



Leia voto de Velloso sobre fiscalização do TCU

Uma importante mudança de paradigma ocorreu no Supremo Tribunal Federal. No último dia 10, o Plenário do STF, ao julgar dois Mandados de Segurança, por unanimidade, que os tribunais de contas têm competência para fiscalizar sociedades de economia mista.

No MS pedido pela Chesf — Companhia Hidroelétrica de São Francisco, o primeiro a votar foi o ministro Carlos Velloso. Ele lembrou que, em outro MS, já alertara que o entendimento da Corte poderia levar empresas estatais, estaduais e da União a se aproveitarem da decisão que as liberaria da fiscalização.

Leia a íntegra do voto do ministro Carlos Velloso

MANDADO DE SEGURANÇA 25.092-5 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): No julgamento do MS 23.627/DF, de que fui relator originário, o Supremo Tribunal Federal decidiu, ficando eu vencido, que não é aplicável às sociedades de economia mista o processo de Tomada de Contas Especial (Lei 8.443/92).

Nesse julgamento, fiquei vencido, já que a maioria dos eminentes Colegas seguiu o voto do Ministro Ilmar Galvão, que foi designado Relator para o acórdão, acórdão que, até esta data — o julgamento foi realizado no ano de 2001 —, não foi publicado.

Posteriormente, no julgamento do MS 23.875/DF, de que fui relator originário, o Supremo Tribunal Federal decidiu da mesma forma, ficando eu novamente vencido. O eminente Ministro Nelson Jobim foi designado Relator para o acórdão, portando este a seguinte ementa:



“CONSTITUCIONAL. ATO DO TCU QUE DETERMINA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DE EMPREGADO DO BANCO DO BRASIL— DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A., SUBSIDIÁRIA DO BANCO DO BRASIL, PARA APURAÇÃO DE ‘PREJUÍZO CAUSADO EM DECORRÊNCIA DE OPERAÇÕES REALIZADAS NO MERCADO FUTURO DE ÍNDICES BOVESPA’. ALEGADA INCOMPATIBILIDADE DESSE PROCEDIMENTO COM O REGIME JURÍDICO DA CLT, REGIME AO QUAL ESTÃO SUBMETIDOS OS EMPREGADOS DO BANCO. O PREJUÍZO AO ERÁRIO SERIA INDIRETO, ATINGINDO PRIMEIRO OS ACIONISTAS. O TCU NÃO TEM COMPETÊNCIA PARA JULGAR AS CONTAS DOS ADMINISTRADORES DE ENTIDADES DE DIREITO PRIVADO. A PARTICIPAÇÃO MAJORITÁRIA DO ESTADO NA COMPOSIÇÃO DO CAPITAL NÃO TRANSMUDA SEUS BENS EM PÚBLICOS. OS BENS E VALORES QUESTIONADOS NÃO SÃO OS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MAS OS GERIDOS CONSIDERANDO-SE A ATIVIDADE BANCÁRIA POR DEPÓSITOS DE TERCEIROS E ADMINISTRADOS PELO BANCO COMERCIALMENTE. ATIVIDADE TIPICAMENTE PRIVADA, DESENVOLVIDA POR ENTIDADE CUJO CONTROLE ACIONÁRIO É DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE AO IMPETRADO PARA EXIGIR INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL AO IMPETRANTE.

MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO.” (“DJ” de 30.4.2004)

A segurança jurídica recomenda observância do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário. Permito-me, entretanto, Sr. Presidente, reiterar o entendimento que manifestei no julgamento dos mencionados Mandados de Segurança 23.627/DF e 23.875/DF.

Destaco do voto que proferi no MS 23.627/DF, ao qual me reportei no julgamento do MS 23.875/DF:

“(…)

A Constituição da República, art. 71, II, estabelece competir ao Tribunal de Contas 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.

Expressamente, pois, a Constituição submete à fiscalização do Tribunal de Contas da União as contas dos administradores de entidades que integram a administração indireta. Como é sabido, as empresas públicas e as sociedades de economia mista integram a administração indireta.

A Lei nº 8.443, de 1992 — Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União — repete, no seu artigo 1º, I, a disposição inscrita no art. 71, II, C.F.



Posta a questão nestes termos, pretender eximir-se a sociedade de economia mista da fiscalização do TCU, ao argumento de que os seus servidores estão submetidos ao regime celetista, é pretender interpretar a Constituição no rumo da lei ordinária. É mesmo um truísmo a afirmativa de que a lei deve ser interpretada, sempre e sempre, no rumo da Constituição.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, cuidando do tema, já no sistema instaurado pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, leciona, comentando o art. 173 da C.F., que ‘esse dispositivo não pode ser interpretado isoladamente. Insere-se no capítulo pertinente aos princípios da atividade econômica e visa garantir a efetividade do princípio da livre iniciativa, conferido no art. 1º da própria Constituição Federal. É uma garantia em favor da sociedade, constituindo sofisma pretender erigi-lo numa prerrogativa dos dirigentes de estatais de usar e abusar dos recursos públicos, como se dirigissem uma empresa privada. Mesmo com o advento da Reforma Administrativa, consagrada pela Emenda Const. nº 19, essas entidades ficam jungidas ao controle dos Tribunais de Contas, porque previsto no art. 71 da Constituição Federal.’ (Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ‘Tomada de Contas Especial’, Brasília Jurídica, 2ª ed., 1998, pág. 132).

De outro lado, o argumento do impetrante, de que, tratando-se de sociedade de economia mista, da qual o Estado participa, como acionista, não seria possível distinguir se a lesão teria sido causada ao patrimônio privado ou ao patrimônio público, pelo que poder-se-ia afirmar que ‘dano ao Banco do Brasil não significa dano ao Erário’, não tem procedência. Ora, uma sociedade de economia mista se constitui de capitais do Estado e capitais privados, certo que os capitais do Estado, assim capitais públicos, constituem maioria. Assim, a lesão ao patrimônio de uma sociedade de economia mista atinge, sem dúvida, o capital público — o Erário, portanto — além de atingir, também, o capital privado. Um dano, pois, ao patrimônio do Banco do Brasil significa dano ao Erário. O fato de significar, também, dano ao capital privado, minoria na sociedade de economia mista, não desqualifica o dano ao capital público, assim dano ao Erário.

O mesmo pode ser dito relativamente ao argumento de que estaria o Banco, uma sociedade de economia mista, apenas sujeita à lei das sociedades anônimas, em termos de controle.

Acrescente-se, na linha da lição da professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, que as entidades da administração indireta — empresas públicas e sociedades de economia mista — ‘nunca se sujeitam inteiramente ao direito privado. O seu regime é híbrido, porque, sob muitos aspectos, elas se submetem ao direito público, tendo em vista especialmente a necessidade de fazer prevalecer a vontade do ente estatal que as criou para atingir determinado fim de interesse público.’ (‘Direito Administrativo’, Ed. Atlas, 10ª edição). Celso Antônio Bandeira de Mello, dissertando sobre a peculiaridade de regime das estatais, leciona que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, sejam exploradoras de atividade econômica ou sejam prestadoras de serviço público, estão sujeitas à fiscalização dos Tribunais de Contas, tendo em vista o disposto no art. 71, II, III e IV (Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘Curso de Direito Administrativo’, Malheiros Ed., 13ª edição, 2001, págs. 161-162).

Do exposto, indefiro o writ e casso a medida liminar concedida.

(...).”



Acrescentei:

“Sr. Presidente, o Banco do Brasil goza de boa saúde econômica e, sobretudo, de boa reputação sob o ponto de vista da moralidade. É uma instituição séria, da confiança dos brasileiros. Por isso, este não é um caso ideal para apreciação da questão da tomada de contas.

Desejo, por isso mesmo, alertar aos meus eminentes pares para o seguinte: do precedente do Banco do Brasil, da decisão que aqui parece que vai ser tomada, vão aproveitar-se centenas de sociedades de economia mista, empresas estatais que não gozam da mesma saúde econômica e moral do Banco do Brasil.

Esclareço mais: a tomada de contas se faz diante de denúncias de irregularidades, de apropriação de dinheiros públicos, ou diante da verificação, por agentes do Tribunal de Contas, da existência de irregularidades ou de desvio de dinheiros públicos, assim de um dano ao Erário.

Não devemos liberar da fiscalização do Tribunal de Contas, incumbido pela Constituição de fiscalizar a boa aplicação desses dinheiros e dos bens públicos, centenas de empresas estatais, integrantes da administração indireta, que se espalham por esses brasis. E não serão somente as federais que vão se aproveitar da decisão. Serão, também, as estaduais e as municipais. E nós sabemos que muitas dessas entidades não cuidam bem do dinheiro e dos bens públicos.

Não há falar em fiscalização do acionista minoritário. O poder público é sempre acionista majoritário, tratando-se de sociedade de economia mista. Tratando-se de empresa pública, o poder público detém a totalidade do capital.

Sr. Presidente, penso que é do meu dever, relator que sou da segurança, alertar os meus eminentes pares para a importância da decisão que será tomada.

Muito obrigado.”

A segurança, portanto, sob tal aspecto, é de ser indeferida.

Há uma outra questão. É que o impetrante *“é empregado da COMPANHIA HIDRO ELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO — CHESF”* (fl. 02), regido pela CLT, ocupando vaga de Advogado.

Exercia, na época dos fatos a função de Chefe da Divisão Jurídica daquela Empresa, quando foi convidado a ocupar o cargo de Consultor Jurídico. Esclarece, na inicial:

“(…)

Pois bem, sucedeu que, ao assumir a CONSULTORIA JURÍDICA da CHESF, o Impetrante recebeu entre outras incumbências, a de acompanhar rumoroso processo movido pela HIDROSERVICE contra a CHESF, tendo como objeto pretensões vinculadas à fiscalização de obras da empresa em andamento.

Diz-se rumoroso processo, porque a HIDROSERVICE, primeiramente, lograra liminar, **initio litis**, em



ação cautelar promovida perante a 2ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado de Pernambuco, ordenando a suspensão de certame licitatório aberto pela CHESF para a execução dos serviços de controle de qualidade das obras da Usina de Xingó, localizadas nos Estados de Sergipe e Alagoas, e a mesma liminar determinando a manutenção da HIDROSERVICE à frente dessa fiscalização, sob o fundamento de que tais serviços constituíam uma extensão de outros idênticos contratados anteriormente com aquela empresa de engenharia, concernentes à fiscalização das obras da Usina de Itaparica, em que pese, esta obra não somente distinta, como localizada em outro sítio hidrológico, no Estado de Pernambuco (**doc. 09**).

Devido a essas desinteligências, sobreveio o vencimento de várias faturas correspondentes aos serviços entregues à HIDROSERVICE por força da mencionada liminar, cujo inadimplemento ensejou novos procedimentos judiciais intentados pela HIDROSERVICE visando o recebimento dessas faturas, ocasionando diversos bloqueios de contas bancárias da CHESF (**v. doc. 09**).

No curso desse conflito, exsurgiu forte animosidade entre a empresa e o E. Tribunal de Justiça de Pernambuco, em razão dos sistemáticos bloqueios de contas bancárias, levando a CHESF, a fim de fazer cessar esse clima de animosidade, a celebrar acordo com a HIDROSERVICE, em sede de cautelar, no sentido de liberar os pagamentos retidos, enquanto aquele E. Tribunal liberava os bloqueios de contas referidos.

Em paralelo a essas demarches, a HIDROSERVICE promovera a ação principal correspondente, AÇÃO ORDINÁRIA DE CUMPRIMENTO DE CONTRATO, na qual lograra sentença favorável no sentido de prosseguir na execução dos serviços que lhes foram liminarmente assegurados e contra essa sentença a CHESF opôs EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (**doc. 10**), porém, restando, por longo tempo, pendentes de julgamento.

De sorte que, ao tomar posse na Consultoria Jurídica – CJU, o Impetrante já encontrou aquele acordo firmado, enquanto, os aludidos Embargos de Declaração na ação principal continuavam à espera de julgamento.

Finalmente, aqueles Embargos Declaratórios foram julgados, mas, devido a falhas no acompanhamento da publicação da sentença pela Procuradoria Jurídica, acabou transcorrendo **in albis** o prazo de apelação, ensejando a Execução.

(...)." (Fls. 03-04)

É dizer, a CHESF não apelou da sentença, advindo, daí, certamente, prejuízo para a empresa.

O impetrante, conforme vimos, tinha a incumbência de acompanhar, em nome da CHESF, o “*rumoroso processo movido pela HIDROSERVICE contra CHESF*” (Inicial, fl. 03).

No julgamento do MS 24.073/DF, por mim relatado, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. – Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação



da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, 'Curso de Direito Administrativo', Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II.— O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32.

III. – Mandado de Segurança deferido.”

(“DJ” 31.10.2003)

Ali, entretanto, cuidamos de parecer oferecido pelo advogado da empresa sugerido determinada contratação, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Aqui, estamos diante de um fato: a não-interposição de apelação, numa causa submetida à Justiça.

A não-interposição de apelação representaria uma estratégia de defesa? Argumenta o impetrante não ter havido adequada comunicação da publicação da sentença que julgara os embargos de declaração na ação principal.

Tem-se, no caso, está-se ver, fatos controvertidos, que desautorizam a impetração, certo que o processo de segurança não admite dilação probatória.

Do exposto, indefiro o **writ**.

Date Created

30/11/2005