

RELATÓRIO

O EXMO. SR. JUIZ TOURINHO NETO (RELATOR):

1. Trata-se de apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra sentença proferida pelo Juiz da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Moacir Ferreira Ramos, que julgou improcedente a Ação de Improbidade Administrativa c/c Ação Civil Pública, na qual se pretendia a anulação do procedimento de desestatização de empresas de telefonia federais e a condenação dos réus pela prática de atos de improbidade administrativa.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou Ação de Improbidade Administrativa c/c Ação Civil Pública contra LUIZ CARLOS MENDONÇA DE BARROS, ANDRÉ PINHEIRO DE LARA REZENDE, JOSÉ PIO BORGES DE CASTRO FILHO, RENATO NAVARRO GUERREIRO, CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A, INEPAR S/A INDÚSTRIA E CONSTRUÇÕES, MACAL INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., UNIÃO, ANATEL, BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES), BNDESPAR, TELEMAR S/A, FIAGO PARTICIPAÇÕES S/A, COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA DO BRASIL, BRASIL VEÍCULOS COMPANHIA DE SEGUROS, objetivando: a condenação dos quatro primeiros réus nas penas do art. 12, II e III, da Lei 8.429/1992, em razão da prática de atos de improbidade previstos nos artigos 10, VIII, e 11, I, dessa norma; a condenação das empresas pela cooperação, auxílio e beneficiamento na prática desses atos; e a anulação de todo procedimento de desestatização das empresas de telefonia federais.

Fundamentou a ação na existência de várias irregularidades na execução da operação que resultou na privatização da Tele Norte Leste, do Sistema Telebrás.

3. Na sentença, o MM. Juiz *a quo* afastou as preliminares: de incompetência absoluta do Juízo; de indevida cumulação de ação de improbidade administrativa com ação civil pública; de inépcia da inicial; de impossibilidade jurídica do pedido; de perda do objeto; de ilegitimidade passiva da ANATEL, do seu Presidente e do seu Vice-Presidente; e de falta de interesse de agir.

No mérito, entendeu que não há provas suficientes nos autos para amparar a procedência do pedido, pois a única produzida são as alegações do Ministério Público Federal no procedimento de Tomada de Contas e a decisão do nº 765/99 do Plenário do Tribunal de Contas da União, a qual concluiu que não houve irregularidade a ser atribuída aos réus em decorrência da privatização das empresas federais de telefonia, a ensejar a condenação vindicada pelo autor (fl. 2.764/2768).

Assim, disse que, embora não fique vinculado às decisões do TCU, não há como tirar uma conclusão diferente da desse órgão, pois os fatos narrados estão baseados nas manifestações dele, não tendo o *Parquet* requerido a produção de outras provas. Diante disso, julgou a ação improcedente (fls. 2798/2846).

4. Em apelação, o Ministério Público Federal aduz que o magistrado não enfrentou as questões propostas na demanda e os atos de improbidade administrativa praticados pelos réus. Ele reitera as alegações de sua inicial e afirma que as disposições da lei de improbidade administrativa também são aplicáveis às pessoas jurídicas e aos terceiros à ação de improbidade, os quais também devem ser condenados por ato de improbidade administrativa. Requer o provimento do recurso, com a condenação dos réus (fls. 2850/2873).

5. Em contra-razões, o BNDES aduz que a sentença não merece reparo, pois está congruente com a única prova produzida nos autos, eis que, conforme decidiu o STF, a decisão proferida pelo TCU é soberana, somente sendo admitida revisão pelo Judiciário em caso de ilegalidade. Alega que não houve ilegalidade na privatização das empresas do sistema Telebrás. Requer o não provimento do recurso (fls. 2.877/2.883).

6. Em contra-razões, as empresas Telemar Participações S.A., Construtora Andrade Gutierrez S.A., INEPAR S.A. - Indústria e Construções, Macal Investimentos e Participações LTDA., Companhia de Seguros Aliança do Brasil, Brasil Veículos Companhia de Seguros e Fiago

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 1999.34.00.006598-3/DF

Participações S.A. alegam que o *Parquet* não impugnou de forma específica os fundamentos da sentença, apenas reiterando os argumentos da inicial. Aduzem que há ausência de interesse de agir na discussão da legitimidade das empresas réus, pois tal fato só poderia ser impugnado pelos réus que foram considerados partes legítimas na sentença.

