

24/03/2015

SEGUNDA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 33.092 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
IMPTE.(S) : **JOSÉ SÉRGIO GABRIELLI DE AZEVEDO E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **POLYANNA FERREIRA SILVA**
ADV.(A/S) : **CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO**
IMPDO.(A/S) : **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por JOSÉ SÉRGIO GABRIELLI E OUTROS, em face do Acórdão 1.927/2014, proferido em Sessão do Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU), nos autos do TC 005.406/2013-7, que decretou a indisponibilidade dos bens dos impetrantes (itens 9.9, 9.10 e 9.11 do dispositivo da referida decisão).

Segundo consta na petição inicial, o ato impugnado consiste na decisão de acolhimento de representação formulada pelo Ministério Público junto ao TCU, em que se requereu a apuração de dano ao erário, de gestão temerária e de ato antieconômico decorrentes da aquisição da refinaria americana *Pasadena Refining System Inc.* (PRSI) pela *Petrobras America Inc.* (PAI), subsidiária integral da *Petróleo S.A.* (Petrobras).

Os impetrantes alegam, em síntese, que o Tribunal de Contas da União teria determinado a indisponibilidade de seus bens sem observância do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, uma vez que jamais teriam sido citados ou intimados para se defenderem ou prestarem qualquer esclarecimento. Nesse sentido, apontam violação do art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição.

Também, afirmam que o TCU não teria observado os requisitos legais que autorizam a decretação da indisponibilidade de bens, previstos no art. 44, § 2º, da Lei 8.443/92, tendo em vista a ausência de

MS 33092 / DF

individualização “da medida restritiva de direito à propriedade em relação a cada um dos envolvidos”, e que a Corte de Contas “sequer apreciou a presença ou não dos requisitos legais indispensáveis para a aplicação da medida”. Dessa forma, haveria nulidade da decisão, em razão de fundamentação defeituosa, incompleta e genérica. Requereram a concessão de medida liminar.

Notificado pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, em caráter de urgência, o TCU prestou informações, pugnando pelo indeferimento da medida liminar e pela denegação da segurança.

Por meio da Petição 32.768, de 30.7.2014, os impetrantes informaram a ocorrência de publicação do acórdão impugnado e reiteraram o pedido de concessão de medida liminar.

Por meio das petições 32.807, 33.124, 33.130 e 33.140, Maria das Graças Silva Foster, Jorge Luiz Zelada, José Orlando Melo de Azevedo e Alberto da Fonseca Guimarães requereram ingresso no feito, na condição de litisconsortes ativos, ao argumento de que poderão sofrer efeitos do ato impugnado, apontando documentos emitidos por órgãos do TCU que propõem a inclusão de seus nomes como responsáveis pelos eventos a serem apurados no ato impugnado.

Em 13 de agosto de 2014, indeferi o pedido de liminar por não vislumbrar presentes os requisitos autorizadores. Contra essa decisão, os impetrantes interpuseram agravo regimental, reiterando argumentos da inicial.

Por meio da Petição 36.791, o Presidente do Tribunal de Contas da União informou que a Petrobras opôs embargos de declaração, estando o processo no Gabinete do Relator para análise.

A douta Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem, entendendo preenchidos os requisitos do art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992.

Nos termos das petições 59.506 e 59.843, Ildo Luis Sauer e Gustavo Tardin Barbosa pediram a desistência do presente *mandamus*, bem como do agravo regimental interposto.

Os impetrantes, por meio da Petição 60.146, contestaram os termos

MS 33092 / DF

do parecer do Ministério Público e solicitaram a reconsideração da decisão que indeferiu o pedido liminar, reiterando argumentos em favor da concessão da segurança.

Em 23 de fevereiro de 2015, indeferi os pedidos de ingresso na lide formulados nas petições 32.807, 33.124, 33.130 e 33.140 e homologuei os pedidos de desistência constantes das petições 59.506 e 59.843.

É o relatório.

24/03/2015

SEGUNDA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 33.092 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Em síntese, colhe-se dos autos que o Plenário do Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 1927/2004, conheceu de representação oferecida pelo Ministério Público junto ao TCU (subitem 9.1), relativa à apuração de possíveis irregularidades na condução do processo de aquisição da refinaria *Pasadena Refining System Inc.* (PRSI) pela *Petrobras America Inc.* (PAI), subsidiária da Petróleo Brasileiro S.A., perante o grupo belga *Astra Transcor*.

A referida decisão também determinou a conversão da representação em processo de tomada de contas especial (subitem 9.2); a citação dos apontados pelas irregularidades e prejuízos causados, para apresentar defesa ou efetuar recolhimento dos valores devidos (subitens 9.3, 9.4, 9.5 e 9.6); e a realização de audiência dos responsáveis por irregularidades passíveis de aplicação de multa, para apresentarem razões de justificativa (subitens 9.7 a 9.7.4).

