

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

SEBASTIÃO SÉRGIO DA SILVEIRA

ANDRESSA DE OLIVEIRA LANCHOTTI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Andressa De Oliveira Lanchotti, Sebastião Sérgio Da Silveira – Florianópolis: CONPEDI,
2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-150-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

A presente coletânea é produto da reunião dos trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II, do XXV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação e Direito - CONPEDI, realizado na cidade de Brasília, no período de 06 a 08 de julho de 2016.

O resultado que ora apresentamos é fruto do labor de mais de dezenas de pesquisadores, sendo que os trabalhos refletem um pouco da situação atual de nosso direito administrativo e da gestão pública que dele decorre.

Conforme é sabido, o Direito Administrativo brasileiro vem passando por um intenso processo de ressignificação, na busca de novos paradigmas e valores, principalmente como forma de atender aos princípios consagrados na Constituição de 1988.

A gestão pública, sempre muito influenciada por velhos métodos e práticas, também vem sendo colocada à prova, diante das necessidades de busca de eficiência, economicidade e transparência.

Sempre muito resignada, a sociedade brasileira parece não mais se conformar com a situação caótica vivida pelo Estado Brasileiro e vem clamando por reformas e mudanças.

Os trabalhos ora apresentados refletem as inquietações da doutrina e os desafios existentes, principalmente em razão das aspirações de nosso povo, que sedento por melhores serviços públicos, vem exigindo transformações na administração pública.

Considerando tais premissas, os pesquisadores foram divididos em grupos, buscando alguma pertinência temática, com vistas à orientação dos debates que seguiram a apresentação dos trabalhos.

Um dos eixos discutiu temas atuais de licitações e contratos, apontando dificuldades, propostas e as perspectivas do instituto.

Os servidores públicos, foram objeto de outro eixo de discussão, onde foram abordados interessantes temas relativos à greve, regime de previdência, processo disciplinar, nepotismo e responsabilidade.

Serviços públicos e parcerias público privadas foram agregados em outro subgrupo, onde foram apresentados interessantes trabalhos, com ênfase em arbitragem, capital privado, administração penitenciária e sustentabilidade.

Por fim, no último eixo, foram tratados palpitantes temas residuais, como corrupção, bens públicos, compromisso e ato administrativo e responsabilidade dos integrantes de conselhos administrativos de paraestatais.

Convictos da qualidade e atualidades dos trabalhos apresentados, fazemos um convite à leitura e reflexão, na expectativa de que cada um dos textos possa influir no aperfeiçoamento do direito administrativo e da gestão pública em nosso país.

Brasília, julho de 2016.

Prof^a Dra. Andressa de Oliveira Lanchotti

Professora das Faculdades Milton Campos-FMC, Minas Gerais e Pesquisadora Associada à Faculdade de Direito da UFMG, Minas Gerais.

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira

Professor da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP e da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP/USP.

**O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A RESPONSABILIDADE DOS
CONSELHEIROS DE ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS ESTATAIS**
**THE UNION COURT OF AUDITORS AND THE LIABILITY OF THE BOARD OF
DIRECTORS OF STATE COMPANIES**

Frederico Yokota Choucair Gomes
Paulo Roberto Lassi de Oliveira

Resumo

Este trabalho pretende responder à pergunta: em quais hipóteses e sob quais condições pode o conselheiro de administração de uma empresa estatal ser responsabilizado pelo Tribunal de Contas da União? Para respondê-la, procedemos à exposição da natureza de regime jurídico híbrido a que se encontram submetidas as empresas estatais, à caracterização do conselheiro de administração destas empresas como agente público, bem como à análise de julgamentos emanados pelo TCU. Concluímos que o conselheiro de administração pode ser responsabilizado somente caso participe efetivamente de deliberação de ato considerado irregular, ou tenha atuado em omissão continuada.

Palavras-chave: Tribunal de contas da união, Conselho de administração, Responsabilidade administrativa

Abstract/Resumen/Résumé

This paper intends to answer the following question: in which cases and under what conditions will a board member of a public company be held responsible by the Union Court of Auditors (TCU)? To answer, we proceed to an explanation about the nature of the hybrid legal system to which the public companies are subjected, a characterization of their board members, as well as an analysis of some judgments by the TCU. At last, we conclude that the board member can be held liable if he or she has participated in an irregular act or acted in continued omission.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Court of auditors, Board of directors, Administrative liability

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre os requisitos para responsabilização de conselheiros de administração de empresas estatais. A sua relevância encontra-se no fato de que o TCU vem, ao longo dos últimos anos, adquirindo crescente importância no papel de fiscalizador da conduta dos agentes públicos.

Assim, não é importante somente para os juristas o entendimento sobre as bases nas quais o Tribunal assenta sua jurisprudência, como também é para os gestores públicos, que devem estar atentos aos preceitos de governança corporativa e transparência que lhe são exigidos pelos órgãos de controle.

Não há dúvidas de que o tema da responsabilização do agente público é espinhoso, notoriamente ao considerarmos os recentes escândalos de corrupção, má gestão e possível influência político-partidária na maior empresa estatal brasileira, a Petrobrás. Frequentemente há uma linha tênue entre o que se poderia considerar um ato de risco do negócio e um ato de má gestão, ou antieconômico, ou ainda um ato influenciado por aspectos partidários que afetam negativamente os objetivos da empresa.

