

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATU SENSU EM  
DIREITO PÚBLICO E CONTROLE EXTERNO PARA  
ANALISTAS E TÉCNICOS DO TCU**

**ORIENTADOR: PROF. JOSÉ GERALDO DE SOUZA JUNIOR.**

**O CONTROLE EXTERNO DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO REALIZADAS PELAS  
SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA BANCÁRIAS**

**Arsenio José da Costa Dantas** é Analista de Controle Externo do TCU, graduado em Engenharia Mecânica pela Universidade de Brasília (UnB) e em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

**BRASÍLIA  
2006**

“O Senhor... Mire veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando...”. [Riobaldo, no Grande Sertão: veredas, de Guimarães Rosa].

## **Arsênio José da Costa Dantas**

Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, graduado em Engenharia Mecânica pela Universidade de Brasília (UnB) e em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

SUMÁRIO – Introdução, 1- O Controle Externo, 2- A Distinção Público e Privado e os Paradigmas de Estado de Direito, 3- Natureza jurídica das sociedades de economia mista e regime jurídico de seus bens, 4- Atuação das sociedades de economia mista na exploração da atividade econômica, 5- O controle das operações de crédito das sociedades de economia mista, 6-Conclusões, 7 – Referências Bibliográficas.

### **O CONTROLE EXTERNO DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO REALIZADAS PELAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA BANCÁRIAS**

**Autor: Dantas, Arsênio José da Costa (\*)**

## **INTRODUÇÃO**

O artigo 70 da Constituição Federal de 1988 determina que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada poder. O artigo 71 da Carta Magna explicita que o controle externo será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União – TCU, ao qual compete, entre outras atribuições, as seguintes:

II – 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 público;

[...]

IV – realizar por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II.

Da análise do artigo 70 e dos excertos do artigo 71, verifica-se que as sociedades de economia mista, por serem integrantes da administração indireta, submetem-se à

fiscalização do TCU. Porém, dada a sujeição dessas sociedades ao regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme o disposto no artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, este dispositivo tem sido invocado e, inclusive, fundamentado decisões no sentido de afastar o controle externo das sociedades mistas. Tal entendimento é exemplificado principalmente na decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.875,<sup>1</sup> que entendeu não ser cabível a exigência de instauração de tomada de contas especial<sup>2</sup> contra empregados do Banco do Brasil.

Consta da ementa da referida decisão o seguinte:

*[...] O TCU NÃO TEM COMPETÊNCIA PARA JULGAR AS CONTAS DOS ADMINISTRADORES DE ENTIDADES DE DIREITO PRIVADO. A PARTICIPAÇÃO MAJORITÁRIA DO ESTADO NA COMPOSIÇÃO DO CAPITAL NÃO TRANSMUDA SEUS BENS EM PÚBLICOS. OS BENS E VALORES QUESTIONADOS NÃO SÃO OS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MAS OS GERIDOS CONSIDERANDO-SE A ATIVIDADE BANCÁRIA POR DEPOSITOS DE TERCEIROS E ADMINISTRADOS PELO BANCO COMERCIALMENTE.*

Como o caso concreto versou sobre operações ativas realizadas pelo conglomerado Banco do Brasil com recursos captados de terceiros, durante a votação, a discussão foi centrada na natureza, ou seja, na origem dos recursos envolvidos nas operações, se pública ou privada, dado que o julgamento de contas pelo TCU cinge-se aos bens, dinheiros e recursos públicos (art. 71, II, CF). Ficou explicitado no voto vencedor, por maioria, que a prestação de contas só se daria, em se tratando de banco estatal, se envolvesse a gestão de fundos governamentais, levando gestores dessas instituições a entender que as operações de crédito por elas realizadas estariam fora da fiscalização do TCU, salvo se realizadas com recursos estritamente públicos.

É certo que a ausência de fiscalização do TCU em operações da espécie interessa a gestores dos bancos estatais, contudo, a teoria do controle externo e a distinção contemporânea entre o público e o privado no contexto do Estado Democrático de Direito estão a recomendar outra solução para o caso.

---

<sup>1</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 23.875. Revisor: Ilmar Galvão. Data de julgamento:07.03.02. Publicado no DJ de 30.04.2004.

<sup>2</sup> Procedimento previsto no artigo 8º da Lei Orgânica do TCU (8.443/92) que visa à apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano ou prejuízo ao erário.

Assim, o objeto do presente trabalho é demonstrar que as operações de crédito realizadas por sociedades de economia mista bancárias com lastro em recursos captados no mercado sujeitam-se ao controle externo que compete ao TCU nos termos do art. 71 da Constituição Federal de 1988, em vista do ordenamento jurídico vigente e da regulamentação das instituições financeiras em geral.

