



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Processo TC N. 2149/2008

Interessado: BANESTES – Banco do Estado do Espírito Santo

Assunto: PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL DE ORDENADOR

Egrégio Tribunal,
Eminentes Conselheiros,

Vieram o feito ao Ministério Público de Contas em razão do pedido de vista aduzido na 45ª Sessão Ordinária do Plenário, realizada no dia 19/12/2017, com o fito de proceder a uma análise mais acurada dos termos do voto do Conselheiro Relator de fls. 2039/2065.

Em suma, trata-se de Prestação de Contas Anual do BANESTES S.A. – Banco do Estado do Espírito Santo S/A, relativa ao exercício de 2007, sob a responsabilidade de Roberto da Cunha Penedo – Diretor Presidente.

Instado a se manifestar, a Unidade Técnica, por meio da competente Instrução Técnica Conclusiva, sugeriu pela irregularidade das contas e atos de gestão do Banco do Estado do Espírito Santo S/A - BANESTES, com a condenação dos responsáveis em ressarcimento ao erário na ordem de R\$ 225.816,49, sem prejuízo da aplicação da sanção pecuniária individualizada, nos termos da norma legal e regimental.

O Ministério Público de Contas, por meio do Parecer de fls. 1818/1831 e 1843/1849, pugnou, em preliminar, pela decretação da prescrição da pretensão punitiva, e no mérito, pela irregularidade das contas, com a condenação solidária dos responsáveis em ressarcimento ao erário, aplicando-lhes, cumulativamente, multa proporcional ao dano, sem prejuízo da aplicação da multa pecuniária de forma individualizada.

Seguidamente, após a realização da sustentação oral de Roberto da Cunha Penedo, os autos foram remetidos ao Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC, para apreciação das alegações apresentadas e dos documentos juntados aos autos¹, tendo sugerido, na oportunidade, em preliminar, a decretação da prescrição da pretensão punitiva, e no mérito, reiterou as conclusões da ITC 2832/2011.

Por fim, o Exmo. Sr. Conselheiro Relator Sérgio Manoel Nader Borges proferiu seu voto, destacando ausência de matriz de responsabilidade, motivo pelo qual extinguiu o processo sem resolução do mérito, em relação a grande parte dos indicativos de irregularidades, bem como acolheu as justificativas dos responsáveis quanto aos demais itens, e no mérito, julgou regulares as contas, deixando de determinar a instauração de tomadas de contas quanto ao item 4.1.2.6 do Relatório de Auditoria 195/2008.

Pois bem.

¹ Fls. 1886/2022.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Em seu percuciente voto, o Eminentíssimo Relator, Conselheiro Sergio Manoel Nader Borges, considerou que a sistemática adotada pela Unidade Técnica adotou o modelo de responsabilização objetiva, uma vez que foram responsáveis pelos achados de auditoria apenas a alta cúpula da Instituição Financeira – Banestes.

Argumentou que a instrução do feito não buscou examinar possíveis corresponsáveis que detinham atribuições administrativas de gestão e fiscalização de contratos e licitações, não sendo constatada nos autos, a individualização da conduta de cada um dos agentes responsáveis, com a verificação da culpabilidade e a aferição de nexo de causalidade entre a conduta praticada e o ato lesivo, devidamente quantificado.

Nesse sentido, apresentou algumas decisões dessa Egrégia Corte de Contas (entre outras, Acórdão TC-1177/2004-Plenário; Acórdão TC-263/2015-Plenário; Acórdão 721/2016-Plenário), na tentativa de demonstrar que foi adotada a responsabilização objetiva, resultando na ausência de matriz de responsabilidade, razão pela qual argumenta não ser possível a punição dos gestores citados.

Ademais, considerou inadequada a reinstrução processual com o refazimento da matriz de responsabilidade para citações de outros agentes de modo a compor o rol de responsáveis, dado que tais medidas podem se mostrar infrutíferas ou inviáveis em virtude do decurso do tempo, confrontando-se, assim, com o princípio da razoável duração do processo e os primados da economia processual, celeridade e segurança jurídica.

Embora criterioso e bem fundamentado o voto do Conselheiro Relator, necessária nova reflexão da situação jurídica delineada em face da Lei n. 6.404/1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, bem como define, de maneira específica, a responsabilização dos agentes responsáveis pela gestão e direção da sociedade anônima.