Sendo um órgão deliberativo, colegiado, que toma decisões que definem o rumo estratégico da companhia, o Conselho de Administração situa-se no núcleo dessa discussão, e o conselheiro de administração é o agente público responsável pelas decisões tomadas por este órgão. Neste particular, é importante destacar as diferenças de competência entre o Conselho de Administração e os órgãos de Diretoria, e como isso altera as hipóteses de responsabilização dos respectivos agentes públicos.

O trabalho desenvolve-se de maneira que primeiro tratamos de caracterizar as empresas estatais, explicando, para além das diferenças entre Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, o caráter de regime jurídico híbrido (parte privado, parte público) a que estão submetidas. A seguir, explicamos o posicionamento do Conselho de Administração no organograma de uma organização, destacando as responsabilidades e deveres do conselheiro da empresa estatal, notadamente por se caracterizar como agente público, sujeito à jurisdição dos órgãos de controle da Administração Pública, dentre eles o TCU, que possui competência para julgar o gestor público que administre recursos vinculados à União.

Finalmente, apresentamos o que entendemos como os principais julgamentos representativos da jurisprudência do TCU sobre a responsabilidade dos conselheiros de administração, por meio da exposição dos principais pontos ali abordados e dos enunciados resultantes, fazendo, a partir de então, nossas considerações e críticas.

2 A ADMINISTRAÇÃO INDIRETA E AS EMPRESAS ESTATAIS

A Administração Indireta constitui-se das entidades com personalidade jurídica própria que exercem as funções do Estado de forma descentralizada, vinculando-se ao aparato estatal, mas não o integrando. O art. 4º, II do Decreto-lei nº 200/1967 lista como entidades da administração indireta as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas.

De acordo com o art. 5º, incisos II e III da mesma Lei, Empresa Pública e Sociedades de Economia Mista – genericamente denominadas Empresas Estatais – possuem regime jurídico de direito privado, mas divergem na composição de seu capital social e na forma societária a ser adotada.

A Empresa Pública é constituída de capital exclusivamente público, enquanto a Sociedade de Economia Mista possui participação de capital privado, embora seu controle permaneça nas mãos de entidade pública. Ademais, a Sociedade de Economia Mista deve assumir obrigatoriamente a forma de Sociedade Anônima¹, enquanto a Empresa Pública não encontra tal restrição.

A sujeição ao regime de direito privado das empresas estatais não se dá de forma absoluta, pois embora sejam pessoas jurídicas de direito privado, seu controle pertence ao Estado, cumprindo um papel constitucional, previsto no art. 173 da Constituição Federal. Não sendo absoluto, o regime jurídico dessas entidades pode ser caracterizado como híbrido, em parte de direito privado, em parte de direito público, implicando o controle e fiscalização exercidos pelo Tribunal de Contas (CARVALHO FILHO, 2012, p. 496-497).

2.1 EMPRESAS ESTATAIS E CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

Da mesma forma como uma empresa de capital privado, as estatais são uma organização social, arranjada internamente por meio de relações hierárquicas entre diferentes órgãos sociais, dentre eles o Conselho de Administração. A presença do Conselho de Administração nas Sociedades de Economia Mista decorre de sua sujeição às previsões contidas na Lei nº 6.404/76, dentre as quais se destaca a obrigatoriedade da instalação do Conselho de Administração, conforme determinação expressa no artigo 239 do referido diploma.

¹ Por conseguinte, a Sociedade de Economia Mista estará sempre submetida à Lei nº 6.404/76, que trata sobre as Sociedades por Ações.

Embora não haja obrigatoriedade expressa de instalação do Conselho de Administração na Empresa Pública, por não estar sujeita à Lei nº 6.404/76, grande parte delas possui o Conselho de Administração, decorrente de previsão de seu Estatuto² e do art. 173, §1º, IV da Constituição Federal³. É natural que seja assim, pois mesmo aquelas constituídas para prestação de serviço público atuam majoritariamente de forma empresarial⁴, implicando que se estruturam sob os preceitos das melhores técnicas de administração.

Nesse sentido, adotam o sistema dualista de administração, que se caracteriza pela existência de dois órgãos de administração, Diretoria e Conselho de Administração, o primeiro responsável pelas atividades operacionais de gestão, e o segundo pela tomada de decisões estratégicas, prática reconhecida como princípio de boa administração (ADAMEK, 2009, p. 18).

A existência do Conselho de Administração no organograma da Empresa Estatal implica em sua colocação como órgão máximo de gestão, superior à Diretoria, posto que uma de suas competências é a avaliação, fiscalização, eleição e destituição de Diretores. A competência do Conselho de Administração, no caso das Sociedades de Economia Mista, está prevista no art. 142 da Lei nº 6.404/76⁵. No caso de empresas públicas, a competência é determinada por seu Estatuto.