A Corte de Contas ainda decretou, cautelarmente, a indisponibilidade de bens dos impetrantes e de outro responsável, pelo prazo de um ano, com fundamento no art. 44, § 2º, “d”, da Lei 8.443/92, e nos artigos 273 e 274 do Regimento Interno do TCU (subitens 9.9, 9.10 e 9.11). Eis a ementa do referido julgado:

“SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO APRESENTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO/TCU ACERCA DE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES NA CONDUÇÃO DO PROCESSO DE AQUISIÇÃO DA REFINARIA PASADENA REFINING SYSTEM INC. (PRSI) PELA PETROBRAS AMERICA INC. (PAI), SUBSIDIÁRIA DA PETRÓLEO BRASILEIRO S.A., PERANTE O GRUPO BELGA ASTRA TRANSCOR. QUESTIONAMENTOS ACERCA DA RAZOABILIDADE DOS

MS 33092 / DF

VALORES ACORDADOS PARA ESSA AQUISIÇÃO E TAMBÉM DOS EFETIVAMENTE PAGOS PELA REFINARIA, ALÉM DE DIVERSOS OUTROS ASPECTOS DESSA OPERAÇÃO. REALIZAÇÃO DE INSPEÇÃO NA PETROBRAS, COM O INTUITO DE APURAR A SUBSISTÊNCIA DAS SUPOSTAS IRREGULARIDADES E IDENTIFICAÇÃO DOS AGENTES QUE AS TERIAM CAUSADO. EXAME DA DOCUMENTAÇÃO OBTIDA POR MEIO DESSA FISCALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES RELEVANTES PARA A COMPREENSÃO DE ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA OPERAÇÃO. PROMOÇÃO DE OITIVA DA PETROBRAS. APRESENTAÇÃO DE NOVOS ELEMENTOS. IDENTIFICAÇÃO DE INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE, ENTRE OS QUAIS SE DESTACAM: A) DANO AO ERÁRIO RESULTANTE DA CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS QUE BALIZARAM A AQUISIÇÃO DA PRIMEIRA PARTE DA REFINARIA E DE OUTROS ATOS PRATICADOS ATÉ A TRANSFERÊNCIA DA PARTICIPAÇÃO REMANESCENTE NA REFINARIA À PAI. B) CELEBRAÇÃO DE CONTRATO CONTENDO CLÁUSULAS PREJUDICIAIS AOS INTERESSES DA PAI E DA PETROBRAS: OPÇÃO DE VENDA (*PUT OPTION*) CONFERIDA À ASTRA, GARANTIA DE RENTABILIDADE MÍNIMA À ASTRA, LIMITAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE PETROBRAS DECIDIR SOBRE OS INVESTIMENTOS DE SEU INTERESSE. C) ASSINATURA DE CARTA DE INTENÇÕES (*LETTER OF INTENT*) PARA AQUISIÇÃO DOS 50% RESTANTES DA REFINARIA POR VALOR SUPERIOR ÀQUELE QUE DECORRERIA DA APLICAÇÃO DOS MECANISMOS DE DEFINIÇÃO DO PREÇO DE TRANSFERÊNCIA DAS AÇÕES CONSTANTES DO ACORDO DE ACIONISTAS. D) DISPENSA CONCEDIDA À ASTRA DE PAGAMENTO À PETROBRAS DE PARCELA ASSEGURADA POR CONTRATO. E) DESCUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL POR PARTE DA PETROBRAS. CONHECIMENTO DA PRESENTE REPRESENTAÇÃO. CONVERSÃO DESTE PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO EM

MS 33092 / DF

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CITAÇÃO E AUDIÊNCIA DE DIVERSOS AGENTES DA PETROBRAS E DA PAI”.

É especificamente contra a decretação de indisponibilidade de seus bens que os impetrantes se insurgem, apontando violação do contraditório, da ampla defesa e do direito de propriedade, assim como nulidade da decisão impugnada, por inexistência de fundamentação, ausência de individualização das condutas supostamente irregulares dos impetrantes e por falta de demonstração dos requisitos legais autorizadores da medida constritiva.

Preliminarmente, registro que, em consulta ao sítio do TCU, verifiquei que, ao julgar os embargos de declaração opostos pela Petrobras contra o Acórdão nº 1.927/2014, embora tenha promovido pequenas retificações por erros materiais, a Corte de Contas manteve inalterado o acórdão em sua essência, excluindo apenas a decretação cautelar da indisponibilidade dos bens dos agentes arrolados como responsáveis no subitem 9.6, vencido o Relator.

Em razão disso, entendo que há perda do objeto do presente *mandamus* em relação ao impetrante Carlos César Borromeu de Andrade.

Quanto ao mérito, não há que se falar em ilegalidade ou abuso de poder em relação à atuação do TCU que, ao determinar a indisponibilidade dos bens, agiu em consonância com suas atribuições constitucionais, com disposições legais e com a jurisprudência desta Corte.

Em primeiro lugar, verifico que o ato impugnado – inclusive no que tange à ordem cautelar de indisponibilidade de bens – está inserido no campo das atribuições constitucionais de controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União (art. 71, CF/88), pois são investigadas possíveis irregularidades, apontadas pelo Ministério Público junto ao TCU, quanto à operação de compra da refinaria mencionada.

Nesse ponto, vale destacar que a jurisprudência desta Corte reconhece assistir ao Tribunal de Contas um poder geral de cautela, que se consubstancia em prerrogativa institucional decorrente das próprias

MS 33092 / DF

atribuições que a Constituição expressamente outorgou à Corte de Contas para seu adequado funcionamento e alcance de suas finalidades. É o que restou consignado por esta Corte, por exemplo, no julgamento do MS 24.510/DF, Plenário, rel. min. ELLEN GRACIE, DJ, 19.03.2004.