Salientam que a motivação do recurso é exclusivamente política; que a privatização foi feita de forma regular e legítima; que não houve dano ao erário; e que a conduta do BNDES foi escorreita. Asseveram que o consórcio que supostamente teria sido prejudicado no certame foi vencedor, que não é possível desfazer a operação sem ocasionar enormes danos ao erário. Requerem o não provimento do recurso (fls. 2.885/2908).

7. Em contra-razões, Luiz Carlos Mendonça de Barros, André Pinheiro de Lara Resende, José Pio Borges de Castro Filho (fls. 2.910/2.930) e a União (fls. 2.932/2.934) afirmam que não existem provas das irregularidades apontadas pelo autor e que o recurso não impugnou os fundamentos da sentença. Requerem a manutenção do julgado.

6. Em contra-razões, a ANATEL afirma a perda do objeto da ação, haja vista que todas as operações relativas ao processo de privatização foram realizadas com absoluto sucesso. Além disso, já se passaram mais de cinco anos desde a operação. Aduz sua ilegitimidade passiva e do ex-Presidente da agência, Renato Navarro Guerreiro, pois somente após o processo de desestatização do sistema Telebrás é que esteve à frente dos serviços de telecomunicações. No mérito, tece considerações acerca do sistema de privatização, enfatiza a legalidade dos atos impugnados e afirma que não restou comprovada a existência de atos de improbidade administrativa. Requer a extinção do feito, sem análise do mérito, ou o não provimento do recurso (fls. 2936/2947).

7. Nesta Instância, o Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República Marcelo Antônio Ceará Serra Azul, opina pelo não provimento dos agravos retidos e do recurso de apelação (fls. 1142/1152).

8. É relatório.

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 1999.34.00.006598-3/DF

VOTO

O EXMO. SR. JUIZ TOURINHO NETO (RELATOR):

1. Trata-se de apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra sentença proferida pelo Juiz da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Moacir Ferreira Ramos, que julgou improcedente a Ação de Improbidade Administrativa c/c Ação Civil Pública, que pretendia a anulação do procedimento de desestatização de empresas de telefonia federais e a condenação dos réus pela prática de atos de improbidade administrativa.

2. Preliminares

No que tange às alegações da ANATEL, em contra-razões, de que houve a perda do objeto da ação, haja vista que todas as operações relativas ao processo de privatização foram realizadas com absoluto sucesso; de que já se passaram mais de cinco anos desde a operação; de que ela e o ex-Presidente da agência, Renato Navarro Guerreiro, são partes ilegítimas; entendo que não procedem, pois já foram devidamente rechaçadas na sentença, cujos fundamentos não merecem reparo. Veja (fls. 2822/2823):

[...] Quanto à alegação de perda do objeto, sob o fundamento de que os atos administrativos pertinentes ao processo de desestatização do Sistema Telebrás já foram todos eles praticados, reputo que improcede a preliminar. É que, de fato, embora praticados esses atos, busca-se aqui, no mérito, a decretação de nulidade todo o procedimento de alienação das ações da União na Tele-Norte Leste Participações S.A. Assim sendo, subsiste com a pretensão anulatória dos atos já praticados.

Fica afastada a preliminar.

Não procede a preliminar de ilegitimidade passiva para a causa levantada pela ANATEL, do seu Presidente e do Vice-Presidente da agência, na época da desestatização do sistema Telebrás. É que a Lei n. 9.472/97, que criou a ANATEL, e o Decreto n. 2.338/97, que a regulamentou, são anteriores ao processo de desestatização das empresas federais de telecomunicações, que se consubstanciou no edital MC/BNDES n. 01/98, pelo que se conclui que a citada agência fez parte desse processo, não se pode imaginar que ocorra a desestatização das empresas federais de telecomunicações sem a participação da ANATEL. [...].

Além disso, transcrevo a manifestação do *Parquet*, em parecer, sobre essas questões processuais, as quais são suficientes, também, para afastar as alegações da ANATEL de perda do objeto e de ilegitimidade passiva. Veja:

[...] Inicialmente, não há que se falar em perda do objeto da ação, por já terem sido realizadas todas as operações relativas ao processo de privatização. A tese não deve ser admitida, posto que implicaria a admissão da possibilidade de consolidação de ato ilegal, ainda que sob o pretexto de preservação da segurança jurídica. Sobre o tema, já se posicionou, em situação análoga, este eg. Tribunal:

“CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA TELEBRÁS. SENTENÇA QUE DEIXA DE APRECIAR INJUSTIFICADAMENTE OS PEDIDOS FORMULADOS NA INICIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM PARA REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO. PROVIMENTO DO APELO.

