

VOTO

Cuida-se de agravo interposto pela empresa DMJ Serviços de Diagnósticos e Comércio de Equipamentos para Escritório Ltda. (peça 28), com fundamento no art. 289 do Regimento Interno desta Corte de Contas, contra o Acórdão 1.470/2017-Plenário, apostilado pelo Acórdão 1.681/2017-Plenário, por meio do qual foi decretada, com fundamento no art. 274 do RITCU, pelo prazo de um ano, a indisponibilidade de bens de diversos responsáveis em virtude de robustos indícios de danos ao erário e fraude à licitação.

II

2. Passando à admissibilidade deste agravo, cabe ressaltar que não há previsão regimental para o conhecimento de agravo contra medida cautelar de indisponibilidade de bens adotada com fundamento no art. 274 do RITCU.

3. É o que se deduz da dicção do art. 289 do RITCU, segundo o qual caberá agravo “*de despacho decisório do Presidente do Tribunal, de presidente de câmara ou do relator, desfavorável à parte, e da medida cautelar adotada com fundamento no art. 276*”.

4. Com efeito, a medida cautelar a que se refere o art. 289 do RITCU é aquela adotada com fundamento no art. 276, a qual não se confunde com a cautelar de indisponibilidade de bens adotada com fulcro no art. 274 do mesmo regimento.

5. Na verdade, o art. 276 trata da medida de exceção adotada na hipótese de o Plenário, o relator ou mesmo o presidente desta Corte identificarem urgência, fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, ocasião na qual pode ser determinada, dentre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443/1992.

6. Por sua vez, na decretação de indisponibilidade de bens dos responsáveis fundamentada no art. 274 do RITCU não se questiona um ato administrativo específico. Seu objetivo é resguardar bens considerados suficientes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração, nos termos do § 2º do art. 44 da Lei nº 8.443/1992. Defende-se, nesse caso em concreto, o erário.

7. Muito embora não exista previsão regimental de recurso contra deliberação adotada com fundamento no art. 274 do RITCU, é imperativo que tal recurso seja conhecido, pois, de outra maneira, estar-se-ia atribuindo caráter irrecurável a uma decisão do TCU, em ofensa ao princípio constitucional do duplo grau de jurisdição.

8. Assim, creio ser cabível a analogia da espécie recursal do art. 289 do RITCU com o agravo de instrumento previsto no art. 1.017 do Código de Processo Civil. Observo que, no âmbito do Poder Judiciário, a decretação de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa comporta a interposição de agravo de instrumento pela parte afetada.

9. Desse modo, julgo que ao agravo no âmbito do processo de contas também se aplica à medida cautelar disposta no art. 274 do RITCU.

10. Especificamente quanto ao recebimento do presente agravo, lembro que essa é a linha que tenho adotado sempre que, na condição de relator, me deparo com a questão. Nesse sentido, destaco, como exemplos, o recente Acórdão 27/2018, bem como os Acórdãos 1959/2017 e 3061/2016, todos do Plenário.

11. Devo registrar que, mesmo quando o Tribunal pugnou pelo não conhecimento de agravos interpostos contra deliberações que decretaram a indisponibilidade de bens, sempre consignei verbalmente meu entendimento, no sentido de que poderia estar ocorrendo ofensa ao princípio constitucional do duplo grau de jurisdição

12. Desse modo, julgando cabível a interposição de agravo contra deliberação que decreta a indisponibilidade de bens com fundamento no art. 274 do RITCU, bem como sopesando que o RITCU é silente em relação ao tema, julgo oportuno submeter a questão à Comissão de Regimento desta Corte de Contas, para que, no âmbito de suas competências, estude a alteração do Regimento Interno deste Tribunal de forma a contemplar, de modo expresso, a interposição de agravo contra medidas cautelares similares aquela ora questionada.

III

13. No mérito, observo que a empresa DMJ Serviços de Diagnósticos e Comércio de Equipamentos para Escritório Ltda. argui sua ilegitimidade passiva ao registrar que (a) não possuía ciência de que os pagamentos eram realizados com recursos do Fundef; (b) teria participado de regular certame licitatório; e (c) teria cumprido integralmente os contratos firmados com a Administração Pública;

14. Especificamente quanto à decretação de indisponibilidade de bens da empresa por um ano, pondera que tal medida cautelar deve ser revista em virtude de o procedimento licitatório ter sido respeitado, existindo comprovantes de todos os materiais fornecidos às Secretarias Municipais e à Prefeitura.

15. Além disso, ressalta que os valores bloqueados seriam necessários para manter o funcionamento da empresa, o pagamento a fornecedores e de contas básicas, tais como luz e telefone. Destaca, apresentando jurisprudência nesse sentido, que a autorização para a movimentação de valores é importante para que a empresa honre compromissos previamente assumidos.

16. Ao compulsar os argumentos recursais apresentados pela empresa DMJ Serviços de Diagnósticos e Comércio de Equipamentos para Escritório Ltda., observo que, na sua maior parte, buscam enfrentar o mérito do processo.

17. Contudo, pondero que a medida cautelar constritiva de bens possui natureza instrumental, ou seja, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da reversibilidade do provimento que a deferiu. Não está ela também adstrita ao julgamento do mérito da demanda principal, mas a requisitos próprios, a fim de assegurar a instrumentalidade ou resultado útil do processo, no caso, a garantia de indenização dos prejuízos eventualmente causados pelo agravante.