Embora Conselho de Administração e Diretoria exerçam funções distintas, uma referente à gestão estratégica, outra à operacionalização da gestão, ambos os órgãos estão submetidos ao regime comum dos administradores (arts. 145 a 159 da Lei nº 6.404/76, no caso das Sociedades de Economia Mista), ou seja, atendem, em regra, aos mesmos requisitos de deveres e responsabilidades. Na aplicação da responsabilidade, no entanto, deve-se obviamente considerar as funções específicas de cada órgão, considerando sua modalidade,

² Por exemplo, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e a Caixa Econômica Federal. O Decreto nº 7.973, de 28 de março de 2013, que aprovou o Estatuto da Caixa Econômica Federal, prevê no artigo 8º, I, o Conselho de Administração como órgão de administração do Banco. Por sua vez, o Decreto nº 4.418, de 11 de outubro de 2002, no art. 11, prevê que o órgão de orientação superior do BNDES é o Conselho de Administração.

³ A Constituição assim determina no art. 173: “§ 1º **A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública**, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, **dispondo sobre:** (...) IV - **a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração** e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;” (grifo nosso).

⁴ Ainda que a empresa estatal exerça atividade caracterizada como serviço público, nada impede tal atividade seja explorada de forma empresarial, como bem exposto por FURTADO (2012, p. 63), que dá como exemplo maior os Correios. Com efeito, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos fornece um serviço público essencial, previsto no art. 21, X da Constituição, mas explora tal atividade como empresarial.

⁵ Trata-se de lista aberta, implicando que se podem atribuir ao Conselho de Administração outras competências que não aquelas mencionadas no dispositivo legal (LAMY FILHO e PEDREIRA, 2009, p. 1062).

estrutura e atividade, além da prática do mundo real (LAMY FILHO e PEDREIRA, 2009, p. 1094).

A esse respeito, especificamente quanto ao Conselho de Administração, impõe-se ressaltar a competência para tomada de decisão estratégica, e não operacional, bem como seu caráter de colegiado. Conforme ressaltam LAMY FILHO e PEDREIRA (2009, p. 1095-1096), “deve-se compreender que o Conselho de Administração é um órgão que não se incumbe da administração ordinária da companhia, menos ainda de seu dia-a-dia”.

2.2 O CONSELHEIRO DE ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS ESTATAIS COMO AGENTE PÚBLICO

Os membros do Conselho de Administração são considerados administradores da Companhia, pois o Conselho de Administração é um órgão da administração, a exemplo da Diretoria. Nesse aspecto, o conselheiro é agente público, posto que “*quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público*” (MELLO, 2011, p. 245).

Esta classificação pode gerar controvérsias, especialmente se nos referimos a uma Sociedade de Economia Mista, que pressupõe (i) a presença de capital privado, (ii) o atendimento dos interesses desse capital, (iii) a relação jurídica entre a Companhia e o conselheiro como sendo de Direito Privado⁶, e (iv) a eleição de parte dos conselheiros de administração pelos acionistas minoritários, ou seja, pelo capital privado.

Ocorre que as Sociedades de Economia Mista exercem a atividade empresarial nos termos do art. 173 da Constituição Federal, em atendimento a interesse público definido na norma que justificou sua criação, e seu regime jurídico é híbrido, estando portanto sujeito à fiscalização do Tribunal de Contas da União.

Assim, a caracterização do conselheiro de administração como agente público independe tenha sido eleito pelo acionista controlador (capital público) ou pelo acionista minoritário (capital privado), pois o conselheiro não se vincula a quem o elegeu, mas somente aos interesses e fins da companhia⁷. Ao fazer parte do Conselho de Administração de uma empresa estatal, o conselheiro está ciente dos fins almejados pelo Estado na criação de referida empresa, autorizado pelo art. 238 da Lei nº 6.404/76 e pelo art. 154, *caput* da mesma

⁶ Conforme assevera FURTADO (2012, p. 175), os dirigentes das sociedades anônimas, e, portanto, das Sociedades de Economia Mista, não são empregados, e sua relação com a companhia é a de Direito Privado, “*disciplinada diretamente pelas regras da Lei nº 6.404, de 1976, que cuida das sociedades anônimas*”.

⁷ Conforme se depreende da disposição contida no art. 154, §1º da Lei nº 6.404/76.

Lei, que determina sejam satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa, ainda que sejam companhias de capital exclusivamente privado⁸. Dessa forma, a empresa estatal deve perseguir, além do lucro, os fins de interesse público para o qual foi criada, objetivos que não se excluem.

A caracterização do conselheiro como agente público é de importância prática, pois significa que poderá ter seus atos fiscalizados pelos mesmos instrumentos e normas referentes ao controle dos atos administrativos. Assim, os dirigentes de empresas estatais são considerados autoridade para o cumprimento de normas de Direito Público, como aquelas referentes a licitações. Podem, portanto, figurar no polo passivo de mandado de segurança. Além disso, a responsabilidade do Estado, ainda que subsidiária, poderá ser levantada por atos desses agentes quando a empresa for prestadora de serviço público, como se depreende do art. 37, §6º da Constituição (MELLO, 2011, p. 246-247).

Mais importante, a classificação como agente público submete o responsável às Leis e normas que tratam de atos de improbidade administrativa, embasando a aplicação das sanções previstas nesses estatutos.

⁸ Defende-se aqui, assim como CATEB (2009), que a função social de uma empresa privada é a obtenção e maximização de lucro a partir do desenvolvimento de sua atividade econômica lícita, gerando empregos e arrecadando tributos. No entanto, a de uma empresa estatal é não somente isto, mas também o atingimento dos fins de interesse nacional ou coletivo para o qual foi criada.