1. Ação civil pública em que os Autores, alegando a existência de vícios jurídicos no procedimento relativo à desestatização do Sistema Telebrás, pretendem sua anulação, tendo a sentença julgado extinto o processo sem resolução do mérito (art. 267, VI, do CPC) por perda do

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 1999.34.00.006598-3/DF

objeto, em razão da ocorrência do leilão de privatização das ações da Telebrás.

2. A sentença que deixa de apreciar injustificadamente os pedidos formulados pelos Autores furta-se a prestar a tutela jurisdicional, ferindo princípios basilares do acesso à justiça, devendo, por isso, ser anulada.

3. No caso, apesar de a ocorrência do leilão de privatização do Sistema Telebrás impedir a apreciação do pedido de suspensão desse procedimento específico, pela falta de interesse de agir, tal fato não interfere na análise do pedido principal de anulação de todo o procedimento de desestatização, pretensão maior da parte autora e que não guarda relação de dependência com o primeiro pedido, não se justificando, por isso, a extinção do processo sem resolução do mérito.

4. Inaplicável a teoria da causa madura, a atrair a incidência da norma do § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, se o feito demanda maior instrução probatória, devendo, no caso, inclusive, ser concluída a prova oral, para avaliar as alegações dos Autores.

5. Em caso semelhante, em que se questionava, via ação popular, a regularidade do procedimento que culminou na privatização da Companhia Vale do Rio Doce, a Quinta Turma deste Tribunal deu provimento à remessa oficial para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à Vara de origem, visando ao regular prosseguimento do feito, ao entendimento de que “sem que tenha sido permitida a necessária dilação probatória, não há como aferir a correção dos critérios adotados na avaliação” (REO 1997.39.00.005530-0/PA).

6. Apelação a que se dá provimento para anular a sentença, devendo os autos retornar à instância de origem para regular prosseguimento do feito.”

O processo de privatização da Tele Norte Leste padeceu de inúmeras ilegalidades, narradas neste processo, que não podem ser convalidadas. Daí, não se verifica o esvaziamento do objeto da lide, como alega a ANATEL.

Não se verifica, ainda, a ilegitimidade passiva da ANATEL e de seu ex-Presidente, Renato Navarro Guerreiro. A referida agência já havia sido criada à época da realização da privatização das empresas de telecomunicações, tendo, portanto, participação ativa no processo. O Ministério Público, oportunamente, destacou (fl. 2.603/2.604):

“No que diz respeito à ilegitimidade passiva alegada pela ANATEL, tanto de seu presidente como de seu vice-presidente à época da desestatização, não merece ser acatada apenas sob o argumento de que a ANATEL ‘herdou’ suas atribuições do Ministério das Comunicações após a desestatização, haja vista que o que se sabe é que a ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações foi criada pela Lei nº. 9.472, de 16/07/1997 e regulamentada pelo Decreto nº 2.338, de 07/10/1997 e o edital que corresponde à desestatização das empresas de telecomunicações, qual seja o Edital MC/BNDES nº 01/98 (fls. 179/243, vol. 1), como se vê, é datado de 1998, ou sejam, posterior à criação e regulamentação da ANATEL, tendo a mesma feito parte do processo de desestatização”.

3. Em princípio, destaco que as decisões proferidas pelo TCU estão submetidas, como qualquer ato administrativo, no âmbito de sua legalidade, ao controle exercido pelo Poder Judiciário. Além disso, a Lei de Improbidade Administrativa prevê a condenação por atos de improbidade administrativa independentemente da existência de condenação pelo Tribunal de Contas ou da decisão por ele proferida em processo de Tomadas de Contas.

A propósito, manifestou-se esse Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 1999.34.00.006598-3/DF

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. PRIVATIZAÇÃO DA COMPANHIA VALE DO RIO DOCE. RECONHECIMENTO OMISSÃO NO ACÓRDÃO. TESE DE SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA PELO DECURSO DO TEMPO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO COM RELAÇÃO À AFERIÇÃO DOS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DA EMPRESA. POSSÍVEL LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NECESSIDADE DE PERÍCIA. MANIFESTAÇÃO DO TCU. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STF. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS. REMESSA PROVIDA.