## 1- O Controle Externo

De acordo com Vives, é essencial para a existência de um Estado democrático, não só a origem democrática do poder, mas também o seguinte requisito:

La creación y organización de todas aquellas instituciones y mecanismos que permitan el ejercicio de una actividad de control de esse poder estatal. (...) De esta forma, a medida que va avanzando el proceso de democratización, deberían ir progresando también de forma proporcional, los mecanismos de control.<sup>3</sup>

Para esse autor, o nascimento e o desenvolvimento do Estado Constitucional de Direito e a adoção do princípio da separação dos poderes trouxeram uma nova dimensão ao conceito de fiscalização financeira e contábil da Administração, bem assim que, necessariamente, deve existir uma atividade de controle entre o Legislativo e o Executivo ou a Administração Pública, atividade essa costumeiramente reforçada com a presença de um órgão de contas ou de controle externo.<sup>4</sup>

Essa visão de controle externo desenvolveu-se a partir dos dois modelos de controle de gastos públicos historicamente existentes, o jurisdicional francês, onde se situa o nascimento dos tribunais de contas, e o modelo britânico, que deu origem ao sistema de auditorias gerais, tendo sido recepcionada e adotada, de um modo ou de outro, por muitos países do mundo. O objeto do controle, para Vives, abrange a totalidade da atividade/gestão econômico-financeira e das operações de todos os entes e organismos que compõem o setor público, e deve, portanto, atender à exigência de que se fiscalize toda atividade econômica estatal, e não apenas a legalidade dos

---

<sup>3</sup> VIVES, Francesc Valles. **El control externo del gasto público – configuración y garantía constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 27.

<sup>4</sup> Idem, p.60.

atos da Administração, mormente no contexto do Estado Social empresário e do Estado Democrático de Direito.<sup>5</sup>

Apesar de esses órgãos de controle poderem existir em quaisquer regimes políticos, é certo que nos regimes democráticos é que assumem toda a sua plenitude, no desdobramento da função essencial de informar à sociedade e aos seus representantes no Parlamento, como são geridos os recursos financeiros e patrimoniais públicos que, na realidade, lhes pertencem, com a eventual e conseqüente apuração de responsabilidades.<sup>6</sup> Essa, portanto, é a perspectiva do controle externo que se deve adotar para o caso das operações de crédito realizadas com recursos captados junto a terceiros pelas sociedades de economia mista bancárias.

## 2- A Distinção Público e Privado e os Paradigmas de Estado de Direito

De acordo com Araújo Pinto, para que seja aceitável e coerente o discurso sobre o tratamento das esferas do público e do privado é necessário inserir a descrição nos paradigmas de Estado de Direito verificados na história ocidental. Conforme o autor, no **Estado Liberal**, moldado pelo constitucionalismo clássico, pode-se “perceber uma nítida assimetria na relação *público-privado*. O domínio do privado, nesse cenário em que prevalece o liberalismo (político e econômico), é superdimensionado”, com a predominância da figura do contrato. Como conseqüência da luta contra o absolutismo, o público, inteiramente associado ao Estado, é visto com reserva.<sup>7</sup>

Sobre esse primeiro paradigma, Carvalho Netto afirma que ao limitar o Estado à legalidade, ou seja, ao requerer que a lei autorize a atuação de um Estado mínimo, configura, um ordenamento jurídico de regras gerais e abstratas, essencialmente negativas, que consagram os direitos individuais ou de 1ª geração, cenário no qual “a atividade hermenêutica do juiz só

---

<sup>5</sup> Idem, p. 260/264. Nesse mesmo sentido o artigo 24 da Declaração de Lima, da INTOSAI - International Organization of Supreme Audit Institutions.

<sup>6</sup> TAVARES, José F. F. **Tribunal de contas**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 23.

<sup>7</sup> ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. “Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (org). **O novo direito administrativo brasileiro**. Belo Horizonte: Forum, 2003. p. 36/37.

poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado”.<sup>8</sup>

Surgem, entretanto, segundo Araújo Pinto, a partir da segunda metade do Século XIX, manifestações de conflito e revolta por parte de setores atingidos pela crescente desigualdade material na distribuição de poder e riqueza – processo esse inicialmente acelerado pela Revolução Industrial Inglesa –, que marcam a ruptura do paradigma liberal. Datam desse período também manifestações no campo da teoria da constituição, acerca do estrito formalismo em que vinha incorrendo o Estado Liberal. A reação do Estado às revoltas e conflitos deu-se mediante uma mudança de paradigma: o surgimento do **Estado Social**, cuja tônica é a idéia de compensação, tornando-se o Estado um grande provedor, daí decorrendo um enorme crescimento do número de seus órgãos e de suas competências. Nessa perspectiva, afirma o autor, modifica-se a relação público e privado, havendo a hipertrofia do público. Inverte-se a polaridade verificada no Estado Liberal: a dimensão privada é que passa a ser vista com desconfiança. Altera-se a distinção entre direito público e direito privado, e a rigor, todo direito é público no Estado Social.<sup>9</sup>

Acerca do Estado Social, Carvalho Netto pondera que:

Não se trata apenas do acréscimo dos chamados direitos de 2ª geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive da redefinição dos de 1ª (os individuais): a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material.<sup>10</sup>

Assim, para esse mesmo autor, a hermenêutica jurídica reclama métodos mais sofisticados como as análises teleológica, sistêmica e histórica capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, no sentido da

---

<sup>8</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”. In: **Notícia do direito brasileiro**. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998. p. 8.

<sup>9</sup> ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. op. cit. p. 38/41.