3 A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O Tribunal de Contas da União é um tribunal administrativo de controle externo das contas da União, auxiliar ao Congresso Nacional, cuja competência é prevista no art. 71 da Constituição Federal, dentre elas o julgamento das contas dos administradores da administração indireta e a aplicação de sanções aos responsáveis por dano ao erário.

Embora a Constituição não traga a previsão de julgamento das contas das Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas de forma expressa, a Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União) e o Regimento Interno do TCU assim o fazem, em dispositivos de mesma redação, conforme artigo 5º, incisos III e X de ambos os diplomas. A jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal reconhece a competência do TCU na fiscalização das empresas estatais⁹.

O inciso VII do artigo 71 da Constituição prevê a função sancionadora do Tribunal, que poderá aplicar penas aos responsáveis por ilegalidades. Na Lei Orgânica do TCU há previsão de gradação na aplicação de multas, de acordo com a classificação de cada ato lesivo ao erário. Menciona-se no artigo 58, inciso III da Lei Orgânica, o “*ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário*”.

Ou seja, há previsão de aplicação de sanção não apenas por atos que representem enriquecimento ilícito de agentes, obtenção de vantagens pessoais ou infração a normas contábeis e financeiras, mas sim atos de gestão antieconômicos, referindo-se à própria tomada de decisões empresariais equivocadas no âmbito da atividade empresarial.

Essa questão é central, tendo em vista que o exercício da atividade empresarial pressupõe a assunção de riscos, por vezes imprevisíveis, dos quais pode resultar dano ao erário e a consequente caracterização como gestão antieconômica. Separar o que é ato lícito na condução da companhia, e o que é ato ilícito por ser antieconômico é um desafio a ser enfrentando de acordo com o caso concreto.

Por último, vale destacar que os administradores de Companhias podem ser responsabilizados civilmente (aplicação do regime jurídico de Direito Privado/Societário),

⁹ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA: FISCALIZAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. ADVOGADO EMPREGADO DA EMPRESA QUE DEIXA DE APRESENTAR APELAÇÃO EM QUESTÃO RUMOROSA. 1. - Ao Tribunal de Contas da União compete 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 (CF, art. 71, 11; Lei 8.443, de 1992, art. 1º, 1). 11. - As empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, não obstante os seus servidores estarem sujeitos ao regime celetista. (...). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 25.181-DF Plenário. DJ 16/06/2006. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Data da Sessão: 10/11/2005).

penalmente ou administrativamente (SUNDFELD e CÂMARA, 2008, p. 21). A fiscalização e sanção do TCU é a responsabilização administrativa do gestor, atinente à sua condição de agente público que possui o dever de prestação de contas e zelo pelo patrimônio público.

Consequentemente, a fiscalização do TCU não exclui a de outras entidades ou órgãos, como, no caso das Sociedades de Economia Mista, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), haja vista a sujeição aos mecanismos determinados pelas normas que regem o mercado de capitais (FURTADO, 2012, p. 180), tampouco impede a condenação dos administradores na esfera penal ou cível.

4 A RESPONSABILIDADE DO CONSELHEIRO SEGUNDO O TCU

O Tribunal de Contas da União se manifestou em algumas oportunidades sobre a responsabilidade do conselheiro de administração das empresas estatais. Sua jurisprudência atual aponta para a responsabilização na hipótese em que efetivamente participem de atos irregulares ou no caso de omissão continuada.

O entendimento do TCU é interessante, pois o Conselho de Administração, em regra, não pratica diretamente atos de gestão, competência esta que é da Diretoria, o que implica em limitação da sua responsabilidade (QUATTRINI, 2014, p. 18). Assim, rara seria a efetiva participação do conselheiro em atos irregulares, salvo decorrente de efetiva deliberação e aprovação do ato na reunião do Conselho de Administração. Restaria, portanto, sua responsabilização por omissão continuada, conceito vago e de difícil definição.

O entendimento do TCU vem sendo construído ao longo dos anos, em julgamentos diversos, dentre os quais destacamos, em ordem cronológica, os Acórdãos 240/1997 - Plenário, 2014/2008 – Segunda Câmara, 3258/2008 - Segunda Câmara e 760/2013 – Plenário, analisados a seguir.

4.1 ACÓRDÃO 240/1997 – PLENÁRIO

O Acórdão 240/1997, proferido pelo Plenário do TCU, analisou o descumprimento por dirigentes da Petrobrás Distribuidora S.A. de determinação anteriormente exarada pelo Tribunal. Neste julgado decidiu-se por eximir de responsabilidade pelo descumprimento os conselheiros de administração, posto que o descumprimento da ordem seria de responsabilidade da Diretoria Executiva da companhia - ou seja, reconheceu-se as diferentes funções exercidas pelos órgãos de administração, com consequências na definição das devidas responsabilidades.

A partir de tal decisão, foi elaborado o seguinte Enunciado do TCU¹⁰: “Não podem os membros de conselhos de administração e fiscal ser responsabilizados por atos de desobediência praticados por membros de diretoria executiva”.

¹⁰ Conforme descrito no website do TCU, disponível no link <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/JurisprudenciaSelecionada.faces>, os enunciados são elaborados pela Diretoria de Jurisprudência da Secretaria das Sessões do TCU “a partir de deliberações selecionadas sob o critério de relevância jurisprudencial, levando-se em conta ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante”. Não constitui, porém, um resumo oficial da decisão.

4.2 ACÓRDÃO 2014/2008 – Segunda Câmara

O Acórdão 2014/2008, proferido pela Segunda Câmara do TCU, analisou a prestação de contas do Senar/RO referente ao exercício de 2002. Na análise, dentre outras irregularidades, foi constatada a concessão irregular de empréstimos à Faperon.

No processo que resultou tal Acórdão, determinou-se a citação dos dirigentes executivos do Senar/RO, que efetuaram tais empréstimos, bem como dos membros do Conselho de Administração daquela entidade, que aprovaram os empréstimos e a forma de quitação da dívida.

No julgamento o Tribunal considerou haver responsabilidade “diretiva e gerencial” do Conselho de Administração, cujos membros responderiam pelas ocorrências submetidas à sua aprovação de forma coletiva, salvo posição divergente consignada em ata¹¹. Considerou-se ainda que houvesse uma flagrante irregularidade na decisão tomada pelo Conselho de Administração, motivo pelo qual não foi aceita a justificativa de que o Conselho teria sido induzido ao erro pelo dirigente executivo.

Nas razões de decidir do Ministro Relator consta também uma importante análise quanto ao entendimento do Tribunal acerca da caracterização, ou não, da boa-fé dos gestores públicos:

Não-comprovação da boa-fé dos responsáveis. Julgamento das contas pela irregularidade.

(...)

36. **Nos processos do TCU, a boa-fé não pode ser simplesmente presumida, mas deve ser efetivamente comprovada a partir dos documentos que integram o processo**, sob pena tornar inócua a própria exigência da boa-fé. Em explanação clara e precisa sobre o tema, o Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, à época em que ocupava o cargo de Chefe de Gabinete do Procurador-Geral junto ao TCU, afirmou que verbis: "reconhecer a boa-fé significa extrai-la dos elementos contidos nos autos, significa que a boa-fé deve ser demonstrada, verificada, observada a partir desses elementos. Quer isso dizer que a boa-fé, neste caso, não pode ser presumida, mas antes deve ser verificada, demonstrada, observada, enfim, reconhecida" (Augusto Sherman Cavalcanti, Ministro do TCU, "A cláusula geral da boa-fé como condição de saneamento de contas no âmbito do Tribunal de Contas da União" in: Revista do TCU, Brasília: Tribunal de Contas da União, 2001, nº 88, abr/jun, pp. 29-41). Esse entendimento foi integralmente ratificado por ocasião da prolação do Acórdão 88/2003-Plenário, no qual a não-comprovação, no processo, da boa-fé dos responsáveis levou à negativa de provimento de recurso de reconsideração em prestação de contas.

37. De acordo com Sua Excelência, **o princípio do in dubio pro reo não cabe nos processos em que o ônus de prestar contas incumbe ao gestor**. Isso porque se tratam de processos iluminados pelo Princípio da Supremacia do Interesse Público, o qual, no dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, verbis "está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela

¹¹ Vale destacar que, no caso de Sociedades por Ações, o art. 158, §1º da Lei nº 6.404/76 traz esta previsão como excludente de responsabilidade.

Administração Pública" (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, 11ª edição, São Paulo: Ed. Atlas, 1999, p. 68). Ressalta o Exmº Sr. Ministro Augusto Sherman que verbis: "**não se está aqui no âmbito do Direito Civil, em que a regra é a de presunção da boa-fé. Está-se na seara do Direito Público. Trata-se de regra relativa ao exercício do controle financeiro da Administração Pública. Insere-se essa regra no processo administrativo peculiar ao Tribunal de Contas da União, em que se privilegia como princípio básico a inversão do ônus da prova, pois cabe ao gestor público comprovar a boa aplicação dos dinheiros e valores públicos sob sua responsabilidade**" (Augusto Sherman Cavalcanti, Ministro do TCU, op cit, p. 30).

38. Outra discussão relevante para a análise em curso é a da distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. A boa-fé subjetiva, conceito oriundo do Direito Romano e do Direito Canônico, pode ser definida como o estado de convencimento do indivíduo em estar agindo de maneira correta. A boa-fé objetiva, por sua vez, conceito oriundo do Direito Germânico, significa o ajuste do comportamento do indivíduo a um arquétipo jurídico de conduta social. Novamente, recorremos ao seguro estudo do Exmº Sr. Ministro Augusto Sherman verbis: "a boa fé subjetiva tem o sentido de uma "condição psicológica" que, em regra, concretiza-se no "convencimento do próprio direito", ou na "ignorância" de estar-se lesando direito alheio, ou na "vinculação à literalidade do pactuado" (...) A boa-fé objetiva deve ser vista (...) como regra fundada na "consideração para com os interesses do "alter", visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado" (Idem, p. 35).