(...)

IX - O controle exercido pelo Tribunal de Contas da União, ainda que nos termos do art. 71, II, da Constituição Federal, não é jurisdicional, Inexistindo vinculação da decisão proferida pelo órgão administrativo com a possibilidade de o ato impugnado ser submetido à apreciação do Judiciário. Suas decisões, portanto, se submetem, como qualquer ato administrativo, ao controle exercido pelo Poder Judiciário.

Assim, a manifestação daquela Corte de Contas acerca dos procedimentos de privatização da CVRD (Acórdão n. 1047/2004) não impede a apreciação, pelo Poder Judiciário, da matéria. (...)"
(Destacamos)

4. Na espécie, alega o recorrente que a sentença não analisou os fundamentos da demanda, apenas concluiu pela improcedência da ação com base em decisão do Tribunal de Contas da União que concluiu pela inexistência de irregularidades na privatização das empresas federais de telefonia.

Na inicial, o *Parquet* fundamentou a ação na existência de várias irregularidades na execução da operação que resultou na privatização da Tele Norte Leste, do Sistema Telebrás, alegando o seguinte:

a) a ilegal transferência indireta do controle acionário da Tele Norte Leste ao BNDES, executor dos procedimentos operacionais da privatização, em afronta ao art. 202 da Lei Geral das Telecomunicações (195 da Lei 9.427, ao edital e a um contrato Armado entre o Ministério das Comunicações e o BNDES);

b) a ilegal alteração dos integrantes pré-identificados do consórcio Telemar, como o posterior ingresso do BNDESPAR, da PREVI, de outros Fundos, do grupo La Fonte e a mudança na participação das duas seguradoras de subsidiária do Banco do Brasil;

c) a concessão pelo BNDES de empréstimo à Construtora Andrade Gutierrez S.A, Macal Investimento e Participações LTDA. e Inepar S.A Indústria e Construções, sem o prévio exame sobre a idoneidade financeira dos tomadores, sem exigência de garantias, utilizando-se apenas de notas promissórias. Além disso, destaca que não houve a análise preliminar de crédito dos emitentes e avalistas, contrariando determinação do BACEN. Tais contratos resultaram na emissão de debêntures conversíveis em ações;

d) a concessão de seis empréstimos ilegais às pessoas jurídicas acima citadas, com juros bem inferiores aos praticados pelo mercado (TJLP+6% a.a.), o que teria configurado empréstimos de favor;

e) a violação ao princípio da publicidade, pois o edital não previu os empréstimos acima citados e suas excelentes condições de juros, o que impossibilitou outras possíveis interessadas em habilitar-se na licitação em tais condições;

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 1999.34.00.006598-3/DF

f) a permissão de participação relevante da PREVI e outros Fundos na Tele Norte Leste, em violação à Lei Geral das Telecomunicações, ao edital e ao Plano Geral de Outorgas, uma vez que já participavam da Tele Centro Sul Participações, da Telemig Celular e da Tele Norte Celular;

g) a ausência de previsão no edital da exigência de comprovação de capacidade técnica, econômica e financeira dos licitantes;

h) o ilegal ingresso no Consórcio Telemar de duas seguradoras de uma subsidiária do Banco do Brasil e aumento de sua participação, com a orientação dos réus.

Com base nessas alegações, imputa-se aos réus a prática de vários atos de improbidade elencados nos artigos 10, VIII, e 11, I, da Lei 8.429/92, os quais dispõem:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;"

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

(...)

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

Com efeito, a Lei de Improbidade Administrativa, que regulamentou o disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, tem como finalidade impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

A má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Em conseqüência, a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública pela má-fé do servidor.

Os atos ímprobos, previstos na Lei 8.429/92, que causam prejuízo ao erário (art. 10) são punidos a título de culpa e de dolo, sendo elementar o dano ao erário¹.