Imperioso destacar que o modelo de responsabilização dos autos, escapa da situação apresentada nos precedentes citados, pois a responsabilização dos administradores da companhia é estabelecida pela Lei n. 6.404/1976, em razão de se tratar no caso de uma sociedade de economia mista, sob a forma de sociedade anônima.

Dito isso, impende distinguir os citados precedentes, uma vez que a situação concreta dos precedentes envolvia a apuração de irregularidades no âmbito interno da administração pública direta, envolvendo servidores públicos sob o regime estatutário, ao passo que a situação em análise dos presentes autos, envolve apuração de responsabilidade no âmbito de sociedade de economia mista, cuja responsabilidade tem previsão legal na Lei n. 6.404/1976, restringindo-se aos sujeitos responsáveis pela administração da companhia.

Portanto, o caso em questão é qualitativamente distinto dos referidos precedentes, merecendo análise nos termos da legislação própria. Feita essa breve distinção entre as situações concretas julgadas nos precedentes apresentados e a situação apresentada no presente caso, passa-se a análise da responsabilização dos administradores responsáveis pelo Banco do Estado do Espírito Santo S/A – BANESTES.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Conforme disposto no artigo 138 da Lei n. 6.404/76, compete ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria, quando ausente o primeiro, a administração da companhia.

Contudo, tratando-se o caso em análise especificamente de sociedade de economia mista, o artigo 239² da citada lei é taxativo ao impor a instalação do Conselho de Administração.

No direito brasileiro, acompanhando as legislações societárias europeias, passou a adotar o sistema dualista de administração, figurando de um lado o conselho de administração, órgão tipicamente deliberativo e responsável pelas decisões estratégicas, e de outro lado, a diretoria, órgão decisório individual, marcado pela especialização e profissionalização na condução das atividades operacionais de gestão da companhia.

Assim, a organização da empresa decorre de relações hierárquicas entre diferentes órgãos e níveis de atuações, todos com plena autonomia dentro dos poderes legais e estatutários, cada qual com responsabilização correspondente ao feixe de atuação.

Nesse sentido, não obstante as diferentes atuações do conselho de administração e da diretoria, ambos os órgãos, por força do disposto no artigo 145³ da Lei n. 6.404/76, encontram-se submetidos ao regime comum dos administradores, com destaque para o cumprimento dos deveres e as responsabilidades (arts. 153 a 159 da Lei n. 6.404/76).

Desse modo, a responsabilidade dos gestores da companhia deve guardar relação com as funções específicas de cada órgão, bem como devem considerar as atribuições, competências e atividade de cada gestor dentro de sua área de atuação.

Justamente seguindo o modelo proposto pela lei de regência, a matriz de responsabilidade foi elaborada levando em consideração cada área de atuação dos diretores da sociedade, pois figuraram como responsáveis apenas os gestores incumbidos legalmente pela área em que constatada a irregularidade, uma vez que a eles são atribuídos amplos poderes para dirigir a sociedade.

Ademais, cumpre frisar que os poderes atribuídos aos diretores são indelegáveis, não sendo permitido a sua transferência a terceiros, razão pela qual não procede ao argumento de delegação de competências para execução de atos de gestão por terceiros.

Note-se, assim, que o modelo proposto para gerenciamento e responsabilização dos gestores de sociedade anônima, nos termos da Lei n. 6.404/76, difere do modelo adotado para responsabilização dos agentes públicos integrantes da estrutura da administração pública direta, autárquica e fundacional.

² Art. 239. As companhias de economia mista terão obrigatoriamente Conselho de Administração, assegurado à minoria o direito de eleger um dos conselheiros, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo.

Parágrafo único. Os deveres e responsabilidades dos administradores das companhias de economia mista são os mesmos dos administradores das companhias abertas.

³ Art. 145. As normas relativas a requisitos, impedimentos, investidura, remuneração, deveres e responsabilidade dos administradores aplicam-se a conselheiros e diretores.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Portanto, não há suporte legal que atribua, em qualquer grau, aos empregados públicos da empresa estatal, responsabilidade pelas irregularidades de atos de gestão, pois apenas os gestores incumbidos de poderes pela lei ou pelo estatuto social são os legalmente responsáveis por tais.

A doutrina vem abordando o tema nesse sentido, com destaque para os agudos ensinamentos de José Edwaldo Tavares Borba⁴, que assim abordou o tema:

[...]