39. Se tomarmos a boa-fé subjetiva como sendo o convencimento do próprio direito, não se pode admitir que os responsáveis estavam convencidos de que era legítima a entrega de valores a uma entidade privada, sem amparo de qualquer termo de convênio, seguido de um ajuste de fachada, com a clara intenção de conferir cobertura a ato francamente ilegal. Também não se pode admitir, especificamente em relação aos Srs. Francisco Ferreira Cabral e José Oliveira Rocha, que o mesmo estivesse convencido da regularidade dos pagamentos de combustíveis à Faperon, entidade dirigida por ninguém menos que o próprio dirigente do Senar/RO. Ou que estes dois responsáveis julgassem, sem reservas, correta a cessão de pessoal não prevista nas normas da entidade, a contratação de pessoas sem processo seletivo ou o pagamento de funcionários com recursos de convênio.

40. **Do ponto de vista objetivo, também não se enquadram os membros do Conselho de Administração no arquétipo esperado do administrador público, a não ser que esse arquétipo admita a reiterada negligência quando se lida com o dinheiro do contribuinte. Certamente, o arquétipo a que se refere o conceito da boa-fé objetiva não abriga procedimentos dessa ordem.** Além disso, importante é ressaltar que, de acordo com cuidadosos estudos realizados no âmbito desta Corte, a melhor exegese do artigo 3º da Decisão Normativa TCU 035/2000, é a de que a não configuração objetiva (entenda-se, nos autos do processo) da boa-fé dos responsáveis já constitui razão suficiente para se ultrapassar a fase de rejeição de defesa, proferindo-se, desde logo, o julgamento pela irregularidade das contas (Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Analista do TCU, "A caracterização da boa-fé nos processos de contas" in: Revista do TCU, Brasília: Tribunal de Contas da União, 2001, nº 88, abr/jun, pp. 71-74).

A análise em referência traz importantes elementos para que se entenda o posicionamento do TCU quanto à responsabilização dos gestores públicos e, no que concerne ao presente trabalho, dos conselheiros de administração de empresas estatais. A conclusão é que não se aplica a regra geral do Direito Privado, segundo a qual a boa-fé é presumida. Para o TCU, o conselheiro de administração deve comprovar a boa-fé, posto que possua o ônus da prestação de contas e da demonstração da boa aplicação dos valores públicos sob sua responsabilidade.

Do referido Acórdão elaborou-se o seguinte Enunciado: “Os membros do conselho administrativo de instituição financeira controlada pela União podem ser responsabilizados pela convalidação de empréstimo concedido irregularmente”.

4.3 ACÓRDÃO 3258/2008 - Segunda Câmara

O Acórdão 3258/2008 da Segunda Câmara do TCU assentou que a jurisprudência dominante do TCU é de que “os integrantes dos conselhos de administração e fiscal não respondem pelos atos praticados pela Diretoria”, havendo, porém, situações nas quais os conselheiros podem ser responsabilizados por omissão, notadamente quando ela é continuada.

No caso em julgamento, porém, a omissão continuada não teria se caracterizado, pois o ato irregular sob análise teria sido autorizado pela Diretoria da estatal, sendo que tal decisão não foi submetida ao Conselho de Administração que, por consequência, não poderia ter impedido o ato ilícito em análise.

Da decisão foi emitido o seguinte Enunciado: “Os integrantes dos conselhos de administração e fiscal, em regra, não respondem pelos atos praticados pela diretoria. Há situações, contudo, na qual os conselheiros podem ser responsabilizados por sua omissão, mormente quando esta se revela continuada”.

4.4 ACÓRDÃO 760/2013 – PLENÁRIO

No Acórdão 760/2013, do Plenário do TCU, considerou-se que ao Conselho de Administração compete o acompanhamento dos atos em nível estratégico, fixando a orientação geral dos negócios da Companhia, não podendo exigir-lhe o acompanhamento diuturno dos atos praticados pelos gestores.

Além disso, foi mencionado que os conselheiros de administração recebem apoio de auditores independentes e do Conselho Fiscal e, não tendo sido exposto problemas maiores nas reuniões do Conselho de Administração, não teria se caracterizado a omissão:

24. Já no tocante à omissão quanto à ausência de exame das justificativas apresentadas na fase de audiência, relacionadas à inexistência da prática de atos de gestão pelos membros do Conselho de Administração, cabem algumas considerações.

25. A análise feita pela unidade técnica, cujas conclusões acolhi em meu voto, conduziu à compreensão de que os referidos membros, em razão de suas competências legais e estatutárias, **mesmo não tendo sido responsáveis diretos pela prática de atos de gestão, não teriam fiscalizado adequadamente a gestão dos administradores**. Nesse sentido, consignei que, dada a abrangência e a

profundidade das ocorrências verificadas no ano de 1999, faltou ao referido conselho a atuação diligente requerida, consentânea com o momento por que passava a instituição.

26. Todavia, diante da abordagem oferecida pelo embargante, **devo reconhecer que as competências do Conselho de Administração encontram-se em um nível muito mais estratégico do que o acompanhamento dos atos praticados diuturnamente por administradores/gestores das instituições**. Nesse sentido, destaca-se, entre essas competências legais e estatutárias, fixar a orientação geral dos negócios do banco.

Outro ponto a se destacar no Acórdão 760/2013 é que, ao analisar a responsabilidade de um dos diretores do Banco do Nordeste, a Ministra Relatora Ana Arraes ressaltou o fato de que a Corte de Contas presume a culpa do gestor público que não comprova a correta administração do patrimônio público. Nesse sentido, a apuração de responsabilidade do agente não se encontra vinculada à eventual presença de dolo ou má-fé, elementos que somente configurariam agravantes para fins de dosimetria da pena.

Da decisão proferida resultaram dois Enunciados:

A responsabilidade dos conselhos de administração e fiscal não é genérica, mas decorrente de atos especificamente examinados e endossados. Em regra, os integrantes dos mencionados Conselhos não respondem pelos atos praticados pela Diretoria. A exceção ocorre nas situações em que os conselheiros podem ser responsabilizados por sua omissão, mormente quando esta se revela continuada.

A apuração de responsabilidade nas matérias submetidas à apreciação do TCU não se vincula à indicação de conduta dolosa do agente. Impõe-se ao gestor público o dever de demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos sob sua guarda, sendo que a omissão ou falta de exação no cumprimento dessa obrigação induz à presunção de culpa.

4.5 ANÁLISE CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO TCU

Da análise das decisões mencionadas no presente trabalho, podem-se extrair algumas constatações quanto ao entendimento adotado para a responsabilização dos conselheiros de administração de empresas estatais:

- (i) O Tribunal reconhece a delimitação de funções entre Diretoria e Conselho de Administração, sendo este um órgão de gestão estratégica que não estaria obrigado ao acompanhamento diuturno de atos operacionais e que não responderia pelos atos tomados de forma independente pela diretoria;

- (ii) A responsabilidade do conselheiro de administração está restrita aos atos sobre os quais tenha deliberado, ou na hipótese em que ocorra sua omissão continuada;
- (iii) A boa-fé do conselheiro não é presumida, posto que o ônus da prova, em processos no TCU, é invertido em razão do dever do administrador público de prestar contas e demonstrar o zelo pelo patrimônio público;
- (iv) A consignação, em ata, de posição divergente do conselheiro, exime-o da responsabilidade sobre os atos tomados a partir daquela deliberação;
- (v) Não se pode alegar indução ao erro na deliberação do Conselho de Administração quando tratar-se de flagrante irregularidade.

Algumas críticas e ponderações podem ser apresentadas ao entendimento da Corte de Contas.

A primeira é que, dos julgados analisados, verifica-se que o TCU, incluindo-se aí suas unidades técnicas, possui certa dificuldade na identificação do agente responsável pelo ato irregular, chegando muitas vezes a emitir pareceres de responsabilização de conselheiros fiscais, conselheiros de administração e dirigentes, com pouca distinção entre eles.

Não somente há dificuldade na separação das funções dos diferentes órgãos, como também na individualização da responsabilidade de cada membro integrante de um mesmo órgão. Evidencia isso o fato de que as sanções aplicadas aos agentes são basicamente idênticas, com multas de mesmo valor, embora se possa presumir que suas atuações se deram de forma diferente dada as diferentes *expertises* de cada um¹², o que implicaria numa gradação individualizada da pena. Tal dificuldade é compreensível, como bem expõe SUNDFELD e CÂMARA (2008, p. 3):

Outro ponto a ser destacado diz respeito à identificação do agente responsável – no caso de prática de ato que assim o exija – dentro da própria estrutura interna da pessoa jurídica. Como se sabe, a estruturação de pessoas jurídicas pode ser bastante complexa, admitindo diversos níveis de hierarquia e várias formas de composição de suas unidades. Assim, é possível vislumbrar, quanto ao tipo de competência exercida, órgão de consultoria, de instrução, de fiscalização, de apoio técnico ou de

¹² Cada dirigente ou conselheiro possui diferente área de formação, tendo, portanto, um padrão de julgamento diferenciado, o que deveria ser levado em consideração pelo Tribunal. QUATTRINI (2014, p. 19) dá o exemplo em que “um advogado, membro de um Conselho de Administração, terá padrão de análise de conduta mais rigoroso quando a deliberação envolver a aprovação de um contrato. Entretanto, terá padrão de análise de conduta mais flexibilizado se a deliberação envolver questão técnica de engenharia”.

deliberação. Quanto à forma de decisão, existem os órgãos que decidem de maneira colegiada e os de decisão unitária. Dependendo do tipo de organização da pessoa jurídica, do procedimento realizado para a tomada de decisão, do número de agentes envolvidos nesse processo, entre muitas outras circunstâncias, pode variar o grau de dificuldade na identificação dos agentes responsáveis pela prática de cada ato.

Outra questão que deve ser criticada no posicionamento do TCU é a adoção de um critério vago de omissão continuada como hipótese de responsabilização do conselheiro de administração. O Tribunal não deixa claro o que se configuraria como omissão continuada, sendo, portanto, um conceito indefinido que poderá levar a aplicações casuísticas, gerando insegurança jurídica.

Ainda que o TCU oferecesse um conceito objetivo ao que entende por omissão continuada, esta expressão pressupõe eximir de responsabilidade o conselheiro de administração por, no mínimo, um ato de omissão, responsabilizando-o somente pelo acúmulo de omissões. Ocorre que uma única omissão do Conselho de Administração pode ter graves repercussões na companhia e já configura, por si só, ato ilícito, antijurídico.