Nesse julgado, o ministro Celso de Mello acentuou, com propriedade, a importância da legitimidade constitucional dada ao TCU para adotar medidas cautelares destinadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, de modo a permitir que possam ser neutralizadas situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário. Vale ressaltar o seguinte excerto do voto, no que aqui interessa:

“(...) 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.

(...)

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.

MS 33092 / DF

(...)

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”.

Esse entendimento tem sido reafirmado por este Tribunal em reiteradas decisões que envolvem, em maior ou menor medida, a discussão cautelar e meritória da abrangência do poder geral de cautela do TCU, a saber: MS 23.983, rel. min. Eros Grau, DJ 30.08.2004; MS 26.263 MC/DF, proferida pela ministra Ellen Gracie no exercício da Presidência (RISTF, art. 13, VIII), DJ 02.02.2007; MS 25481 AgR/DF, rel. min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 25.10.2011).

Também, colhe-se da jurisprudência do STF entendimento de que é possível, ainda que de forma excepcional, a concessão, sem audiência da parte contrária, de medidas cautelares, por deliberação fundamentada do Tribunal de Contas, sempre que necessárias à neutralização imediata de situações de lesividade ao interesse público ou à garantia da utilidade

MS 33092 / DF

prática de suas deliberações finais. E que tal situação não viola, por si só, o devido processo legal. É o que asseverou o ministro Celso de Mello, por exemplo, ao indeferir medida liminar no MS 26.547/DF, (DJ 29.05.2007), a saber:

“Vale referir, ainda, que se revela processualmente lícito, ao Tribunal de Contas, conceder provimentos cautelares “inaudita altera parte”, sem que incida, com essa conduta, em desrespeito à garantia constitucional do contraditório.

É que esse procedimento mostra-se consentâneo com a própria natureza da tutela cautelar, cujo deferimento, pelo Tribunal de Contas, sem a audiência da parte contrária, muitas vezes se justifica em situação de urgência ou de possível frustração da deliberação final dessa mesma Corte de Contas, com risco de grave comprometimento para o interesse público.

Não se pode ignorar que os provimentos de natureza cautelar - em especial aqueles qualificados pela nota de urgência - acham-se instrumentalmente vocacionados a conferir efetividade ao julgamento final resultante do processo principal, assegurando-se, desse modo, não obstante em caráter provisório, plena eficácia e utilidade à tutela estatal a ser prestada pelo próprio Tribunal de Contas da União”.

Em sentido semelhante, inclusive em caso que também discutia a alegação de violação da ampla defesa e do contraditório em face de decretação de indisponibilidade de bens pelo TCU sem prévia oitiva da parte contrária, o ministro Joaquim Barbosa indeferiu medida liminar (MS 30593 MC/DF, DJe 13.06.2011), com base na jurisprudência aqui mencionada, asseverando o seguinte:

“A alegação de que este direito deveria ter sido exercido antes da decretação de indisponibilidade de bens por ordem do relator do processo no TCU esbarra na possibilidade,

MS 33092 / DF

reconhecida àquele órgão de controle pela jurisprudência desta Corte, de se valer de medidas cautelares sem oitiva da parte contrária, quando assim for necessário para evitar dano ao erário. (...)

No caso concreto, a manutenção da indisponibilidade dos bens até o presente momento parece se justificar pelo risco de que o patrimônio da impetrante – bens que tem origem, também, nos contratos mantidos com o poder público – possa vir a se [sic] alienado antes que seja apurada a efetiva ocorrência de danos ao erário decorrentes de vícios na contratação com o DNIT e, por extensão, antes de serem executadas as obrigações decorrentes da responsabilidade apurada pela eventual existência desses danos.” (Grifei).

No ponto, a douta Procuradoria-Geral da República assim se manifestou:

“A validade da decretação da medida antes de ouvidos os titulares dos bens parece endossada, de igual modo, pelo sistema constitucional. O art. 5º, LXI e LXVI, da CR delegou ao legislador o estabelecimento das hipóteses de liberdade provisória, após a prisão em flagrante, de modo que o juiz pode decretar, de imediato, a prisão preventiva do autor aparente de crime. Assim, o processo penal admite a mais drástica de todas as providências – a prisão -, antes mesmo de formulada a denúncia e antes da intimação do interessado. O art. 10 do CPP e o art. 66 da Lei 5.010/1966 admitem textualmente que se mantenha alguém preso sem que contra si haja acusação formulada. Na mais recente novela processual penal, o art. 282, § 3º, do CPP passou a ser expresso acerca da decretação da custódia preventiva, antes de ouvido ou investigado ou réu. Segue-se daí, com maior razão, que as medidas cíveis discutidas podem ser tomadas, antes de citado o réu para contestar os termos certos da ação de improbidade. Portanto, se o processo

MS 33092 / DF

penal tem algo a ensinar ao processo de improbidade em tema de tutela cautelar, isso é a plena licitude da adoção de medidas necessárias à garantia da utilidade da sentença, antes mesmo de ouvidos os réus”.

Corroborando a legitimidade do ato impugnado o fato de que – como bem esclareceu a autoridade coatora – o TCU dispõe de autorização legal expressa (art. 44, § 2º, da Lei 8.443/92) para decretação cautelar de indisponibilidade de bens, o que também encontra previsão em seu regimento interno (arts. 273, 274) – inclusive sem oitiva da parte contrária quando necessário (art. 276, RITCU) –, como forma de prover o órgão de instrumentos garantidores da própria utilidade de suas deliberações finais:

“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. (Lei 8443/92)

Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28,

MS 33092 / DF

inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre 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, de 1992". (RITCU).

Tais elementos afastam a violação da ampla defesa e do contraditório pelo simples fato de a medida cautelar ter sido proferida sem prévia oitiva dos impetrantes. Até porque, conforme informado pela autoridade coatora, a própria decisão já determina a citação imediata dos impetrantes para exercício do direito de defesa e não se cuida, ainda, de decisão de mérito, mas tão somente de procedimento administrativo cautelar.

Também, não entendo pertinentes as alegações de inobservância dos requisitos legais para decretação da indisponibilidade de bens e de ausência de fundamentação. A esse respeito, a autoridade coatora assim se manifestou:

“24. Da simples leitura do Acórdão impugnado, verifica-se que é improcedente essa alegação.

25. Com efeito, o Relatório e o Voto do Relator que integram a referida decisão do TCU somam mais de 300 laudas e neles constam os fundamentos de fato e de direito apresentados pela Unidade Técnica e acolhidos pelo Relator que levaram o colegiado pleno a determinar a indisponibilidade dos bens dos ora impetrantes, dentre outras providências.

26. Em outras palavras, no Relatório e no Voto do Relator estão demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* que fundamentam a decisão cautelar adotada pela Corte de Contas.

27. Em uma grande e apertada síntese (uma vez que seria

MS 33092 / DF

não produtivo ou eficaz reproduzir aqui todo o conteúdo dos mencionados Relatório e Voto), pode-se afirmar que o *fumus boni iuris* caracteriza-se pela existência de indícios de graves irregularidades na condução do processo de aquisição da refinaria Pasadena Refining System Inc. (PRSI) pela Petrobras America Inc. (PAI), subsidiária da Petróleo Brasileiro S.A., perante o grupo belga Astra Transcor, as quais culminaram em elevadíssimo prejuízo aos cofres daquela empresa, sendo responsáveis por tais irregularidades os ora impetrantes e outro responsável (o ex-Diretor de Abastecimento da Petrobras, Paulo Roberto Costa), todos dirigentes ou ex-dirigentes daquela empresa estatal de economia mista.

28. As principais supostas irregularidades constam da ementa do referido Acórdão nos seguintes termos, *in verbis*:

IDENTIFICAÇÃO DE INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE, ENTRE OS QUAIS SE DESTACAM:

A) DANO AO ERÁRIO RESULTANTE DA CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS QUE BALIZARAM A AQUISIÇÃO DA PRIMEIRA PARTE DA REFINARIA E DE OUTROS ATOS PRATICADOS ATÉ A TRANSFERÊNCIA DA PARTICIPAÇÃO REMANESCENTE NA REFINARIA À PAI.

B) CELEBRAÇÃO DE CONTRATO CONTENDO CLÁUSULAS PREJUDICIAIS AOS INTERESSES DA PAI E DA PETROBRAS: OPÇÃO DE VENDA (PUT OPTION) CONFERIDA À ASTRA, GARANTIA DE RENTABILIDADE MÍNIMA À ASTRA. LIMITAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE PETROBRAS DECIDIR SOBRE OS INVESTIMENTOS DE SEU INTERESSE.

C) ASSINATURA DE CARTA DE INTENÇÕES (LETTER OF INTENT) PARA AQUISIÇÃO DOS 50% RESTANTES DA REFINARIA POR VALOR SUPERIOR ÀQUELE QUE DECORRERIA DA APLICAÇÃO DOS MECANISMOS DE DEFINIÇÃO DO PREÇO DE TRANSFERÊNCIA DAS AÇÕES CONSTANTES DO

MS 33092 / DF

ACORDO DE ACIONISTAS.

D) DISPENSA CONCEDIDA À ASTRA DE PAGAMENTO À PETROBRAS DE PARCELA ASSEGURADA POR CONTRATO.

E) DESCUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL POR PARTE DA PETROBRAS.

29. Didaticamente, o Relator dividiu o seu Voto nas seguintes seções, nas quais estão descritas, resumidamente, as operações envolvendo a compra da mencionada refinaria; as supostas irregularidades constatadas; os prejuízos resultantes dos contratos firmados pela Petrobras; e as responsabilidades dos agentes responsáveis pelos mencionados contratos, dentre outras considerações.

III. Mérito

III.I – Histórico – Eventos relevantes

III.II – Metodologia de cálculo do prejuízo incorrido pela Petrobras

III.III – Síntese das avaliações da Refinaria efetuadas por consultora e pela Petrobras

III.IV – Análise do EVTE da Petrobras

III.V – Avaliação da Muse & Stancil – Valor de mercado da refinaria

III.VI – Arranjos contratuais – Desequilíbrio

III. VII – Prejuízo resultante dos contratos

III.VIII – Responsabilidade de agentes pelos danos decorrentes dos arranjos contratuais

III.IX – Carta de Intenções

III.X – Dispensa do pagamento de passivos trabalhista e tributário concedida à Astra

III.XI – Descumprimento da sentença arbitral

III.XII – Conversão de processo de fiscalização em tomada de contas especial

III.XIII – Indisponibilidade de bens

III.XIV – Relação de agentes que tiveram acesso aos

MS 33092 / DF

autos

30. A individualização das responsabilidades dos ora impetrantes, ao contrário do alegado, consta detalhadamente do Relatório que integra o acórdão impugnado e, resumidamente, dos itens 9.3, 9.4, 9.5, 9.6, 9.7 e respectivos subitens da própria deliberação transcrita nesse parecer, os quais determinaram a citação e audiência daqueles dirigentes e ex-dirigentes da Petrobras.”

Como mencionado pela Autoridade coatora, os fatos sob investigação parecem estar bem delimitados e detalhados no relatório e também no voto do ministro José Jorge, relator do caso no TCU.

Em primeiro lugar, verifica-se que o relatório da decisão atacada é integrado por uma diversidade de elementos e análises decorrentes de aprofundados relatórios de fiscalização elaborados pela equipe de auditoria do TCU, em razão de inspeção realizada na Petrobras.

Entendo que o referido relatório traz um histórico minucioso dos fatos mais relevantes, ampla descrição da operação de aquisição da refinaria, a enumeração das ocorrências que caracterizam indícios de irregularidades, a mensuração dos prejuízos e danos causados, a imputação de responsabilidades por atos comissivos e omissivos e propostas de encaminhamento, de forma individualizada por evento e por aqueles envolvidos em cada um.

É possível verificar nesse relatório que os achados de auditoria aparentam ter uma avaliação que contempla diversos critérios, tais como: descrição do achado; análise da situação encontrada; critérios utilizados para análise; evidências apuradas; indicação dos responsáveis pelo evento, seus nomes e identificação; descrição da conduta; informações sobre o nexos de causalidade; indicação de culpabilidade; e proposta de encaminhamento para providências.

Além disso, o voto da decisão impugnada também aponta ocorrências existentes e indícios de irregularidades sempre em referência

MS 33092 / DF

às informações contidas no relatório (que tem quase trezentas páginas), tendo demonstrado que condutas comissivas ou omissivas são indicadas irregulares e que prejuízos daí decorreriam.

Ademais, os itens 9.3 a 9.7 do dispositivo da decisão atacada, ao retomarem a fundamentação do voto, sintetizam as ocorrências existentes, os prejuízos causados e o nexo de causalidade que justificariam a responsabilização deste ou daquele agente da Petrobras.

Esses elementos não permitem evidenciar a plausibilidade da alegação de ausência de individualização de condutas comissivas ou omissivas que ensejam possível responsabilização.

Aliás, o que se constata é que, dada a gravidade e a complexidade dos elementos colhidos no processo em exame, o TCU parece ter procedido com a diligência e a cautela que este caso exige.

Além disso, deve-se ressaltar que, de fato, estão presentes os requisitos legais para decretação cautelar da medida de indisponibilidade de bens.

O ato impugnado acentuou a robustez dos elementos de convicção colhidos, vislumbrando alta reprovabilidade das condutas identificadas e prejuízo muito elevado. A própria referência – feita no item da decisão atacada que trata da indisponibilidade dos bens – aos elementos de convicção contidos na fundamentação da decisão parece indicar que a medida demonstra coerência com o dever de apuração efetiva de responsabilidade e de promoção de ressarcimento de prejuízos causados, de modo a garantir a utilidade prática da decisão final do TCU e evitar o risco de sua ineficácia total.

Entendo que tal determinação guarda pertinência com os requisitos legais para que seja evitada a ocorrência de danos ao erário ou a inviabilidade de ressarcimento (art. 44, *caput*, da Lei 8.443/92). Essa medida também se coaduna com a exigência legal de promover a indisponibilidade de bens dos responsáveis para garantir o ressarcimento dos danos em apuração (art. 44, § 2º, da Lei 8.443/92).

Ademais, a mera cogitação de que o valor dos bens eventualmente tornados indisponíveis por meio da medida constritiva é muito inferior

MS 33092 / DF

ao valor supostamente devido a título de ressarcimento, como apontam os impetrantes, não tem o condão de justificar a não adoção da medida cautelar pela Corte de Contas.

Nesse sentido, manifestou-se o Ministério Público Federal em parecer:

“O primeiro motivo pelo qual parece ser o caso de se rejeitar o argumento está no art. 23, I, parte final, da CR, que determina a indisponibilidade do patrimônio público. Dispensar medida tendente a sua recomposição é abrir mão dele; ainda que em parte.

Ademais, a aplicação da proporcionalidade não pode ser numérica, sob pena de somente se fazer recair o ressarcimento sobre os ombros dos servidores de menor patrimônio. Apenas os pequenos danos serão proporcionais aos ganhos dos servidores. Assim, a ascensão na escala hierárquica do serviço público em sentido amplo representará a crescente indenidade do agente público à responsabilização, pois suas decisões sempre serão suscetíveis de lesar interesses patrimoniais maiores do Estado. Mas o correto parece ser a escala ascendente de correlação entre a responsabilidade dos agentes públicos e seu grau hierárquico no Estado, a liberdade de decisão da função pública por eles ocupadas e as vantagens lícitas dela decorrentes.

A proporcionalidade de que aqui se cogita não pode ser da espécie financeira, mas do grau de responsabilidade correspondente às vantagens pessoais correspondentes aos cargos e funções exercidas”.

Assim, resta evidenciado o acerto da medida adotada pelo TCU.

Além de todo o exposto, é relevante salientar que se cuida de caso de

MS 33092 / DF

excepcional gravidade. O relatório apresentado pelo TCU indica que o procedimento adotado pela Petrobras (e pela *Petrobras America Inc.*) revela-se causador de prejuízos de algumas centenas de milhões de dólares. Note-se, portanto, que a Corte de Contas não está a examinar um processo pequeno, no qual se alega ligeira irregularidade, mas um caso gravíssimo de danos vultuosos ao erário.

Na espécie, o grupo belga *Astra Transcor* havia adquirido, em janeiro de 2005, a totalidade das ações da PRSI, junto à *Crown Central Petroleum Corporation*, por 42,5 milhões de dólares.

Ainda em 2005, o grupo *Astra Transcor*, por meio de seu representante Alberto Feilhaber, ex-empregado da Petrobras, procurou a empresa brasileira para oferecer parceria na operação da Refinaria de *Pasadena*, que acabara de adquirir.

Em maio de 2005, a Petrobras e a *Astra Transcor* fixaram termo e condições gerais para uma potencial aquisição das ações da Refinaria de *Pasadena* (*Pasadena Refining System, Inc* [PRSI]) pela *Petrobras America Inc*, (PAI).

A Petrobras contratou a consultoria *Muse & Stancil*, sediada no Estado do Texas, especialista em refino de petróleo naquela região, para proceder à avaliação do valor da refinaria de *Pasadena*. Essa empresa especializada encontrou, como valor de mercado da refinaria, no estado em que se encontrava, e tendo por data-base 1º de janeiro de 2006, o montante de 126 milhões de dólares. Indicou, como piso, o valor de 84 milhões de dólares e, como teto, o valor de 186 milhões de dólares.

A Petrobras, não obstante tenha contratado a empresa especializada para a tarefa, houve por bem realizar seu próprio Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica (EVTE) acerca da compra da Refinaria de *Pasadena*. Tal Estudo chegou à conclusão de que o valor estimado da refinaria era de **745 milhões de dólares** e, de maneira surpreendente, a Petrobras adotou esse resultado como base para as ofertas que apresentou à *Astra Transcor*.

Assim, a *Petrobras America Inc.* (PAI) adquiriu 50% das ações da PRSI (empresa detentora dos ativos da refinaria de *Pasadena*) e 50% das ações

MS 33092 / DF

da PRSI *Trading Company*, empresa que ainda seria criada pela Petrobras e pela *Astra Transcor*, e deteria os direitos de comercialização dos produtos.

A compra da participação societária inicial — de 50% — na refinaria de *Pasadena* e na empresa que ainda seria criada e que deteria os direitos de comercialização dos produtos realizou-se com os seguintes valores:

(i) Em maio de 2006, a Petrobras pagou à *Astra Transcor* 30 milhões de dólares, referentes ao adiantamento do preço contratado para os 50% das ações da PRSI, cujo valor integral restou negociado em 189 milhões de dólares;

(ii) Em agosto e setembro de 2006, a Petrobras efetuou o pagamento de 285 milhões 567 mil e 500 dólares, referentes ao restante do valor devido por 50% das ações da refinaria, com os acréscimos de ajustes ao preço previsto contratualmente. Ressalte-se que o valor devido por essas ações era de 189 milhões de dólares, inicialmente;

(iii) Em fevereiro de 2007, efetuou o pagamento da 1ª parcela (25%), devida em razão da aquisição de 50% das ações da PRSI *Trading Company*, empresa que criaria em conjunto com a *Astra Transcor*, conforme referido acima, o que totalizou o montante de 85 milhões 142 mil e 857 dólares;

(iv) Em fevereiro de 2008, a Petrobras efetuou o pagamento da segunda parcela devida em razão da aquisição de 50% das ações mencionadas no parágrafo anterior, novamente no valor de 85 milhões 142 mil e 857 dólares.

O preço total pago pela Petrobras à *Astra Transcor* apenas em razão dessa primeira parte da operação, que significou a aquisição de 50% das ações da PRSI e de 50% das ações da PRSI *Trading Company*, foi de 485 milhões 853 mil e 214 dólares.