<sup>10</sup> CARVALHO NETTO, Menelik de. op. cit. p. 8/9.

materialização do direito que a mesma contempla, tendo em conta a dinâmica das necessidades dos programas sociais. Com o final da 2ª Guerra Mundial, prossegue Carvalho Netto, o modelo do Estado Social começa a ser questionado, mas é no início da década de setenta que a crise do paradigma do Estado Social manifesta-se em toda a sua dimensão, na medida em que o Estado interventor transforma-se em empresa acima de outras empresas, tendo lugar “o advento dos direitos da 3ª geração, os chamados interesses ou direitos difusos, que compreendem os direitos ambientais, do consumidor e da criança, dentre outros. [...] A relação entre o público e o privado é novamente colocada em xeque”<sup>11</sup>

Sustenta Araújo Pinto que:

É com a crise do Estado Social que se viabiliza a construção - ainda em pleno andamento - de um novo paradigma: **o Estado Democrático de Direito**. [...] As esferas do público e do privado [...] passam, num cenário de construção do Estado Democrático de Direito, a ser vistas como complementares, equiprimordiais. [...] Figuras jurídicas clássicas como a de “discricionariedade da Administração” ou a de “ato de império” passam a ser observadas, sob o ponto de vista de uma crítica radicalmente democrática, como esferas de atuação do poder administrativo que atuaram, por grande período de tempo, isentas de qualquer controle ou discussão por parte da sociedade”.<sup>12</sup> [sem destaque no original]

Em sintonia com o exposto, Freitas assinala o seguinte:

O regime de princípios de Direito Público, bem entendido, não se apresenta em posição antagônica ao regime de Direito Privado, porque o sistema jurídico é um só, o que implica, por exemplo, que o chamado “Direito Privado Administrativo” não deve ser encarado como acento da estatização ou, o que seria erro idêntico, como sonegação do plexo específico de princípios publicistas regentes das relações de administração, ainda quando o Estado explore, por exceção, atividade econômica.<sup>13</sup>

No campo da hermenêutica constitucional, Carvalho Netto adverte que no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que satisfaçam a um só tempo, “a exigência de dar curso e reforçar a crença na legalidade, entendida como

---

<sup>11</sup> Idem, p.10.

<sup>12</sup> ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. op. cit. p. 45.

segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto".<sup>14</sup>

A lição de José Afonso da Silva sintetiza esse cenário concluindo que:

A igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda em elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social, nem a autêntica participação democrática do povo no processo político, de onde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos de controle das decisões e de sua participação nos rendimentos da produção".<sup>15</sup>

Sobre controle e democracia, afirma Bobbio, ao discutir as informações de que hoje dispõem os governos democráticos sobre os cidadãos, que “a velha pergunta que percorre toda a história do pensamento político – ‘quem custodia os custódios?’ – hoje pode ser repetida com esta outra fórmula: ‘quem controla os controladores?’”. E nesse sentido, pondera que se não conseguir encontrar uma resposta adequada para esta pergunta, a democracia, como advento do governo visível, está perdida. Quer dizer, “mais do que uma promessa não cumprida, estaríamos aqui diretamente de uma tendência contrária às premissas: **a tendência não ao máximo controle do poder por parte dos cidadãos, mas ao máximo controle dos súditos por parte do poder**” [sem destaque no original].<sup>16</sup>

Bobbio ressalta outra citação, porquanto entende que ela enuncia em poucas linhas um dos princípios fundamentais do Estado Constitucional, o de que o caráter público é a regra e o segredo é a exceção, a qual lança luzes sobre o impenetrável universo das operações financeiras

---

<sup>13</sup> FREITAS, Juarez. “Regime de bens das sociedades de economia mista e das empresas públicas”. *In: Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal*. Ano II, nº 22, maio 2002/2003. p. 874.

<sup>14</sup> CARVALHO NETTO, Menelik de. op. cit. p. 11.

<sup>15</sup> Apud CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. “Os novos caminhos do direito administrativo no contexto evolutivo do estado de direito”. *In: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (org.). O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2003. p. 333.

<sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p.43.

realizadas pelos entes governamentais: “Não há nada de secreto no Governo Democrático? Todas as operações dos governantes devem ser conhecidas pelo Povo Soberano, exceto algumas medidas de segurança pública, que ele deve conhecer apenas quando cessar o perigo”.<sup>17</sup>

Nessa mesma perspectiva a afirmação de Carvalho, ao discorrer sobre a Administração Pública no âmbito do Estado Democrático de Direito, no sentido de que a submissão da Administração a um conjunto de princípios, inclusive de natureza ética, exige, em contrapartida e como uma garantia maior do cidadão, a ampliação do controle sobre a atividade administrativa, tanto em nível judicial quanto por parte do Parlamento, e, ainda, pelo próprio Executivo.<sup>18</sup>

Bresser Pereira também deixa clara a importância social do controle, ao afirmar que existe no plano da sociedade civil uma luta democrática e republicana para que esta assuma o papel de defensora dos direitos de cidadania, e que através da democratização da sociedade civil e do aprofundamento da democracia, é possível construir um consenso sobre o interesse público, consenso esse que:

permite a emergência, neste último quartel do século XX, de um novo direito de cidadania, ‘os direitos republicanos’: **o direito que cada cidadão tem de que o patrimônio público seja de fato utilizado de forma pública**. Estes novos direitos [...] apenas se afirmam na medida em que a sociedade civil em cada país estabelece um consenso civilizado pelo interesse público, de forma a poder assumir a sua defesa: a defesa do patrimônio público. [...] Enquanto os direitos civis se afirmam contra um Estado autoritário todo-poderoso, os direitos políticos dão voz aos cidadãos dentro desse Estado, e os direitos sociais transformam o Estado em defensor de determinados direitos coletivos básicos, os direitos republicanos defendem o Estado ou mais amplamente a coisa pública contra sua captura por poderosos grupos privados<sup>19</sup> [sem destaque no original].