¹ PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. MÁ-FÉ. LIBERAÇÃO OU APLICAÇÃO DE VERBA PÚBLICA DE FORMA IRREGULAR. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ELEMENTAR DO ATO ÍMPROBO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. A autoridade administrativa deve adstringir-se, na prática do ato administrativo, ao princípio da legalidade, ainda que dotada de uma margem de discricionariedade. A administração pública está vinculada à lei. 2. Não caracteriza ato ímprobo a simples ilegalidade. A má-fé é premissa do ato ímprobo, ainda que este seja ilegal. 3. Três são as hipóteses de atos ímprobos previstos na Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade): a) atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), punidos tão só a título de dolo; **b) atos que causam prejuízo ao erário (art. 10), punidos a título de culpa (havendo muita discussão) e de dolo;** e c) atos que atentam contra os princípios da administração (art. 11), punidos, também, exclusivamente, a título de dolo. **4. É elementar do ato ímprobo previsto no art. 10 da Lei 8.429/92 o dano ao erário. 5. A boa-fé é "a consciência ou intenção de não prejudicar a outrem ou de não fraudar a lei" (Alípio Silveira).** 6. A decisão deve ser razoável, aceitável pela razão, plausível, justa, compreensível. (TRF/1ª REGIÃO, 2006.39.01.000129-4/PA, 3ª TURMA, DES. FEDERAL TOURINHO NETO, DJ: 24/08/2007, p.65).

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 1999.34.00.006598-3/DF

O art. 11 da Lei 8.429/92 diz respeito a atos que atentem contra os princípios da administração pública. Essa norma exige temperamento do intérprete, em razão do seu caráter excessivamente aberto, devendo, por essa razão, sofrer a devida dosagem de bom senso para que meras irregularidades não sejam consideradas atos ímprobos e sofram as conseqüências severas da lei.

Não são todos os atos administrativos ou omissões que colidem com a imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições que dão azo ao enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa. A má-fé, caracterizada pelo dolo, comprometedor de princípios éticos ou critérios morais, com abalo às instituições, é que deve ser penalizada, abstraindo-se meras irregularidades, suscetíveis de correção administrativa.

Nesse sentido, a lição de Waldo Fazzio Júnior, *in: Improbidade administrativa e crimes de prefeitos, apud Mauro Roberto Gomes de Mattos, in: O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92*. RJ: América Jurídica, 2004, p.322:

É necessário que se adote muita cautela na compreensão das regras do art. 11, da LIA. Sua evidente amplitude constitui sério risco para o intérprete porque enseja radicalismos exegéticos capazes de acoiar de ímprobos condutas meramente irregulares, susceptíveis de correção administrativa, cometidas sem a má-fé, que arranha os princípios éticos ou critérios morais. Práticas sem maiores repercussões no universo administrativo, ditadas, eventualmente, pelo despacho intelectual e pela ausência da habilidade do Prefeito, se examinada à luz de legalismo preciosista, podem assumir a configuração de atos de improbidade, quando, de fato, não contêm tanta gravidade.

Portanto, os equívocos que não comprometem a moralidade, ou que não atinjam o erário, não se enquadram no raio de abrangência do art. 11, caso contrário restaria para o administrador público o risco constante de que qualquer ato que viesse a ser considerado nulo seria ímprobo, e não é esta a finalidade da lei, cujo objetivo é combater o desperdício dos recursos públicos e a corrupção. Eles não exigem a demonstração de prejuízo para serem caracterizados².

No caso, para comprovar suas alegações, o Ministério Público Federal juntou aos autos os seguintes documentos: a) o edital de 01/98, que regulamentou a alienação das ações da Tele Norte Leste (fls. 626/677); b) o manual de instrução do processo de alienação das ações (fls. 679/716); c) a decisão da Diretoria do BNDESPAR, endossando a cessão “dos direitos e obrigações relativas aos contratos de Adiantamento para Futura Subscrição de Debêntures”, celebrados entre o BNDES e as Empresas solicitantes de financiamento no âmbito do Programa de apoio à Privatização do Sistema Telebrás, e anexos (fls. 724/830); d) a resposta do BNDES, ao Ministério Público Federal, sobre sua participação nas aquisições das empresas de telefonia e, em especial, sobre sua participação na TELEMAR (fls. 919/923); e) os esclarecimentos prestados pelo ex-Ministro das Comunicações, Luiz Carlos Mendonça, sobre a privatização do Sistema Telebrás (fls. 1.336/1.397), em que admite a intermediação na formação dos consórcios participantes do certame discutido nesta demanda.

Na hipótese em comento, entendo que, ao contrário do que afirma o apelante, o MM. Juiz não julgou apenas se reportando a conclusões do TCU, mas sob o entendimento de que elas, como uma das únicas provas produzidas no processo, além daquelas acima descritas, são hábeis para demonstrar que não houve ilegalidade no procedimento de alienação das ações da União na Tele Norte Leste.

² PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. DOLO E CULPA. MÁ-FÉ. DESONESTIDADE. FUNDEF - FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL 14, DE 96. 1. Para ficar caracterizada a responsabilidade pela prática do ato ímprobo, há de haver um mínimo de dolo ou culpa, uma vez que não pode haver sanção sem culpa, lato sensu. Nulla poena sine culpa. 2. A má-fé é princípio que serve de base para a caracterização do ato ímprobo. É sua premissa. A improbidade é constituída pela falta de boa-fé, da desonestidade. 3. O pagamento de despesas de exercícios anteriores não caracteriza dolo ou má-fé. Nem há prejuízo para o erário. (TRF/ 1ª REGIÃO, AC 200539010020242/PA, 3ª TURMA, e-DJF1: 18/07/2008, P.: 46).

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 1999.34.00.006598-3/DF

Assim, embora seja verdade que o Judiciário não está vinculado às decisões do TCU, não se pode concluir que quando o julgador concorde com a manifestação exarada pelo TCU haja, necessariamente, ausência de fundamentação na sentença, eis que o Juiz *a quo*, com base nos fundamentos da decisão do TCU, concluiu que não houve irregularidade a ser atribuída aos réus em decorrência da privatização das empresas federais de telefonia, a ensejar a condenação vindicada pelo autor (fls. 2764/2768).

Poder-se-ia falar em ausência de fundamentação se o magistrado julgasse improcedente a causa sob o argumento de que o TCU não vislumbrou nenhuma ilegalidade, somente se reportando às fundamentações dele. Ademais, o *Parquet* não produziu outras provas em Juízo para comprovar suas alegações.

Contudo, para rechaçar as alegações do *Parquet*, faz-se mister analisar suas alegações de ilegalidade no procedimento de desestatização de empresas de telefonia federais e de prática de atos de improbidade administrativa pelos réus. Vejamos os itens por ele alegados:

a) a ilegal transferência indireta do controle acionário da Tele Norte Leste ao BNDES, executor dos procedimentos operacionais da privatização, em afronta ao art. 202 da Lei Geral das Telecomunicações (195 da Lei 9.427, ao edital e a um contrato Armado entre o Ministério das Comunicações e o BNDES);

Tal alegação é inverídica porque o BNDES não é controlador da Tele Norte Leste ou da Telemar, pois detém apenas uma posição acionária minoritária, na medida em que adquiriu 25% das ações representativas do capital social da holding, que seria constituída para controlar a Tele Norte Leste. Assim, ele não exerce qualquer poder de controle. Além disso, o edital previa, em seu item 1.2.2 (fls. 626), que as entidades da administração pública participassem do leilão.

O Consórcio vencedor no leilão foi composto pelas seguintes empresas: Andrade Gutierrez 21,20%; Inepar 20,00%; Macal 20,00%; Fiago 18,70%; Aliança 10,05%; Brasilveículos 10,05%. Logo após o leilão, houve ajustes relativos aos percentuais de participação de cada consorciado, conforme previsto no próprio edital e na lei, os quais foram de poucos pontos percentuais, sem afetar a composição do controle acionário.

As empresas Andrade Gutierrez, Inepar, Macal, Aliança e Brasilveículos, por deterem 80,10% do Consórcio Telemar, passaram a formar o “núcleo duro” do controle do Grupo Telemar, que permanece íntegro até hoje. Assim, a entrada dos 25% do BNDESPAR não alterou esse “núcleo duro”, que é capaz de fazer prevalecer a sua vontade coletiva. Portanto, foi legítimo o ingresso do BNDESPAR na Telemar.

b) a ilegal alteração dos integrantes pré-identificados do consórcio Telemar, como o posterior ingresso do BNDESPAR, da PREVI, de outros Fundos, do grupo La Fonte e a mudança na participação das duas seguradoras de subsidiária do Banco do Brasil;

Não havia impedimento legal ou no edital para o ingresso de novos acionistas entre os adquirentes das ações leiloadas, mas apenas de alteração do quadro de controle. Ademais, a entrada do BNDESPAR e do grupo La Fonte, com 25% e 5%, respectivamente, das ações ordinárias da *Holding* Telemar, não descaracteriza o grupo de controle, pois são sócios minoritários.

