

“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 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

MS 35435 MC / DF

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, não há dúvidas acerca da competência da Corte de Contas para fiscalizar a aplicação do dinheiro público, bem como a quantificação de eventual dano ocasionado ao erário, buscando sua efetiva reparação.

Para alcançar essa finalidade, a Lei 8.443/92 confere ao TCU alguns mecanismos tais como: a possibilidade de decretação de indisponibilidade de bens (art. 44, § 2º), a aplicação de multa (arts. 57 e 58); a decretação de inidoneidade (art. 46), bem como a concessão de eficácia de título executivo às suas decisões que resulte em imputação de débito ou cominação de multa (art. 24).

Por outro lado, não se desconhece a relevância dos acordos de leniência firmados entre os investigados e o Poder Público para a identificação dos demais envolvidos e obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito apurado (art. 16, I e II, da Lei 12.846/2013).

A importância de tal instituto e a necessidade de observar-se o princípio da segurança jurídica e da confiança legítima a fim de incentivar novos colaboradores foi bem delineada pelo próprio TCU, conforme se extrai do seguinte trecho do Acórdão 483/2017:

“O acordo de leniência e a colaboração premiada são como um contrato. Qualquer pacto, contrato ou ajuste envolve cálculo, previsão e racionalidade estratégica. Como em qualquer avença, os agentes estimam riscos, barganham benefícios e assumem obrigações. Como em qualquer acordo, eles confiam na estabilidade das regras pactuadas, no funcionamento adequado das instituições para assegurá-las e esperam, sobretudo, segurança jurídica.

Qualquer elemento que desestabilize desnecessariamente

essa equação será percebido como motivo de insegurança para futuros interessados em negociar. Seus efeitos serão precificados e fatalmente elevarão os custos de transação de novos contratos. Conseqüentemente, nos próximos acordos, se houver, o Estado precisará ofertar benefícios ainda maiores em troca do mesmo grau de informações. Nada disso é desejável.

É por essa razão que, ao possibilitar os acordos de leniência, o ordenamento jurídico pressupõe certa interação entre os órgãos. Essas instituições são braços operacionais de um mesmo Estado, de forma que a divisão de papéis entre elas representa mera organização administrativa decorrente das escolhas feitas na composição do ordenamento jurídico. Mas a redução nos índices de crimes dessa natureza, a cessação de condutas reprováveis, a punição aos infratores e a recomposição dos danos, ao fim e ao cabo, interessam ao Estado e à sociedade como um todo”.

Acrescentem-se a isso as alegações do MPF, constantes do ofício encaminhado ao TCU, no sentido de que a suspensão da penalidade de inidoneidade responde a um imperativo inerente a qualquer acordo de leniência, necessária a subsidiar seu cumprimento. A esse propósito, cito:

"a suspensão da aplicação da penalidade de inidoneidade responde a um imperativo inerente a qualquer acordo de leniência: que é a possibilidade de que os seus termos possam ser integralmente cumpridos, até porque ninguém supõe celebrar um acordo para que ele não seja cumprido. A premissa da sua celebração é o adimplemento de suas cláusulas, o que decorre da boa-fé objetiva e do princípio da confiança. Se o acordo de leniência prevê a aplicação de multas e sanções pecuniárias de monta contra a empresa que celebra o pacto, é necessário dar a ela condições de cumprir com tais sanções. Para tanto, é imprescindível que se permita que a empresa continue funcionando e operando em seu mercado usual”.

No caso concreto, o MPF comprometeu-se a não aplicar à impetrante

MS 35435 MC / DF

sanções decorrentes dos fatos ora em questão, conforme se depreende dos seguintes trechos do acordo de leniência firmado entre eles:

“Cláusula 8ª. O Ministério Público Federal - MPF, considerando a gravidade e a repercussão social dos fatos apurados e a eficácia d colaboração acordada, compromete-se:

(...)

Parágrafo 4º. Por força do que é declarado no presente termo, o Ministério Público Federal, no âmbito de suas atribuições, considera suficientemente satisfeitas as repercussões cíveis desses ilícitos penais praticados em benefício de Andrade Gutierrez Investimentos em Engenharia S/4, e demais empresas do grupo econômico integrado pela COLABORADORA, incluindo aqui a Andrade Gutierrez S.A e a Andrade Gutierrez Engenharia S.A. (atual denominação da Construtora Andrade Gutierrez S.A.), bem como em relação prepostos, exclusivamente aos fatos revelados neste acordo.

Parágrafo 5º. O Ministério Público Federal compromete-se a postular apenas o reconhecimento declaratório dos atos de improbidade administrativa, sem aplicação de sanções, aos fatos objeto das Ações Cíveis Públicas de Improbidade proposta em relação ANDRADE GUTIBRREZ ENGBNHARIA S.A. (atual denominação da CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A) e seus executivos ou ex-executivos, em todas as ações de improbidade de atribuição de signatários deste acordo”.

Feitas essas considerações e sem prejuízo de melhor análise por ocasião do julgamento de mérito, parece que, diante de sua estrutura constitucional, não seria vedado ao TCU realizar a fiscalização da aplicação de dinheiro público em hipóteses já albergadas pelos acordos de leniência. Todavia, sua atuação deve limitar-se ao escopo de buscar integralmente a reparação do dano causado, sem inviabilizar o cumprimento dos citados acordos.

Ademais, a própria Lei Anticorrupção estabelece, em seu art. 16, § 3º, que a celebração do *“acordo de leniência não exige a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado”*.

MS 35435 MC / DF

Nesses termos, resta acertado concluir que, se os acordos de leniência não contemplarem em sua totalidade a reparação do dano causado ao erário, é possível ao TCU julgar as contas daqueles que deram causa “*a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público*”, ainda que levando em consideração fatos já aventados no âmbito dos acordos de leniência.

Entretanto, tendo o TCU outros mecanismos aptos a atingir tais finalidades, não é razoável que aplique penalidade que inviabilize o cumprimento dos acordos firmados por outros entes.

Como já demonstrado, no caso dos autos, a sujeição da impetrante à sanção de inidoneidade poderia inviabilizar suas atividades, inclusive o cumprimento do acordo, de sorte que essa penalidade não dever ser aplicada, ressalvada a ocorrência de fatos novos, que ensejariam a própria rescisão do acordo de leniência.

Dessa forma, entendo devidamente preenchido o requisito do *fumus boni iuris*.

Por sua vez, a iminência da decretação da inidoneidade pela Corte de Contas é suficiente a demonstrar também a presença do *periculum in mora*.

Por fim, entendo que o pedido de suspensão do processo não é cabível, haja vista a possibilidade de aplicação de outras sanções para a efetiva reparação do dano causado.

Ante o exposto, defiro parcialmente a liminar para impedir a decretação de inidoneidade da impetrante pelo Tribunal de Contas no âmbito do TC 016.991/2015-0, ressalvado eventual descumprimento do acordo de leniência ou o surgimento de novos fatos.

Abra-se vista à Procuradoria-Geral da República.

Comunique-se com urgência.

Publique-se.

Brasília, 13 de abril de 2018.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente.