

A COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E A LEI DAS ESTATAIS



Daniel de Carvalho Guimarães

Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.

Este artigo tem como objetivo investigar a competência dos tribunais de contas para apreciar a legalidade dos atos de gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista, como a indicação dos cargos para o conselho de administração e para diretoria.

A Lei nº 13.303/2016 é o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos. Ela pretendeu, entre outros objetivos, aprimorar a governança e a gestão das empresas estatais em um contexto histórico de aparelhamento dos cargos de primeiro escalão, com a escolha de membros dos conselhos e da diretoria com base em critérios meramente políticos ou de conveniência do governante de ocasião.

O art. 17, §§ 2º e 3º, da Lei nº 13.303/2016 contém vedações para a escolha dos administradores das empresas estatais. A norma não apresenta sanção específica para o seu descumprimento. Porém, as normas somente terão coercibilidade se contarem com mecanismos de controle no ordenamento jurídico, que permitam revisar as escolhas e impor sanções pelos sistemas sancionadores existentes:

Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas "a", "b" e "c" do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III:

(...)

§ 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:

I - de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;

II - de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;

III - de pessoa que exerça cargo em organização sindical;

IV - de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia

mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;

V - de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.

§ 3º A vedação prevista no inciso I do § 2º estende-se também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas.

No Brasil, em geral, há a possibilidade de controle de atos administrativos pela própria entidade pública, pelos tribunais de contas e pelo Poder Judiciário. As empresas estatais estão submetidas a um regime jurídico misto, parte de direito público, parte de direito privado, nos termos do art. 173, § 1º, da Constituição de 1988 e da Lei nº 13.303/2016. Assim, não são todos os atos de gestão que podem ser controlados como se atos administrativos fossem, de acordo com as regras legais e os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência estabelecidos na Constituição.

A lei institui requisitos que contêm conceitos jurídicos indeterminados, como reputação ilibada e notório conhecimento, sobre os quais o controle dos atos administrativos tem seu alcance reduzido. O presente artigo recortou esse cenário para focar na possibilidade de controle pelos tribunais de contas sobre os atos de escolha dos dirigentes das empresas estatais em relação às vedações previstas no art. 17, §§ 2º e 3º, que contêm elementos objetivos, suscetíveis de controle posterior. Como exemplos, segundo os dispositivos, não podem ser escolhidos para cargos no conselho de administração nem na diretoria:

- a) ministro de Estado e seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau;
- b) secretário de Estado e seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau;
- c) secretário municipal e seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau;
- d) dirigente estatutário de partido político e seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau;
- e) titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciado do cargo, e seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau.

As hipóteses descritas contêm fatos que podem ser comprovados com elementos objetivos e buscam afastar dos cargos de direção das empresas estatais pessoas que tenham exercido ou exercem funções consideradas pelo legislador incompatíveis com a função de conselheiro ou diretor de empresa estatal. A norma contempla também a indicação de parentes em até terceiro grau dessas pessoas que exercem atividades incompatíveis para concretizar o favorecimento e negociação de apoio político, prática comum na história brasileira.

A fiscalização do cumprimento desses critérios de vedação pode ser feita pelos tribunais de contas? Entendo que sim.

O art. 70 da Constituição estabelece que o tribunal de contas atuará no controle externo das entidades da administração indireta quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Para tanto, o art. 71, II e VIII, concedeu a competência ao tribunal de contas para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos na administração indireta e para aplicar as sanções previstas em lei em caso de ilegalidade de despesa.

Após o advento da Lei nº 13.303/2016, a escolha dos dirigentes das estatais deixou de ser uma questão político-administrativa ou ato *interna corporis*, livre de controle, pois o agente ou órgão que pratica o ato

deve demonstrar a sua aderência aos requisitos e a sua não incidência nas vedações previstas em lei. E tais atos devem ser controlados pelos tribunais de contas, já que o desencontro entre ele e o conteúdo da lei caracteriza ilegalidade, em sua acepção clássica de descumprimento do comando normativo. Além disso, a escolha de um componente do conselho de administração ou da diretoria em desrespeito à lei configura ilegalidade da despesa da empresa estatal.

A discricionariedade na escolha do mandatário apenas tem lugar após a filtragem de legalidade, ou seja, o ato de escolha será discricionário a partir de opções, de pretendentes que cumprirem os requisitos legais e não incidirem nas vedações. Assim, o controle sobre o cumprimento dos requisitos e vedações do art. 17 é de legalidade e deve ser exercido pelos tribunais de contas.

Contudo, ainda é necessário enfrentar o art. 85 da Lei nº 13.303/2016:

Art. 85. Os órgãos de controle externo e interno das 3 (três) esferas de governo fiscalizarão as empresas públicas e as sociedades de economia mista e as relacionadas, inclusive aquelas domiciliadas no exterior, quanto à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação de seus recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial.

(...)

§ 3º Os atos de fiscalização e controle dispostos neste Capítulo aplicar-se-ão, também, às empresas públicas e às sociedades de economia mista de caráter e constituição transnacional no que se refere aos atos de gestão e aplicação do capital nacional, independentemente de estarem incluídos ou não em seus respectivos atos e acordos constitutivos.

O dispositivo permite o controle externo das empresas estatais quanto à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação de seus recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial. Perceba-se que o parâmetro da legalidade não está no artigo da lei. Essa ausência poderia criar a ilusão de que o controle externo não pode ser feito com base na legalidade.

O objetivo do art. 85 foi afastar a dúvida até então existente na doutrina sobre o alcance do controle sobre as empresas estatais, em virtude da sua natureza jurídica de direito privado. Porém, essa dúvida não existia quanto à legalidade que era, afinal, o principal parâmetro de controle do controle externo, de acordo com a Constituição. Principal, não único. A lei confirmou o espectro trazido na Constituição, no art. 70, por um controle abalizado nos parâmetros da legitimidade, da economicidade e da eficácia dos atos de gestão. Logo, não se deve compreender o art. 85 como limitador do conteúdo constitucional, sob pena de subversão da hierarquia que deve existir entre norma constitucional e norma legal.

Em conclusão, os tribunais de contas têm competência para apreciar a legalidade dos atos das empresas estatais de escolha dos seus mandatários, quanto ao cumprimento dos requisitos e da não incidência nas vedações previstas no art. 17 da Lei nº 13.303/2016, com o objetivo de garantir a eficácia do novo regime legal, mediante a imposição de sanções e de obrigações de fazer ou de não fazer aos responsáveis pela decisão em caso de descumprimento das regras legais.