Não é razoável eximir o conselheiro por um ato de omissão que já caracteriza ilicitude, responsabilizando-o somente pelo acúmulo e continuidade de tais atos. Este último aspecto somente serviria como agravante de sanção de um ato irregular já configurado.

Por último, um cuidado a ser tomado pelo Tribunal é de que as empresas estatais, em regra, atuam em ambiente concorrencial na exploração de atividade econômica e, em razão disso, possuem um natural risco envolvido na gestão dos negócios. Sobre isso explica FURTADO (2012, p. 181-182).

A particularidade a ser considerada no exercício desse controle é o regime jurídico dessas entidades, inclusive quanto ao fato de que algumas delas atuam em mercados extremamente competitivos. O instrumental que deve se utilizar o TCU, ou mesmo o Poder Judiciário, quando examine os atos praticados pelos dirigentes de empresas estatais é o Direito Privado. Deve-se dar maior consideração a aspectos de economicidade do que de pura e simples legalidade. Não que os gestores dessas empresas não tenham de observar, em especial, os princípios da Administração Públicas; mas se deve ter em conta que algumas medidas a serem adotadas pelos gestores são atos mercantis e sob essa ótica deve ser a sua avaliação, de legitimidade ou ilegitimidade.

Trata-se, grosso modo, de analisar a conduta dos administradores à luz da *business judgement rule*, adotada pelo Direito Norte-americano e que vem crescentemente sendo aplicada no ordenamento jurídico brasileiro. SILVA (2007, p.1) explica que a *business judgement rule* compõe-se de “princípios aplicáveis à tomada de decisão dos administradores com razoabilidade e devidamente informados, que não lhes permitem a responsabilização no

caso de a decisão se tornar, de certo modo, desastrosa (...)"'. Vale dizer, entende-se o alcance da discricionariedade do administrador na tomada de decisão referente aos negócios da companhia.

Diante da dificuldade na definição do conceito de antieconomicidade, a aplicação da *business judgement rule* impõe-se como um parâmetro necessário quando da avaliação da responsabilidade do administrador, notadamente no âmbito das empresas estatais.

5 CONCLUSÃO

Esperamos que este trabalho tenha clareza sobre os critérios e hipóteses utilizados pelo Tribunal de Contas da União no julgamento da responsabilidade dos conselheiros de administração de empresas estatais.

De fato, dado a crescente atuação do TCU na fiscalização e punição dos agentes públicos, é relevante e atual a discussão acerca dos parâmetros utilizados pelo Tribunal para responsabilização desse tipo de agente público, que se diferencia dos demais por não possuir função operacional e por atuar em um ambiente de competitividade econômica, o que implica na assunção de riscos.

A jurisprudência da Corte de Contas demonstra que se considera como responsável o conselheiro que de fato tenha deliberado pelo ato considerado irregular, ou que tenha incorrido em omissão continuada. O conceito de omissão continuada mostra-se problemático, dado que é vago, não traz segurança jurídica ao administrador e restringe demasiadamente a hipótese de responsabilização de um agente público que deve atuar de forma contínua em observância das Leis e pela preservação dos recursos públicos.

Desta feita, é importante que o conselheiro da empresa estatal fique atento ao papel que lhe é esperado pelos órgãos de controle. Lado outro, é também importante que os órgãos de controle, notadamente o TCU, procurem apurar os conceitos e critérios utilizados para responsabilização do administrador da empresa estatal, de modo a proporcionar a segurança jurídica e transparência necessárias à boa fiscalização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMEK, Marcelo Vieira von. **Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 25.181-DF Plenário. **DJ 16/06/2006**. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Data da Sessão: 10/11/2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 240/1997 Plenário. **Ata nº 42/97**. Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva. Data da Sessão: 22/10/1997.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2014/2008 Segunda Câmara. **Ata nº 23/2008**. Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Data da Sessão: 08/07/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3258/2008 Segunda Câmara. **Ata nº 32/2008**. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Data da Sessão: 09/09/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 750/2010 Plenário. **Ata nº 12/2010**. Relator: Ministro Augusto Nardes. Data da Sessão: 14/04/2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 760/2013 Plenário. **Ata nº 11/2013**. Relator: Ministra Ana Arraes. Data da Sessão: 03/04/2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2824/2015 Plenário. **Ata nº 44/2015**. Relator: Ministro José Mucio Monteiro. Data da Sessão: 04/11/2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CATEB, A. Análise Econômica da Lei de Sociedades Anônimas. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, Belo Horizonte, v. 1., jan. 2009. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/10>>. Acesso em: 13 Jan. 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LAMB, R. (Coord.); JUENEMANN, J. V. (Coord.). Guia de Orientação para o Conselho Fiscal. **Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC)**, ed. 2. São Paulo: IBGC, 2007.

LAMY FILHO, A. (Coord.); PEDREIRA, J. L. B. (Coord.). **Direito das Companhias**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

QUATTRINI, Larissa Teixeira. **Os deveres dos administradores de sociedades anônimas abertas: estudo de casos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Alexandre Couto. **Responsabilidade dos Administradores de S/A: business judgement rule**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari.; CÂMARA, Jacintho Arruda. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DE DIRIGENTE DE EMPRESA ESTATAL. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, fevereiro/março/abril, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redade.asp>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2015.