Desse montante, o acórdão do TCU subtraiu 54 milhões e 150 mil dólares, haja vista esse valor referir-se a um aporte efetuado na *Trading Company*, o qual, presumidamente, teria sido incorporado ao patrimônio da empresa. **Com isso, o valor dispendido pela Petrobras a título de pagamento dessa primeira parte do negócio à *Astra Transcor* foi de 431 milhões 703 mil e 214 dólares.**

Neste ponto, **deve-se lembrar que a empresa texana,**

MS 33092 / DF

especializada em avaliações de refinarias na região, contratada pela própria Petrobras para tanto, estimou o preço total da refinaria em 126 milhões de dólares e que, apenas pela primeira parte do negócio, a Petrobras já pagara mais de 431 milhões de dólares.

Além disso, foram estabelecidas, além do preço, diversas condições especialíssimas que regulamentariam a sequência da parceria entre a Petrobras e a *Astra Transcor*. Entre elas, indico apenas duas:

(i) a Petrobras deu à *Astra Transcor* a garantia contratual de rentabilidade mínima de 6,9% ao ano, durante 15 anos, para o empreendimento conjunto (refinaria e empresa comercial); e

(ii) incluiu-se no contrato a cláusula de *put option*, que conferia à *Astra Transcor* a prerrogativa de extinguir a parceria unilateralmente, quando bem entendesse, e de exigir que a *Petrobras America Inc.* (PAI) adquirisse suas ações por preços que variavam entre 6% e 20% acima do preço de mercado.

Essas cláusulas foram norteadoras do desfecho da negociação. Na metade final do ano de 2007, alegados problemas na gestão das empresas PRSI e PRSI *Trading Company* conduziram as parceiras a negociarem a aquisição do restante das ações da *Astra Transcor* pela Petrobras.

Em 5.12.2007, *Astra Transcor* e *Petrobras America Inc.* (PAI) celebraram a Carta de Intenções (*Letter of Intent*), por meio da qual ficou estabelecida a futura compra, pela PAI, dos restantes 50% das ações da *Astra* na PRSI e na PRSI *Trading Company*, **pelos respectivos montantes de 700 milhões de dólares e de 87 milhões 665 mil 431 dólares e 95 centavos**. Pela Petrobras, a referida Carta de Intenções foi assinada por Nestor Cuñat Cerveró, na qualidade de Diretor da Área Internacional da empresa.

Sem qualquer estudo prévio, em 15.2.2008, o senhor Samir Passos Awad, Gerente-Executivo da Gerência Internacional Américas, África e Eurásia da Petrobras, recomendou à Diretoria Executiva da Petrobras a aquisição, pela PAI, dos 50% remanescentes da participação acionária da *Astra Transcor* nas duas empresas pelos preços acima referidos, constantes

MS 33092 / DF

da carta de Intenções celebrada.

O acórdão do TCU ressalta que o assunto estava sob a análise do Conselho de Administração da Petrobras nos meses de março e maio de 2008, e a Carta de Intenções já estava assinada desde dezembro 2007.

Ante a real possibilidade de ser realizada a segunda parte da negociação, a *Petrobras America Inc.* (PAI) convocou reunião do *Superboard* da PRSI para aprovar medidas garantidoras da saúde financeira da empresa. A *Astra Transcor* preferiu não comparecer à reunião, o que levou a PAI a exercer seu direito contratual de impor sua decisão (*right to override*).

Ante a ausência da *Astra Transcor*, a Petrobras deu início a processo de arbitragem contra as empresas do grupo *Astra Transcor*, sob a alegação de que teriam descumprido os contratos no que concerne à gestão conjunta das empresas, à implementação do plano de negócios etc. Em 1º.7.2008, em contrapartida ao exercício do direito de impor sua decisão (*right to override*), a *Astra Transcor* fez uso da chamada cláusula de *put option* e exerceu sua opção unilateral de venda de suas ações.

Por essa cláusula contratual (*put option*), a Petrobras estava obrigada a adquirir a participação acionária da *Astra Transcor* nas duas empresas (PRSI e *PRSI Trading Company*), de acordo com fórmulas previamente estabelecidas no Acordo de Acionistas (*Shareholders Agreement*). Em tais bases, a *Astra Transcor* ingressou com ação judicial nos Estados Unidos, na qual pediu a condenação da Petrobras no pagamento de 788 milhões de dólares.

Para se chegar ao final dessas complexas operações, **a sentença arbitral condenou a *Petrobras America Inc.* (PAI) a pagar 639 milhões 166 mil e 260 dólares** ao grupo *Astra Transcor*, em razão do uso da opção de venda, e fixou a data de 27.4.2009 para a quitação do débito.

A *Petrobras America Inc.* (PAI) não efetuou o pagamento, alegando insegurança jurídica. Mesmo assim, o grupo *Astra Transcor* realizou a transferência da totalidade de suas ações à Petrobras e manteve a estratégia de prosseguir com a ação judicial.

Assim, em outubro de 2011, as partes começaram as negociações

MS 33092 / DF

para celebração de acordo extrajudicial que terminasse os litígios. Em 7.5.2012, **tal acordo foi celebrado e totalizou o montante de 820,5 milhões de dólares.** Por esse acordo, as partes liquidaram todas as disputas judiciais presentes e futuras, conhecidas e desconhecidas.