18. Assim, ao avaliar agravos da espécie, deve o Tribunal verificar se remanescem, mesmo diante das razões recursais apresentadas pela recorrente, o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**, necessários para a decretação da indisponibilidade de bens.

19. Quanto ao primeiro requisito, assentou-se o entendimento de que o Tribunal deve verificar se realmente houve dano ao erário e apurar a exata extensão da responsabilidade de diversas empresas que, no curso espaço de 5 (cinco) dias, promoveram diversas operações atípicas com o município de Prata do Piauí.

20. No caso em concreto, constatou-se que faltando 18 (dezoito) dias para o final do mandato do então prefeito, o ente municipal recebeu a quantia de R\$ 2.849.823,75 em virtude de deliberação ocorrida em processo judicial. No dia seguinte, grande parte desses recursos foi transferida para contas correntes e, na sequência, utilizada para o pagamento de fornecedores do ente municipal. A celeridade

dos procedimentos, os diversos indicativos de que houve montagem de procedimentos e a constatação da Controladoria Geral da União de que os objetos supostamente contratados não foram adequadamente comprovados fomentam a cognição de que, no caso em concreto, há fumaça do bom direito.

21. Quanto ao perigo da demora, entendeu-se que ele seria presumido em razão da gravidade dos fatos e da importância de se preservar o bem público, sendo desnecessária a existência de indícios concretos de dilapidação do patrimônio por parte dos responsáveis ou de qualquer outra ação tendente a inviabilizar o ressarcimento ao erário.

22. Naquela assentada, de modo expresso, fiz o seguinte registro, **in verbis**:

28. Quanto ao perigo da demora, trago à baila as seguintes considerações constante do voto por mim proferido quando da decretação da indisponibilidade de bens dos responsáveis pela aquisição da refinaria de Pasadena (Acórdão 224/2015-Plenário), no sentido de que a gravidade dos fatos e os valores envolvidos podem representar riscos significativos de desfazimento de bens:

*'Ou seja, na seara de direito público [em razão do disposto na lei de improbidade administrativa], entendeu-se que o **periculum in mora seria presumido em razão da gravidade dos fatos e da importância de se preservar o bem público**. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça indica, pois, que a decretação de indisponibilidade de bens pode ocorrer mesmo sem a existência de atos concretos indicativos da dilapidação do patrimônio por parte dos responsáveis. Cito, ainda, como exemplo a seguinte decisão:*

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI N. 8.429/1992, QUANTO AO PERICULUM IN MORA PRESUMIDO.

1. O fundamento utilizado pelo acórdão recorrido diverge da orientação que se pacificou no âmbito desta Corte, inclusive em recurso repetitivo (REsp 1.366.721/BA, Primeira Seção, j. 26/2/2014), no sentido de que a decretação de indisponibilidade de bens em improbidade administrativa caracteriza tutela de evidência.

2. Daí a desnecessidade de comprovar a dilapidação do patrimônio para a configuração de periculum in mora, o qual estaria implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92, bastando a demonstração do fumus boni iuris, consistente em indícios de atos ímprobos.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1314088/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 27/06/2014) (grifei)

11. No âmbito do TCU, a matéria é regulada pelo art. 44 da Lei 8.443/1992, o qual estabelece que:

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.

...

§ 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". (grifei)

...

14. Nessa linha, a jurisprudência desta Corte de Contas se posiciona no sentido de que a decretação de indisponibilidade de bens dos responsáveis não necessita ser precedida de

indícios concretos de dilapidação do patrimônio por parte dos responsáveis ou de qualquer outra ação tendente a inviabilizar o ressarcimento ao erário. Trata-se de procedimento consentâneo com aquele da Lei de Improbidade Administrativa e justificado por ambas se tratarem de questões de direito público.

15. *Entretanto, essa mesma jurisprudência do TCU é firme no sentido de que a utilização do instituto de natureza cautelar é excepcional e somente deve ocorrer em casos específicos, no bojo dos quais estejam presentes não só indícios de prejuízos de significativa monta, mas, principalmente, quando está evidenciada uma conduta por parte dos responsáveis especialmente reprovável que apresente riscos significativos de desfazimento de bens de forma a prejudicar o ressarcimento aos cofres públicos.” (grifou-se)*

23. Além disso, convém ressaltar que a recorrente não trouxe aos autos nenhum argumento apto a afastar a presença de tais requisitos, ou mesmo evidenciar que a medida, na forma que foi operacionalizada, é danosa às operações comerciais da empresa DMJ Serviços de Diagnósticos e Comércio de Equipamentos para Escritório Ltda.

24. Nesse ponto, cabe memorar que no voto condutor da deliberação atacada fui claro ao registrar, em relação aos procedimentos de operacionalização da decisão de indisponibilidade de bens, que a medida constritiva não deveria abranger os valores referentes aos saldos em contas correntes necessários ao sustento das pessoas físicas e à continuidade das operações das pessoas jurídicas, caso estas efetivamente existam e operem.

25. Assim, os argumentos ora apresentados pela recorrente não merecem prosperar, pois, naquilo que se referem à decretação da indisponibilidade dos bens da citada azienda, desconsideram que o Tribunal permitiu, de modo expreso, a movimentação de valores necessários à manutenção das atividades da pessoa jurídica.

26. Dito isso, deve o presente recurso, no mérito, ser improvido.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 7 de fevereiro de 2018.

BENJAMIN ZYMLER

Relator