A diretoria compõe o corpo executivo da sociedade, sendo seus membros os detentores exclusivos da representação social.

Os diretores vivem o dia-a-dia da empresa, pois lhes compete a direção da sociedade, em todos os planos (...).

O estatuto ou o conselho de administração poderão disciplinar os poderes dos diretores, estabelecendo as atribuições de cada um, com a especificação inclusive de áreas de atuação determinadas, sendo frequente a própria outorga de denominação aos cargos: diretor-presidente, diretor-financeiro, diretor-comercial, diretor-técnico etc.

(...)

Os poderes de diretores são indelegáveis, não cabendo, por conseguinte, transferi-los a terceiros.

Percebe-se que a responsabilização é aferida diante dos gestores legalmente responsáveis pela atuação da sociedade, não sendo legalmente permitida a pulverização da responsabilidade pelas irregularidades imputadas a sujeitos sem qualquer autonomia e competência legal para atuação.

Logo, não se imputam as irregularidades por atos de gestão aos empregados públicos ou mesmo aos executivos contratados pelo regime de Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Aduz-se, nesse sentido, que a responsabilidade pela escolha de empregado sem a capacidade para execução dos afazeres é do próprio diretor, na modalidade culpa *in elegendo* e culpa *in vigilando*, por ato próprio, e não por ato de terceiro, decorrente do dever de diligência, conforme previsto no artigo 153 da Lei n. 6.404/76.

[...]

Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

Com efeito, a Unidade Técnica já havia enfrentado o tema com maestria quando ponderou que mesmo que os contratos fossem assinados pelos gerentes, tal situação não serviria de um “salvo-conduto” para afastar a responsabilidade dos diretores, conforme o seguinte excerto extraído da ITC 1393/2011⁵:

⁴ BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 12ª. Ed. Renovar, 2010, pg. 405-406.

⁵ Fls. 1855/2051 do Processo TC 3949/2008.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

[...]

Apesar de não assinarem os termos contratuais em questão os administradores do BANESTES assumem a responsabilidade por eles ao emitirem normativo interno que permite aos gerentes e coordenadores assinarem contratos de baixo valor conforme consignado na Resolução 659⁶ de 28/02/2007 (Doc nº 30 – Informação Interna da 1ª CT), que define as alçadas para assinatura de contratos e solicitações de licitação no âmbito do BANESTES.

Ainda que fosse completamente desconsiderado o modelo de responsabilização da Lei n. 6.404/76, os elementos probatórios constante dos autos apontam para atuação concreta dos diretores em várias irregularidades, conforme já descritos em Parecer Ministerial de fls. 1843/1849.

É o que se depreende do exame dos contratos e termos aditivos constantes de fls. 595/648 do Processo TC 3949/2008, por meio do qual é possível verificar assinaturas apostas de Roberto da Cunha Penedo, Otacílio Pedrinha de Azevedo e José Mauricio Soares de Barros, ressaltando a clara responsabilidade dos mesmos quanto à irregularidade constante do item 3.1.14.

É o que sucede, também, quanto à irregularidade indicada no item 3.1.15, uma vez que o exame de fls. 1289/1314 permite de forma evidente apontar a responsabilização de Roberto Cunha Penedo, Paulo Roberto Mendonça França, José Márcio Soares de Barros e Ranieri Feres Doellinger.

Ante o exposto, o Ministério Público de Contas reitera as manifestações de fls. 1818/1831 e 1843/1849, no sentido de que seja, em preliminar, decretada a prescrição da pretensão punitiva, e no mérito, julgadas irregulares as contas, com a condenação solidária dos responsáveis em ressarcimento ao erário.

Por fim, com fulcro no inciso III⁷ do art. 41 da Lei n. 8.625/93, bem como no parágrafo único⁸ do art. 53 da Lei Complementar nº 621/12, reserva-se, ainda, este *Parquet* ao direito de manifestar-se oralmente em sessão de julgamento.

Vitória, 6 de fevereiro de 2018.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR-GERAL
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

⁶ Fls. 963/965.

⁷ Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

III - ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e **intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato;**

⁸ Art. 53. São partes no processo o responsável e o interessado, que poderão praticar os atos processuais diretamente ou por intermédio de procurador regularmente constituído.

Parágrafo único. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas terá os mesmos poderes e ônus processuais do responsável e do interessado, **observadas, em todos os casos, as prerrogativas asseguradas em lei.**