AÇÃO DE IMPROBIDADE E EXCLUSÃO DE SÓCIA: VERBAS FEDERAIS VOLUNTÁRIAS E RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR.

Pollyanna Kelly Maciel Medeiros Martins Alves.*

Sumário: 1. Apresentação; 2. A Ação Proposta pelo MPF; 3. A Ilegitimidade do MPF e a Competência do TJDFT; 4. A Exclusão da Sócia Gerente. 5. A Legitimidade da Prestação de Serviços; 6. Da Prescrição. 7. Dos Requerimentos.

1. Apresentação.

O presente artigo brotou de uma defesa prévia apresentada junto à Justiça Federal em face de uma ação de improbidade proposta por ilustre Procurador da República contra Secretário de Estado e ex-Secretários de Estado e contra particular, por estarem supostamente envolvidos em condutas ímprobas em relação a contratos de prestação de serviços de vigilância e limpeza em órgãos públicos distritais.

Até o presente momento, ainda não houve pronunciamento judicial sobre a presente controvérsia nem sobre as preliminares que foram levantadas na mencionada defesa prévia.

2. A ação proposta pelo MPF

O Ministério Público Federal - MPF, representado por ilustre Procurador da República, à época de atuação junto à primeira instância, ajuizou uma ação civil pública combinada com uma ação de improbidade administrativa em face de atual Secretário de Estado, de ex-Secretários e de particular, pessoa física e jurídica.

Alegou o MPF, sem nenhuma prova consistente, naquilo que diz respeito à pessoa jurídica, que esta participou de um suposto conluio com outras empresas, para fraudarem os processos licitatórios de prestação de serviços de vigilância para órgãos públicos do Distrito Federal, desde 01.01.1995 até o presente, bem como a suposta

* A autora é bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, com pós-graduação pela Escola Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território e pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, e advogada em Brasília.

ocorrência de superfaturamento dos preços cobrados para a prestação dos serviços de vigilância praticado pelas mencionadas empresas.

Segundo o MPF, após longa exordial, as práticas incorridas pela pessoa jurídica, supostamente em conluio com as demais empresas, e em face das atuações dos ex-Secretários de Estado do Distrito Federal, resultaram em um alegado prejuízo aos cofres distritais.

Por fim, o MPF requereu à Justiça que condenasse os primeiros réus, ex-Secretários de Estado e o atual Secretário, bem como a pessoa jurídica e a pessoa física, nas sanções do artigo 12, II da Lei 8429/92.

Pediu o MPF a aplicação das seguintes sanções: ressarcimento integral do dano; perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer essa circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por 8 anos, pagamento de multa civil de duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o poder público e receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 anos.

Requereu também o MPF a condenação de todos os réus ao pagamento das custas processuais, diligências, perícias e verba honorária, e a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da Lei 10.629/2002, mormente os dispositivos dessa Lei que concedem **prerrogativa de foro**.

3. A ilegitimidade do MPF e a competência do TJDFT

Inicialmente, levantou-se uma preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal para, perante a Justiça Federal, propor a presente demanda.

Essa preliminar de ilegitimidade descansa no fato de que, nada obstante o Distrito Federal receber valores repassados pela União, uma vez recebidos tornam-se parte das rendas dessa Unidade federativa, e sofrem a fiscalização dos organismos públicos que integram essa Pessoa Política da Federação, inicialmente o Tribunal de Contas do Distrito Federal e os sistemas de controle interno do Poder Executivo distrital, além do

próprio Ministério Público local.

Em sua extensa peça, o MPF indicou pareceres e decisões do Tribunal de Contas do Distrito Federal, bem como de decisões judiciais proferidas pela magistratura distrital. Em nenhum momento, demonstra ou comprova a atuação do Tribunal de Contas da União ou de decisões proferidas pela magistratura da União.

O simples fato de as verbas serem repassadas pela União não autoriza a competência da justiça federal para o exame das controvérsias envolvendo esse repasse, salvo o disposto no Art. 71, inciso VI, da Constituição Federal, que determina ao Tribunal de Contas da União “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante **convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres**, a Estados, ao Distrito Federal ou a Município”. Na cogitada controvérsia, não se trata dessas hipóteses de repasse de verbas, daí que compete aos órgãos do autogoverno do Distrito Federal a fiscalização desses haveres que integram efetivamente o patrimônio dessa unidade da Federação.