---

<sup>17</sup> Idem, p. 100.

<sup>18</sup> CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. op. cit. p. 335.

<sup>19</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. “Sociedade civil: sua democratização para a reforma do Estado”. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, WILHEM, Jorge, SOLA, Lourdes (org.). **Sociedade e estado em transformação**. Brasília: ENAP, UNESP, 2001, p. 106.

### 3- Natureza jurídica das sociedades de economia mista e regime jurídico de seus bens

A personalidade jurídica das sociedades de economia mista tem tido, por muito tempo, caráter polêmico, em razão da dualidade de sua disciplina pelo direito privado e por normas de direito público.<sup>20</sup> A par disso, o legislador constituinte optou por consagrar a natureza privada da sociedade de economia mista, enquanto participante estatal na exploração direta de atividade econômica, conforme se verifica na letra do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

Contudo, embora as sociedades de economia mista tenham personalidade de direito privado, o seu regime jurídico é híbrido, sofrendo influxo do direito público, conforme defendem Di Pietro<sup>21</sup> e Meirelles<sup>22</sup>, entendimento esse afirmado no julgamento do RESP 417794/RS no Superior Tribunal de Justiça.<sup>23</sup> Quer dizer, em que pese a sujeição ao regime jurídico das empresas privadas, a atuação das sociedades de economia mista encontra-se condicionada à disciplina normativa de direito público, mormente no que respeita à própria Constituição Federal de 1988.

Da interpretação do artigo 173, § 1º, inciso II, da Lei Maior, que prevê a sujeição das sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas, extrai-se que é vedado qualquer favorecimento legal ou benefício do Poder Público às empresas mistas enquanto participantes do domínio econômico, em resguardo ao princípio constitucional da livre concorrência, sem que isso signifique dispensá-las das sujeições típicas da Administração Pública, como a submissão ao controle externo.

Nesse sentido, sendo entes da administração indireta, as sociedades de economia mista devem observância aos princípios norteadores da Administração Pública de que trata o art. 37,

---

<sup>20</sup> TÁCITO, Caio. **Regime jurídico das empresas estatais**. Revista do Direito Administrativo, Rio de Janeiro: jan/mar, n. 195, p. 1-8, 1994.

<sup>21</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 354.

<sup>22</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 330.

<sup>23</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP 417794/RS. Relator: Luiz Fux. Data do julgamento: 03.09.02. DJ de 30.09.02.

*caput*, da Carta Magna. Assim, ainda que realizem negócios na esfera privada, estão sujeitas aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, bem como sujeitam-se a outras limitações previstas no mesmo art. 37, como às exigências de autorização legislativa para sua instituição (inciso XIX), de investidura em cargos mediante aprovação em concurso público (inciso II), sujeição aos limites de remuneração, quando for o caso (§ 9º) e requisitos para ocupação de cargos (§ 7º), bem assim submetem-se ao regime de licitações e contratos (inciso XXI). Obedecem, ainda, à lei orçamentária anual, na hipótese prevista no art. 165, § 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

Quanto ao regime dos bens das estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), Meirelles entende que:

São, também, bens públicos *com destinação especial e administração particular* das instituições a que foram transferidos para consecução dos fins estatutários. A origem e a natureza total ou predominante desses bens continuam públicas; sua destinação é de interesse público; apenas sua administração é confiada a uma entidade de personalidade privada, que os utilizará na forma da lei instituidora e do estatuto regeedor da instituição. [...] Esse patrimônio, embora incorporado a uma instituição de personalidade privada continua vinculado ao serviço público, apenas prestado de forma descentralizada ou indireta por uma empresa estatal, de estrutura comercial, civil, ou mesmo especial. Mas, *lato sensu*, é *patrimônio público* [...].<sup>24</sup>

Geraldo Ataliba, por sua vez, não deixa qualquer dúvida sobre a relação do regime dos bens das empresas mistas e o controle externo, ao asseverar que o conceito de bem para efeito de controle financeiro é o mais amplo possível, abrangendo dinheiros, direitos de conteúdo econômico e toda e qualquer coisa – em que o dinheiro se pode converter – imputável a qualquer título às pessoas públicas e às entidades da administração indireta, mesmo as regidas por regime de direito privado. Em conseqüência, assevera que “devem entender-se por bem, para o efeito do irresistível controle externo, todas e quaisquer coisas materiais e imateriais, dotadas de valor econômico, atual ou potencial, afetadas de algum modo à atividade administrativa”.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 493.

<sup>25</sup> Apud CONTI, José Maurício. **Direito financeiro na constituição de 1988**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998. p. 4.