Assim, não se caracterizou a transferência do controle do negócio, porquanto as ações da BNDESPAR não lhe asseguram a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleição, de modo que não houve violação ao art. 202 da Lei Geral de Telecomunicações.

c) a concessão pelo BNDES de empréstimo à Construtora Andrade Gutierrez S.A, Macal Investimento e Participações LTDA. e Inepar S.A Indústria e Construções, sem o prévio exame sobre a idoneidade financeira dos tomadores, sem exigência de garantias, utilizando-se apenas de notas promissórias. Além disso, destaca que não houve a análise preliminar de crédito dos emitentes e avalistas, contrariando determinação do BACEN. Tais contratos resultaram na emissão de debêntures conversíveis em ações;

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 1999.34.00.006598-3/DF

d) a concessão de seis empréstimos ilegais às pessoas jurídicas acima citadas, com juros bem inferiores aos praticados pelo mercado (TJLP+6% a.a.), o que teria configurado empréstimos de favor;

e) a violação ao princípio da publicidade, pois o edital não previu os empréstimos acima citados e suas excelentes condições de juros, o que impossibilitou outras possíveis interessadas em habilitar-se na licitação em tais condições;

Após o leilão, alguns dos consórcios vencedores procuraram o BNDES para obterem apoio financeiro, haja vista que foram aprovados pela Diretoria do BNDES e da BNDESPar o montante de R\$ 3.043.200.000,00 (três bilhões e quarenta e três milhões e duzentos mil reais) para serem contratados com os respectivos beneficiários.

Para a concessão desse apoio os beneficiários deveriam comprovar determinados indicadores econômico-financeiros, bem como do exame dos seus balanços, a fim de se determinar o valor total adequado de emissão de debêntures para cada empresa apoiada, o qual foi calculado conforme o menor valor obtido a partir da aplicação dos três critérios estabelecidos no Programa, a saber: *20% do lance vencedor; 1/3 do valor do patrimônio líquido final da licitante; e 1/3 do incremento do patrimônio líquido final da beneficiária.*

Além disso, para a comprovação da idoneidade econômico-financeira dos tomadores e seus garantidores foi estabelecida, como condição prévia à contratação do apoio, a apresentação, por parte das empresas interessadas, de inúmeros documentos, tais como: *Certidão de todos os Juízos Distribuidores, abrangendo os últimos 20 (vinte) anos; Certidão de todos os Distribuidores de protesto de títulos abrangendo os últimos 05 (cinco) anos; Certidões negativas de débito junto aos fiscos estadual e municipal; Certidões negativas de débitos relativas ao INSS, FGTS, IRPJ, dívida Ativa da União, FINSOCIAL, CONFINS e PIS/PASEP e Regularidade no CADIN, dentre outros.*

Assim, após o atendimento de todas essas exigências, concedeu-se a colaboração financeira aos Grupos que a pleitearam, sem distinções nem favorecimentos, sob a forma de um contrato de adiantamento para futura subscrição de debêntures.

Verifica-se, ainda, que a concessão de empréstimos às pessoas jurídicas com base na TJLP+6% a.a. não eram bem inferiores aos praticados pelo mercado, eis que o índice previsto no edital – IGP-DI + 12% a.a. -, nos meses de junho e agosto de 1998, encontrava-se no patamar de 1,70% ao ano, enquanto o oferecido pelo BNDES perfazia patamar de 10,63% ao ano, portanto, bem maior que o anterior. Assim, a TJLP+6% a.a. representava encargos anuais de 16,63%, encontra o IGP-DI + 12% a.a. representava encargos anuais de 13,70%.

Ressalto, por fim, que não houve violação ao princípio da publicidade, eis que todos os atos e procedimentos referentes ao certame foram amplamente divulgados na imprensa e nos órgãos oficiais, inexistindo qualquer falha no que concerne à publicidade dos atos e procedimentos de todo o processo licitatório.

f) a permissão de participação relevante da PREVI e outros Fundos na Tele Norte Leste, em violação à Lei Geral das Telecomunicações, ao edital e ao Plano Geral de Outorgas, uma vez que já participavam da Tele Centro Sul Participações, da Telemig Celular e da Tele Norte Celular;

A participação da Previ não se dava no consórcio Telemar, mas no consórcio Opportunity, que foi excluído do leilão, em razão de ter adquirido ante a Tele Centro-Sul Participações S.A.. Ademais, a participação da Fiago Participações no consórcio Telemar era minoritária e não relevante, sendo inferior a 20%.

Ora, nas conclusões do Ministério Público que atua junto ao TCU, em relatório de inspeção, sob a lavra do Procurador Geral Lucas Rochas Furtado, entendeu-se que os responsáveis não visavam favorecer em particular o consórcio composto pelo Banco Opportunity e pela Itália Telecom, mas favorecer a competitividade do leilão da Tele Norte Leste S/A, objetivando um melhor resultado para o erário na desestatização dessa empresa (fls. 2745/2747).

g) a ausência de previsão no edital da exigência de comprovação de capacidade técnica, econômica e financeira dos licitantes;

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 1999.34.00.006598-3/DF

Ora, o edital (capítulo 3), apesar de não exigir comprovação de capacidade técnica, econômica e financeira dos licitantes, exigia as garantias necessárias para a realização do certame, como a capacidade de gestão empresarial, mediante a demonstração de que os licitantes tinham em seus quadros pelo menos três administradores com experiência na administração de empresas com faturamento anual superior a R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais) e capacidade de fazer frente ao pagamento devido em função do leilão.

Assim, verifica-se que a capacidade técnica exigida para participar no leilão consistia na capacidade de gestão empresarial da empresa licitante para administrar as companhias holding que estavam sendo vendidas. E, com relação à capacidade econômico-financeira, depreende-se que se mostrava necessária a demonstração da capacidade de liquidação da parcela do leilão, ou seja, da existência de disponibilidade financeira para executar o objeto licitado. Sendo que a primeira parcela foi quitada no prazo devido, conforme fls. 1536.

h) o ilegal ingresso no Consórcio Telemar de duas seguradoras de uma subsidiária do Banco do Brasil e aumento de sua participação, com a orientação dos réus.

A Brasilveículos e a Aliança, na qualidade de empresas de direito privado, se associaram ao Consórcio Telemar para um investimento promissor, com todas as condições de frutificar em lucros atrativos. Assim, objetivamente a diversificação de investimentos. Portanto, não houve ilícito.

O Plenário do TCU, julgando a Tomada de Contas, entendeu que não há provas de que os réus LUIZ CARLOS MENDONÇA DE BARROS, ex-ministro de Comunicações, ANDRÉ PINHEIRO DE LARA REZENDE, ex-presidente do BNDES, e JOSÉ PIO BORGES DE CASTRO FILHO, ex-presidente interino desse banco, utilizaram dos cargos para negociarem diretamente como possíveis participantes do processo de desestatização da Telebrás, mas que praticaram atos de divulgação e propaganda para fornecer mais informações aos investidores internos e externos acerca das empresas a serem privatizadas. Portanto, não influenciaram o Presidente do Banco do Brasil para levar as seguradoras a participarem do consórcio de forma ilegal.

Afirmou, também, que não existe nos autos informação de que os réus direcionaram a venda de alguma empresa para determinado particular ou que tenham dispensado tratamento diferenciado beneficiando a particular, nem de que houve ofensa a princípios administrativos na formação dos consórcios. Disse, ainda, que a conduta do ex-presidente do BNDES foi de aconselhar o particular acerca do modo de superação da exigência da PREVI, e não, de se valer do cargo que ocupava para influir nesse órgão para que retirasse suas exigências (fls. 2749/2769).

5. Conclusão

Conforme exposto acima, não restaram provadas as nulidades levantadas no processo licitatório de privatização do Sistema Telebrás.

Da mesma forma, não está demonstrada a má-fé, premissa do ato ilegal e ímprobo, para impor-se uma condenação aos réus. Também não se vislumbrou ofensa aos princípios constitucionais da Administração Pública para configurar a improbidade administrativa.

Ademais, entendo, também, que não restou inequivocamente demonstrado nos autos qual o prejuízo resultado dos atos impugnados pelo *Parquet*, especialmente com a entrada do BNDESPAR, com 25%, na *Holding Telemar*, pois já se passaram mais de 10 anos desde que houve a licitação da Tele Norte Leste.

Por fim, vale ressaltar que a anulação da operação que resultou na privatização da Tele Norte Leste não atenderia ao interesse público, haja vista que poderia causar inúmeros prejuízos, de modo que essa pretensão é despida de razoabilidade.

6. Ante o exposto, nego provimento à apelação.

7. É o voto.