Nesse caso, o repasse de verbas da União deriva de expressa determinação constitucional (Art. 21, inciso XIV, CF) e legal (Lei 10.633/02, que institui o Fundo Constitucional do Distrito Federal). Aplica-se para esses valores o mesmo tratamento relativo à repartição das receitas tributárias (Seção VI, Arts. 157 a 162, CF.). Nessa linha de raciocínio, nem todos os valores repassados pela União ao Distrito Federal induzem a competência fiscalizatória e julgadora para os órgãos federais, inclusive o MPF e a Justiça Federal. A jurisprudência chancela esse entendimento:

Súmula 208 do Superior Tribunal de Justiça: “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal”

Súmula 209 do Superior Tribunal de Justiça: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”

Conflito de Competência nº 34.465, Relator Ministro Peçanha Martins, Superior Tribunal de Justiça:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO POPULAR. ANULAÇÃO DE CONTRATO. RESARCIMENTO DE VERBAS. INTERESSE DA UNIÃO.

Não há interesse por parte da União nas causas que versem sobre o ressarcimento de verbas repassadas ao Distrito Federal, tendo em

vista a incorporação destas no patrimônio do referido ente federal. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo de Direito da 5a Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal.”

Uma vez acatada essa preliminar de incompetência da justiça federal, essa mencionada demanda deveria ter como foro originário o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, haja vista o disposto no Art. 84, *caput* e parágrafos, do Código de Processo Penal – CPP (Decreto-Lei 3.689, de 03.10.1941) que dispõe:

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício da função pública, observado o disposto no § 1º.

Suscitou-se essa competência do Tribunal porque aparecem como requeridos atual Secretário de Estado do Distrito Federal e três ex-Secretários.

Nada obstante, se houvesse a superação da incompetência da justiça federal e o reconhecimento da legitimidade ativa do MPF para propor a ação, ainda assim, encontraria o óbice do disposto no referido Art. 84 do CPP e nas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal da 1ª Região, no sentido de deslocar a competência para este último. Eis o sufrágio do TRF de Brasília:

AGIP 2003.01.00.020641-2 /DF, Relator Juiz Plauto Ribeiro:
“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM INQUÉRITO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA. DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E POR ESTE TRIBUNAL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 10.628/2002 SUSCITADA. DECISÃO DA CORTE ESPECIAL QUE TERÁ EFEITO VINCULANTE PARA OS DEMAIS ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS DESTA CORTE DE JUSTIÇA. DESNECESSIDADE

DE OUTRAS ARGUIÇÕES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Plenário da col. Suprema Corte, na sessão realizada no dia 06 de novembro de 2003, apreciando o Agravo Regimental na Reclamação nº 2.381-8/MG, do qual foi Relator o eminente Ministro CARLOS BRITTO, decidiu pela aplicação do artigo 84, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela referida Lei nº 10.628, de 2002, enquanto não sobrevier o julgamento de mérito da ADIn nº 2.797.

2. A eg. Segunda Seção deste Tribunal, na sessão realizada no dia 03 de dezembro de 2003, decidiu observar essa orientação jurisprudencial do col. Supremo Tribunal Federal, acima mencionada.

3. Logo, pelo menos por enquanto, este Tribunal Regional Federal é competente para processar e julgar prefeito e ex-prefeito pela prática de crimes de responsabilidade e, ainda, quanto à ação de **improbidade administrativa**.

4. Por outro lado, parece-me totalmente desarrazoada a pretensão da Procuradoria Regional da República da Primeira Região de ver aplicado, na hipótese, o procedimento previsto no Regimento Internodeste Tribunal, para instaurar nestes autos um outro incidente de inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, que já foi suscitado no Inquérito Policial nº 2003.01.00.007945-0, em tramitação nesta Corte de Justiça.

5. Com efeito, caso a Corte Especial deste Regional, ao julgar o aludido incidente, venha a declarar a inconstitucionalidade da alteração no artigo 84, do Código de Processo Penal, promovida pela Lei nº 10.628/2002, a aludida decisão será aplicada a todos os feitos em tramitação neste Tribunal, enquanto não aceita eventual proposta de revisão da respectiva súmula, ou quando o Supremo Tribunal Federal decidir diversamente sobre a matéria, conforme o disposto no artigo 354, do Regimento Interno desta Corte.

6. Portanto, parece-me despropositado levar a julgamento da Corte Especial diversos incidentes de inconstitucionalidade argüidos em relação à mesma norma legal, quando basta um só pronunciamento para vincular todos os demais órgãos fracionários deste Tribunal.

7. Dessa forma, para que o presente processo não fique paralisado até que essa tormentosa questão seja resolvida no Supremo Tribunal Federal, devem os presentes autos retornar ao Ministério Público Federal para que, como autor, se quiser, adote as providências que julgar necessárias ao prosseguimento do feito.”