O entendimento de que os bens das sociedades de economia, e de resto, das empresas públicas, por se submeterem ao mesmo regime constitucional, são públicos, embora pertencentes a pessoas jurídicas de direito privado foi defendido por Freitas, a partir de diversos argumentos entre os quais o de que a Lei de Licitações trata seus bens como públicos – exigindo avaliação prévia, licitação na modalidade concorrência – ao disciplinar a alienação de bens imóveis e móveis, cuidando apenas de não exigir, em relação às empresas mistas e às públicas, diferentemente do que faz em relação aos imóveis de pessoas jurídicas de direito público, a autorização legislativa. Além desse argumento, registra Freitas o de que a expressão do art. 99, parágrafo único, do novo Código Civil, que considera dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas da Administração Pública para as quais tenha sido dada estrutura de direito privado, abarca as sociedades mistas e as empresas públicas, bem assim o de que a Lei de Responsabilidade Fiscal tratou os bens de determinadas empresas mistas e das empresas públicas como bens residentes no regime publicista.<sup>26</sup>

#### 4- Atuação das sociedades de economia mista na exploração da atividade econômica

A atuação dos bancos oficiais, sejam eles sociedades de economia mista ou empresas públicas, foi mantida após a promulgação da Constituição Federal de 1988, significando que houve recepção constitucional e, conseqüentemente, que estão presentes os requisitos constitucionais de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo na exploração da atividade econômica por essas entidades, conforme disposto em seu art. 173, caput, da *Lex Maxima*.

As competências atribuídas ao Banco do Brasil, nos termos do artigo 19 da Lei nº 4.595/64, ao Banco do Nordeste, conforme disposto no artigo 8º da Lei nº 1.649/52, e ao Banco da Amazônia, de acordo com o art. 1º da Lei nº 5.122/66, todas sociedades de economia mista, não deixam dúvidas quanto à dimensão da coletividade abrangida com seus negócios, de modo que o interesse coletivo, nesse caso, se confunde com interesse público primário.<sup>27</sup> Corrobora tal

---

<sup>26</sup> FREITAS, Juarez. op. cit. p. 869/871.

<sup>27</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 30.

entendimento, o fato de o sistema financeiro brasileiro ser um dos mais desenvolvidos do mundo, inclusive contando com a presença de instituições financeiras com destacada atuação internacional, plenamente capacitadas para atender aos agentes econômicos. Assim, a atuação de instituições financeiras controladas pelo Estado só se concebe num plano em que esteja presente o interesse público, do contrário, bastaria o Tesouro Nacional comprar uma participação acionária, minoritária, de outras instituições financeiras cujos lucros são astronômicos,<sup>28</sup> que estariam atendidas as necessidades de resultados financeiros.

A esse respeito, Carvalhosa considera que “o conceito fundamental, para se entender a função da sociedade de economia mista e sua forma capitalista, com a participação de acionistas privados minoritários, é de que ela precipuamente deve atender ao *interesse público primário*, e não ao *interesse público secundário* ou à *finalidade de lucro*”<sup>29</sup> [grifos do original].

## 5- O controle das operações de crédito das sociedades de economia mista

A votação do Mandado de Segurança nº 23.875 do STF, cujo excerto da ementa está transcrito retro, foi centrada na interpretação do disposto no art. 71, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que trata da competência do TCU para o julgamento das contas dos administradores e daqueles que manejarem recursos públicos, ou seja, a competência jurisdicional do TCU. Nos termos do voto-vista vencedor, ficou assente o entendimento de que recursos captados de terceiros em decorrência da atividade bancária não são públicos. Não se atentou, entretanto, para o fato de que além da competência de julgar contas, o TCU tem um extenso rol de atribuições constitucionais, entre as quais a de realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial **das entidades da administração direta e**

---

<sup>28</sup> De acordo com os balanços de 31/12/2005 recém-publicados pelos bancos, e fartamente comentados nos órgãos de imprensa, foram os seguintes os resultados em bilhões de reais: Bradesco, 5,5 (considerado o maior lucro da história dos bancos na América latina) ; Itaú, 5,2; Unibanco, 1,8. **Revista VEJA**, edição 1945, ano 39, nº 8, de 01/03/2006.

<sup>29</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas. Vol. 4.** 3ª ed. rev. at.. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 402.

**indireta**, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, como determina o artigo 71, inciso IV, c/c o artigo 70 da Carta de 88.<sup>30</sup>

Voltando-se ao cerne da questão, uma situação hipotética, mas perfeitamente factível, pode exemplificar a jurisdição do TCU sobre as sociedades de economia mista, a par da natureza ou origem dos bens por elas geridos. Suponha que a sociedade de economia mista capte recursos em banco no exterior e, mediante contratação de terceiros aqui no Brasil, construa um centro tecnológico de processamento de dados. Pergunta-se: o TCU tem competência para fiscalizar a execução desses contratos? Pode verificar se os valores pagos aos contratados estão de acordo com os previstos no contratos? Pode examinar se os bens adquiridos estão tecnicamente em conformidade com as especificações contratuais? Evidentemente que sim, à luz dos dispositivos constitucionais, que estabelecem a competência do órgão de controle externo. E aí indaga-se: e os recursos hipoteticamente empregados na aquisição dos bens não são de natureza privada, porquanto obtidos via empréstimo em banco alienígena? Essa distinção, portanto, não importa ao controle externo, já que este deve cuidar de qualquer atividade financeira do ente público, razão pela qual o emprego de recursos captados no mercado pode ser fiscalizado mediante controle externo.