O acordo extrajudicial consignou que a Petrobras deveria pagar ao grupo *Astra Transcor*:

(i) 342 milhões 416 mil 9 dólares e 4 centavos pela compra dos restantes 50% das ações da *Astra Transcor* na PRSI, aí incluídos o principal (cerca de 296 milhões de dólares) e os juros moratórios que correram desde a sentença arbitral (cerca de 47 milhões de dólares); e

(ii) 478 milhões 83 mil 990 dólares e 96 centavos pelo encerramento das demais disputas.

Isso perfazia o total de 820 milhões e 500 mil dólares, por essa segunda etapa da negociação!

Assim, somando-se as duas etapas da negociação, chega-se à conclusão de que a Petrobras pagou ao grupo *Astra Transcor* cerca de **1 bilhão e 245 milhões de dólares, enquanto a consultoria texana havia recomendado a compra da refinaria de Pasadena por apenas 126 milhões de dólares.**

É importante ressaltar que a análise inicialmente empreendida pelo TCU, no que diz respeito à operação de compra e à definição das cláusulas contratuais, aponta que as irregularidades encontradas não merecem ser consideradas apenas como falhas ou inconsistências ordinárias, pois são diversos os procedimentos e as avaliações adotados que se pautaram em pressupostos inconsistentes, contendo premissas não realistas e altamente prejudiciais à Petrobras.

Entre as diversas irregularidades apontadas pela Corte de Contas, chama atenção, ainda, a dispensa do pagamento de passivos trabalhista e tributário pela Petrobras e o descumprimento de sentença arbitral resultante de procedimento inaugurado pela própria Petrobras. Ou seja, a Petrobras deixou de cumprir a sentença arbitral para celebrar acordo

MS 33092 / DF

extrajudicial em valor superior ao fixado na arbitragem.

Essa breve reconstrução dos fatos, analisados com rigor pelo Acórdão do TCU, demonstra que não se está diante de caso corriqueiro, mas de situação excepcional, considerados não apenas os enormes prejuízos ao erário, mas também a sucessão de graves irregularidades encontradas.

Assim, a decretação cautelar da indisponibilidade dos bens dos administradores envolvidos mostra-se cabível e até mesmo recomendável na hipótese em exame, ante o risco de frustração da utilidade do processo administrativo em curso na Corte de Contas.

Portanto, ao analisar as razões da impetração e os fundamentos da decisão impugnada, não vislumbro presentes os requisitos autorizadores da concessão de segurança.

Ante o exposto, voto pela denegação da segurança, ficando prejudicados o agravo regimental interposto contra o indeferimento da liminar e a impetração quanto a Carlos César Borromeu de Andrade.

24/03/2015

SEGUNDA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 33.092 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, também. Não quero deixar de, no entanto, fazer uma consideração quer quanto ao excepcional voto do Ministro Gilmar Mendes, como é normal, mas, neste caso, com tanto detalhamento que permitia não apenas que aquilo que veio nos documentos que nos chegaram, tanto da Procuradoria quanto da defesa, mas que esmiuçassem a demonstrar a inexistência de qualquer ilegalidade, quer quanto ao poder de tutela exercido, neste caso, pelo Tribunal de Contas, quer quanto à fundamentação, quer quanto à peculiar situação que conduziu ao resultado naquele Tribunal.

Também não posso deixar de considerar tanto o trabalho da defesa, que foi realmente brilhante, a despeito de não ter formado convencimento no sentido, mas faz parte, e também do Ministério Público, que emitiu um parecer cuidadosíssimo - normalmente isso ocorre, mas também, neste caso, o Ministro Gilmar acabou também de mencionar -, com muita singularidade e pontuando aquilo que registrava a legalidade do comportamento na esteira da jurisprudência deste Supremo Tribunal.

Também eu, portanto, denego a ordem e julgo prejudicado o agravo nos termos do voto do Relator.

24/03/2015

SEGUNDA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 33.092 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Acompanho**, Senhor Presidente, o substancioso voto **proferido** pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, **assinalando** que a deliberação do E. Tribunal de Contas da União, **objeto** da presente impetração mandamental, **reveste-se de plena legitimidade jurídica, ainda mais** se se considerar *que o poder geral de cautela* de que se acha investida a Corte de Contas **traduz** consequência **inerente** às atribuições institucionais que lhe foram outorgadas pela própria Constituição da República, **tal como tive o ensejo** de assinalar no julgamento do MS 26.547-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, e em voto vogal **que proferi** no MS 24.510/DF.

De qualquer maneira, no entanto, as razões **expostas** pelo eminente Ministro Relator **convencem-me** de que o exame desta causa **impõe** a resolução preconizada por Sua Excelência, *qual seja*, a **denegação** do presente mandado de segurança **e a prejudicialidade** do recurso de agravo.

É o meu voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE SEGURANÇA 33.092

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

IMPTE.(S) : JOSÉ SÉRGIO GABRIELLI DE AZEVEDO E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : POLYANNA FERREIRA SILVA

ADV.(A/S) : CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO

IMPDO.(A/S) : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: A Turma, por votação unânime, denegou a segurança, ficando prejudicados o agravo regimental interposto contra o indeferimento da liminar e a impetração quanto a Carlos César Borromeu de Andrade, nos termos do voto do Relator. Falou, pelos impetrantes, o Dr. Carlos Roberto Siqueira Castro. Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. **2ª Turma**, 24.03.2015.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Ravena Siqueira
Secretária