Essa competência do Tribunal atrai a demanda também em relação às pessoas física e jurídica envolvidas nessa ação. Essa conexão tem a chancela do Supremo Tribunal Federal:

HC 79.922, Relator Ministro Néri da Silveira: Informativo 180 do STF:

“Tendo em vista o disposto no art. 78, III, do CPP (“Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras: ...III - no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação.”), a Turma indeferiu habeas corpus em que se pretendia, por ofensa aos princípios do devido processo legal, do juiz natural e da isonomia, a descaracterização da competência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para julgar a ação penal - proposta para apurar a suposta prática de crimes cometidos contra o INSS - em virtude da extensão de foro privilegiado aos pacientes, pela prerrogativa de função de um dos co-réus, juiz de direito (CF, art. 96, III). Precedentes citados: HC 68.846-RJ (RTJ 157/563); HC 74.573-RJ (DJU de 30.4.98); PET 760-DF (RTJ 155/722).”

4. A exclusão da sócia gerente.

Equivocadamente o MPF indicou como parte na relação processual, na qualidade de requerida, a atual sócia-gerente da pessoa jurídica e detentora de 5% do capital social da empresa.

Com efeito, antes de ocorridos os fatos supostamente lesivos ao erário distrital, confeccionou-se o novo contrato social da empresa, tendo como sócios duas pessoas: uma com 90% das cotas do capital social e a outra com 10% das cotas, mas sem nenhum poder gerencial, à época.

Para demonstrar o despropósito de a atual sócia-gerente figurar como requerida, informa-se que a pessoa jurídica foi representada, naquilo que interessa à aludida controvérsia, pelo Sócio ostensivo, possuidor de 95% do capital. Nessa linha, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

REsp 168.028, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha:
“COMERCIAL. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. RESPONSABILIDADE PARA COM TERCEIROS. SÓCIO OSTENSIVO. Na sociedade em conta de participação o sócio ostensivo é quem se obriga para com terceiros pelos resultados das transações e das obrigações sociais, realizadas ou empreendidas em decorrência da sociedade, nunca o sócio participante ou oculto que nem é conhecido dos terceiros nem com estes nada trata.”

Mesmo em relação ao Sócio ostensivo, pessoa física que à época representou a pessoa jurídica, a sua eventual indicação como requerido esbarra na separação entre as

figuras dos sócios e da personalidade jurídica da empresa.

Sobre esse tema, a jurisprudência mansa e pacífica dos tribunais pátrios é no sentido de que para a responsabilização da pessoa física, por atos cometidos da pessoa jurídica, mister se faz a indicação pormenorizada das condutas eventualmente ilícitas, não bastando apenas dizer que se tratava de seu administrador, mas demonstrando a sua efetiva atuação no cometimento dos ilícitos, sobretudo se houver possibilidade de inflição de pena. Nessa toada, o certo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

REsp nº 312.266, Relator Ministro Hamilton Carvalhido:

“RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA (ARTIGO 95, INCISO "D", DA LEI Nº 8.212/91). DENÚNCIA. DESNECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS EM CRIMES SOCIETÁRIOS. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. PRINCÍPIO NULLUM CRIMEN SINE CULPA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1. A interpretação do parágrafo 3º do artigo 95 da Lei nº 8.212/91, que o vê como norma de presunção absoluta de responsabilidade penal, é infringente da Constituição da República e do direito penal em vigor, enquanto readmite a proscriba responsabilidade penal objetiva e infringe o princípio nullum crimen sine culpa.

2. Em sendo fundamento do juízo da autoria dos delitos, que determinou a definição dos destinatários da acusação, não, a prova da prática ou da participação da ou na ação criminosa, mas apenas a posição dos pacientes na pessoa jurídica, faz-se definitiva a ofensa ao estatuto da validade da denúncia (Código de Processo Penal, artigo 41), consistente na ausência da obrigatória descrição da conduta de autor ou de partícipe dos imputados.

3. Denúncia inepta, à luz dos seus próprios fundamentos.”

5. A legitimidade da prestação de serviços feitas pela empresa requerida.

De maneira perfunctória, no mérito, a exordial do MPF se louva em frágeis indícios do suposto cometimento de ilicitudes que vieram a causar dano ao erário distrital. Em sua longa petição, o Procurador da República parte das dificuldades porque passa o sistema de saúde pública do Distrito Federal que, na verdade, são mazelas que lamentavelmente atingem todo o sistema único de saúde montado a partir da

Constituição de 1988.

Infelizmente, não é privilégio do Distrito Federal a insatisfação popular com o serviço de saúde prestado à população. Insatisfação essa que tem uma grande quantidade de aspectos, que vão desde problemas gerenciais até o alto custo de um bom serviço de saúde e, no caso específico do Distrito Federal, um volume exacerbado de pessoas que não são residentes nesta unidade da Federação mas que se deslocam para cá em busca de um adequado tratamento, pois nas suas localidades não têm sequer o mínimo indispensável para um bom atendimento. Ninguém desconhece que, ainda, há muito o que melhorar na saúde pública, mas não se pode genericamente atribuir as suas deficiências sem apontar corretamente as verdadeiras causas.