Deste mesmo modo ocorre quanto aos famigerados contratos de publicidade e propaganda celebrados por essas entidades com agências de publicidade, cujas despesas são custeadas com recursos provenientes da própria atividade de exploração econômica da empresa. A se adotar a distinção recurso público x recurso privado da decisão do STF em apreço, não haveria recursos públicos envolvidos. No entanto, só para citar casos recentes, a partir da avalanche de denúncias veiculadas na imprensa sobre possíveis casos de corrupção e de desvio de recursos envolvendo **preponderantemente** as estatais,<sup>31</sup> o Sr. Presidente do TCU, em 06/07/2005, fez comunicação no Plenário daquela Casa determinando a realização de auditorias nas entidades alvo das denúncias, com vistas a auxiliar os trabalhos de investigação paralelamente conduzidos pelas

---

<sup>30</sup> Para uma crítica aos argumentos do voto-vista vencedor do MS nº 23.875, Cf. DANTAS, Arsenio José da Costa. “O princípio constitucional do controle externo em face da autonomia privada das sociedades de economia mista”. In: **Revista do TCU**. Ano 35. Nº 99, jan/mar. 2004, p. 21/31.

<sup>31</sup> Para um maior detalhamento das principais estatais, dos valores geridos e do poder dos dirigentes/agentes públicos envolvidos ver encarte “quem tem a chave do cofre”: **Revista VEJA**, edição 1912, ano 38, nº 27, de 6/7/2005.

Comissões Parlamentares de Inquérito nos termos do art. 49 da Carta Magna. Toda a fiscalização do TCU e das CPI, cujos achados foram fartamente divulgados nos órgãos de imprensa, foi conduzida nas estatais sem que, a rigor, tivesse sido gasto sequer um centavo de recursos do Tesouro Nacional.

A Lei nº 4.595/64, em seu art. 17, estabelece que são consideradas instituições financeiras “as pessoas jurídicas públicas e privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, a intermediação ou a aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”. Quer dizer, a função precípua das instituições financeiras, e, de resto, do sistema financeiro como um todo, é captar recursos dos poupadores e repassar aos agentes econômicos que necessitam de recursos. Portanto, a consecução dessa atividade da sociedade de economia mista bancária viabiliza-se mediante a realização de suas operações passivas (ligadas à captação) e das operações ativas (aplicação), onde se incluem as operações de crédito, parcela significativa do total do ativo dos bancos.<sup>32</sup> Deve-se verificar que além dos bancos estatais citados, há outras sociedades mistas que realizam operações financeiras de valores expressivos como o Instituto de Resseguros do Brasil, a Petrobrás e Furnas, além das empresas públicas que atuam no sistema financeiro nacional como a Caixa Econômica Federal e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Portanto, abrir mão da fiscalização desses recursos é o mesmo que nada fiscalizar, o que se revela incompatível com o controle externo de natureza parlamentar, que visa ao controle de toda atividade econômica estatal, bem como não se coaduna com a atuação das estatais na exploração da atividade econômica sujeita ao requisito do relevante interesse coletivo, conforme a letra do art. 173 da Lei Maior.

Conforme já dito, o foco da citada decisão do STF foi a natureza dos recursos envolvidos nas operações de crédito vis-à-vis a competência do TCU para julgar as contas dos que se utilizarem de recursos públicos. Contudo, ainda que se tenha em foco, como fez o STF naquela ocasião, a atuação do TCU enquanto julgador de contas, pode-se verificar, que mesmo nessa hipótese, é cabível a fiscalização da Corte de Contas nas operações da instituição, porquanto o

---

<sup>32</sup> O ativo total do Banco do Brasil somava R\$ 253 bilhões em 31/12/2005, conforme balanço publicado em 21/02/2006 no jornal Correio Braziliense, já incluída a carteira de crédito de R\$ 102 bilhões, o que dá idéia da relevância dos recursos envolvidos.

parágrafo único do art. 70 da Carta de 88, que estabelece quem tem o dever de prestar contas, inclui as situações em que se tenha bens e valores “pelos quais a União responda”. Nesse diapasão, quem responde pelos recursos captados ou aplicados pela sociedade de economia mista, regida pela Lei das Sociedades Anônimas, de acordo com a natureza ou tipo dessas sociedades, são os sócios, limitada a responsabilidade ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas (artigo 1º da Lei nº 6.404/76), e o **sócio majoritário obrigatoriamente é a União**.

Além disso, o *caput* do mesmo artigo 70 prevê que a fiscalização da União e das entidades da administração direta e indireta, será exercida, entre outros aspectos, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade. Não se vislumbra como se possa verificar tais aspectos da gestão de uma sociedade de economia mista bancária sem que se fiscalize suas operações ativas, nas quais se incluem as operações de crédito, bem como suas operações passivas, enfim a intermediação financeira que caracteriza a instituição financeira, independentemente da fiscalização exercida pelo Banco Central, que em última instância cuida da solvência do sistema financeiro nacional, e pela Comissão de Valores Mobiliários, entidades vinculadas ao Ministério da Fazenda, portanto, situadas na órbita do mesmo Poder (Executivo).

Aliás, a própria regulamentação das instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN aponta para a natureza pública das operações. O Conselho Monetário Nacional, dentro de sua competência atribuída pela Lei nº 4.595/64, editou a Resolução nº 2.099/94 e alterações posteriores, que estabelecem uma relação direta de responsabilidade entre os acionistas e as operações realizadas pela instituição. O patrimônio líquido exigido (recursos dos sócios) da sociedade é função das suas operações ativas e dos riscos dessas operações, de modo que, para operar, ela tem que ter um patrimônio mínimo. Ressalte-se que no voto que fundamentou a mencionada resolução do CMN, e no próprio texto da Resolução, ficou estabelecida como condição indispensável ao funcionamento das instituições integrantes do SFN a manutenção de capital integralizado e patrimônio líquido ajustado nos níveis mínimos exigidos, bem como de patrimônio líquido em valor compatível com o nível de risco de suas operações ativas. Por este princípio, cada operação da sociedade mista bancária só poderá ser realizada se contar com a participação de recursos do acionista majoritário, de modo que ele assuma o risco dos capitais da operação junto com os demais acionistas e, principalmente, junto com os poupadores (terceiros).

Como se sabe, o acionista majoritário das sociedades de economia mista bancárias é o Tesouro Nacional.

Melhor explicando, no dizer de Carvalho, “... se o banco pusesse seu próprio capital em risco quando fizesse empréstimos, expondo-se a perdas em caso de *default*, seria de se esperar que fosse mais cauteloso em suas decisões”<sup>33</sup> [destaque do original].

No bojo da adequação do capital das instituições às regras da Basiléia é que foi editado o Programa de Fortalecimento das Instituições Financeiras Federais (conforme Medida Provisória nº 2.961/2001). Referida MP, até hoje sem conversão em lei, determinou a cessão de créditos ditos “podres” detidos pelos Bancos públicos para o Tesouro Nacional.<sup>34</sup> Ou seja, o Tesouro, para não ter que aportar mais capital nas suas instituições bancárias, por conta de riscos, diga-se, prejuízos, nessas operações, assumiu operações inicialmente conduzidas por elas.

Nesse sentido, considerando o capital majoritário da União nos bancos estatais e o limite acima referido, pode-se chegar à conclusão de que as operações de crédito das sociedades mistas bancárias, a par da captação de recursos de terceiros, deverão sempre contar com parcela de recursos do Tesouro Nacional, se respeitadas as regras do Conselho Monetário Nacional.

Observe-se que a realização de operações ativas, particularmente as de crédito, situam-se dentro da discricionariedade do administrador, evidentemente dentro dos critérios estabelecidos pela própria instituição, pelo Banco Central e pela Comissão de Valores Mobiliários. O TCU, portanto, não determina a quem os bancos federais devem emprestar ou quando e de quem devem comprar títulos ou realizar outros negócios, por exemplo. Porém, a Corte de Contas tem

---

<sup>33</sup> CARVALHO, Fernando José Cardim de. “Inovação financeira e regulação prudencial: da regulação de liquidez aos acordos de Basiléia”. In: SOBREIRA, Rogério (org.). **Regulação financeira e bancária**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 135.

<sup>34</sup> Fato relevante publicado no jornal Correio Braziliense, de 25/06/01. Especificamente quanto ao Banco do Brasil, operações de várias linhas de crédito, principalmente no âmbito do crédito rural, deixariam de ser de risco do Banco, bem como houve troca de outros ativos (títulos da dívida externa brasileira e do Programa Especial de Saneamento de Ativos – PESA) com o Tesouro, no valor de R\$ 11,3 bilhões, o que, na prática, reduziu os ativos do Banco ponderados pelo risco e permitiu à instituição se enquadrar nas regras da Basiléia.

competência para fiscalizar tais operações a qualquer tempo, porquanto há o risco para o acionista controlador em cada uma de suas operações, conforme demonstrado.

A fiscalização restrita a recursos no âmbito de programas e fundos governamentais comprometeria o controle externo do resto dos recursos utilizados, que são larga maioria, não sendo razoável admitir que os administradores das estatais não se submetam à fiscalização do controle externo constitucional, ou que, no dizer de Jacoby Fernandes, “usem e abusem de recursos públicos como se dirigissem uma empresa privada”.<sup>35</sup>

Convém ressaltar que, recentemente, em 10/11/2005, o STF, por unanimidade, refez o entendimento do voto-vista vencedor no MS nº 23.875 ao julgar os MS nºs 25.092 e 25.181, relativos a ações impetradas pela Companhia Hidroelétrica do São Francisco (CHESF) e pelo Banco do Nordeste do Brasil S/A, ambas sociedades de economia mista<sup>36</sup>. O Relator do primeiro, Ministro Carlos Velloso, indeferiu o pedido e consignou, como já fizera no voto vencido no MS nº 23.875, que “lesão ao patrimônio de uma sociedade de economia mista atinge sem dúvida, o capital público – erário, portanto –, além de atingir também o capital privado”. Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio, relator do segundo, também indeferiu o MS e deixou consignado que “não se pode negar que a atuação de banco constituído sob a modalidade de sociedade de economia mista – revelando a história recente que não se primou pela cautela no campo da atuação financeira, fazendo-se negócios temerários em face de envolvimento políticos – diz com a possibilidade de, considerada gestão descabida, haver prejuízo ao erário”.