No tocante à pessoa jurídica envolvida na comentada controvérsia, as acusações do MPF não merecem guarida. Não há, como alega o Procurador da República, dano ao erário distrital, especialmente porque o serviço que presta vem sendo prestado a contento e o preço cobrado do Distrito Federal por esse serviço está amparado por decisão judicial, como o próprio MPF noticiou.

A pessoa jurídica começou a prestar os serviços ao Distrito Federal por ter vencido a uma licitação em 05.07.1994. O contrato de prestação de serviços foi assinado em 03.09.1994 com termo final em 31.12.1994. Ainda em dezembro de 1994, a FHDF manifestou interesse em prorrogar a prestação dos serviços pela empresa, e o fizera até 30.04.1995. Vencida essa prorrogação, fez-se mais uma até 31.10.1995. Renovou-se novamente a avença até 23.03.1996. Desde esta última data, a empresa tem continuado a prestar os seus serviços, sem que a administração tenha disponibilizado qualquer instrumento formal. Em obediência ao princípio da continuidade do serviço público, a empresa, mesmo sem um instrumento formal, permanece servindo às unidades de saúde do Distrito Federal, sob pena de incorrer em responsabilidade se parasse com o serviço.

Em 17.11.1997 o Distrito Federal promoveria nova concorrência para a prestação dos serviços. Sucede que outra empresa obtivera ordem judicial para sustar essa concorrência, com a continuação dos serviços que vinham sendo prestados. A decisão, conquanto fosse em processo subjetivo, atingiu a todas as empresas, pois sustou o

processo licitatório. Essa outra obteve sucesso na primeira e segunda instâncias.

No presente momento, o Distrito Federal promoveu nova concorrência para a prestação dos serviços. Sucede que o MPDFT obteve decisão liminar que suspendeu a adjudicação da licitação, portanto, permanece a empresa prestando serviços sem o instrumento formal de contrato.

Em face dessas decisões judiciais, nada obstante a empresa não seja parte nessa lide, manteve a prestação dos serviços, pois foi alcançada, repita-se, pelos efeitos de decisão judicial em outro processo.

Em relação aos valores cobrados pela empresa em face dos serviços que vêm prestando ao Distrito Federal, esses valores foram viabilizados por força de ordem judicial com decisões favoráveis em todas as instâncias.

Nesse sentido, é preciso dizer que a empresa não concorreu para continuar prestando serviços sem o instrumento formal de contrato, mas foi atingida pelos efeitos de decisão judicial que impediu a realização uma das referidas concorrências, e, por força do princípio da continuidade do serviço público não deixou de prestá-lo, sob pena de incorrer em responsabilidade.

Em relação aos valores atualmente percebidos pela prestação desse serviço ao Distrito Federal, a empresa foi buscar amparo no Poder Judiciário, que reconheceu a legitimidade do pleito da empresa, pois efetivamente estava (como está) a prestar os serviços que deveriam ser remunerados. Portanto, a conduta da empresa está respaldada por decisões judiciais, seja no tocante à prestação do serviço seja em relação aos valores percebidos por esse serviço efetivamente prestado. Assim, descabida a acusação de superfaturamento, pois os valores que estão sendo cobrados têm autorização judicial. Ademais, o Tribunal de Contas competente não condenou a empresa.

6. Da prescrição.

Em pelo menos um aspecto a malsinada exordial trilhou caminho correto, o da prescrição. Com efeito, segundo o disposto no Art. 23 da Lei 8.429/92, prescrevem em 5 (cinco) anos as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nessa Lei. Dessa

maneira, todos os atos praticados antes de 1999 estão prescritos.

Nada obstante essa prescrição parcial, como a empresa não cometera qualquer ato ilícito, pois está tudo documentadamente comprovado e com respaldo judicial, confia-se que não precisará se beneficiar dessa prescrição, pois não incorreu em quaisquer das hipóteses ensejadoras de improbidade administrativa, até porque as condutas praticadas pela não causaram, como não causam, dano algum aos cofres distritais.

7. Dos requerimentos.

Em face do que foi exposto na defesa prévia e aqui anotado, requereu-se o seguinte:

a) o não recebimento da ação de improbidade administrativa por absoluta falta de demonstração da ocorrência das condutas delituosas;

b) o não recebimento por ausência de legitimação ativa do MPF para propor a demanda na Justiça Federal, quando o foro competente seria a Justiça Distrital;

c) se admitida a competência da Justiça Federal, o encaminhamento dos autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região;

d) o não recebimento da petição quanto à sócia-gerente, por não ter qualquer relação com a controvérsia debatida na presente demanda;

e) se superadas essas preliminares, a improcedência do pedido, pois o MPF não comprovou qualquer atuação ilícita ensejadora das sanções cabíveis no processo de improbidade administrativa, pois todos os atos estão em conformidade com o direito e acobertados por decisões judiciais legítimas.