Com essa novel decisão do STF, ficou assente que 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.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tomada de Contas Especial**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, 2ª ed., p. 132.

<sup>36</sup> INFORMATIVO STF de 10/11/2005, Ata nº 31 de 10/11/2005.

<sup>37</sup> DIÁRIO DA JUSTIÇA Nº 53, de 17/03/2006, Ata nº 7

## 6- Conclusão

A partir do modelo de controle externo consagrado nos artigos 70 e 71 da Constituição Federal de 1988 e de uma crítica democrática à atuação da Administração Pública, não se pode admitir que a gestão de centenas de bilhões de reais por parte das sociedades de economia mista bancárias, mormente destinados a operações de crédito, fique imune ao controle externo, somente por se tratar de atividade bancária.

Considerando que o Tesouro Nacional, enquanto acionista majoritário, está obrigado a responder pelo risco de operações de crédito realizadas pelas empresas mistas bancárias federais com recursos captados de terceiros, que lesão ao patrimônio desses bancos atinge o capital público, bem assim que a sua atuação na exploração da atividade econômica está condicionada a relevante interesse coletivo, é imprescindível para toda a sociedade que as operações dessas instituições sejam fiscalizada mediante controle externo. Tal exigência revela-se mais premente, sobretudo no contexto do Estado Democrático de Direito, onde se deve prestigiar a visibilidade, os mecanismos de controle da Administração Pública e a materialização de direitos, especialmente o direito republicano, para usar a expressão de Bresser Pereira, de proteção do patrimônio público contra sua captura por interesses privados.

Assim, a hermenêutica no sentido de que o controle externo alcança a atuação dos gestores das sociedades de economia mista independentemente da natureza jurídica dos bens da instituição fiscalizada – visto que a sujeição ao regime privado apenas busca garantir a livre concorrência na ordem econômica em que atuam as empresas mistas, como ocorre com os direitos e as obrigações trabalhistas e tributários –, bem como da distinção pública ou privada da origem dos recursos captados, no caso das operações bancárias, mostra-se consentânea com as disposições constitucionais citadas e com os ideais do Estado Democrático de Direito.

Ademais, adotando-se a definição de Vives, não se encontra justificativa, nesse cenário, para que as operações de crédito contratadas pelas instituições financeiras públicas (bancos estatais), e de resto quaisquer operações e atividades de natureza econômico-financeira dos demais órgãos integrantes da Administração Pública, não sejam submetidas ao crivo do controle

externo, eis que tal controle constitui-se em função essencial derivada da própria natureza do Parlamento.

Nesse sentido, o indeferimento dos Mandados de Segurança nºs 25.092 e 25.181, em decisão unânime, determinando que as empresas estatais envolvidas (sociedades de economia mista) se submetam à fiscalização do TCU, com base no artigo 71 da Constituição Federal de 1988, aponta para um avanço no tocante ao controle das empresas mistas e quanto ao entendimento de que as operações de crédito realizadas com recursos captados no mercado pelos bancos estatais possam ser fiscalizadas pela Corte de Contas.

## 7- Referência Bibliográfica

- [ARAÚJO PINTO, 2003] ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. “Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito”. *In*: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (org). **O novo direito administrativo brasileiro**. Belo Horizonte: Forum, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. “Sociedade civil: sua democratização para a reforma do Estado”. *In*: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, WILHEM, Jorge, SOLA, Lourdes (org.). **Sociedade e estado em transformação**. Brasília: ENAP, UNESP, 2001.
- CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. “Os novos caminhos do direito administrativo no contexto evolutivo do estado de direito”. *In*: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (org.). **O novo direito administrativo brasileiro**. Belo Horizonte: Forum, 2003.
- CARVALHO, Ferando José Cardim de. “Inovação financeira e regulação prudencial: da regulação de liquidez aos acordos de Basiléia”. *In*: SOBREIRA, Rogério (org.). **Regulação financeira e bancária**. São Paulo: Atlas, 2005.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”. *In*: **Notícia do direito brasileiro**. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998.

- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas. Vol. 4.** 3ª ed. rev. at.. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CONTI, José Maurício. **Direito financeiro na constituição de 1988.** São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.
- DANTAS, Arsenio José da Costa. “O princípio constitucional do controle externo em face da autonomia privada das sociedades de economia mista”. *In: Revista do TCU.* Ano 35. Nº 99, jan/mar. 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FREITAS, Juarez. “Regime de bens das sociedades de economia mista e das empresas públicas”. *In: Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal.* Ano II, nº 22, maio 2002/2003.
- JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tomada de Contas Especial.** 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TÁCITO, Caio. **Regime jurídico das empresas estatais.** Revista do Direito Administrativo, Rio de Janeiro: jan/mar, n. 195, 1994.
- TAVARES, José F. F. **Tribunal de contas.** Coimbra: Almedina, 1998.
- VIVES, Francesc Valles. **El control externo del gasto público – configuración y garantía constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.