

O Princípio constitucional do controle externo em face da autonomia privada das sociedades de economia mista

Arsenio José da Costa Dantas

1. Introdução

De acordo com o art. 70 da Constituição Federal de 1988, 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. Estabelece, então, a Lei Maior, que o controle externo será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete, entre outras atribuições, nos termos do art. 71 da CF/88:

“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”.

Por outro lado, a Carta Magna dispõe no seu artigo 173, § 1º, que:

“§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

Arsenio José da Costa Dantas é Analista de Controle Externo do TCU.

[...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

Da análise dos excertos do art. 71, verifica-se que as sociedades de economia mista, por serem integrantes da administração indireta, submetem-se à fiscalização do Tribunal de Contas da União. Porém, dada a sujeição dessas sociedades ao regime jurídico próprio das empresas privadas, o disposto no inciso II do § 1º do artigo 173, tem sido invocado, principalmente pelos gestores dessas sociedades, para afastar o controle externo a cargo do TCU. Tais dirigentes sustentam a equiparação dessas empresas às empresas privadas e, na esteira da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Mandados de Segurança nºs 23.627 e 23.875, de 07.03.2002, entendem até mesmo que as estatais exploradoras de atividade econômica estão desobrigadas do dever de prestar contas ao TCU.

2. Natureza jurídica das empresas mistas

A natureza da personalidade jurídica das sociedades de economia mista é bastante complexa, em razão da dualidade de sua disciplina pelo direito privado e

por normas de direito público. De qualquer modo, o legislador constituinte optou por consagrar a natureza privada da sociedade de economia mista, conforme se verifica na letra do artigo 173, § 1º, inciso II, da CF/88.

A ementa do recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (RESP 417794/RS) explica a questão: “Embora as sociedades de economia mista tenham personalidade de direito privado, o regime jurídico é híbrido, sofrendo influxo do direito público. Assim, o direito a elas aplicado nem sempre é o privado. Essa derrogação parcial é imprescindível para manter a subordinação entre a entidade e o ente que a instituiu, posto atuar como instrumento de ação do Estado”.¹

Em outras palavras, embora tenha sido definida a personalidade jurídica da sociedade de economia mista, na Constituição da República, como de direito privado, a sua atuação encontra-se condicionada à disciplina normativa de direito público.

3. Limitações à autonomia privada das empresas mistas

Em sendo entes da administração indireta, as sociedades de economia mista devem observância aos princípios norteadores da Administração Pública. Ainda que realizem negócios na esfera privada, estão sujeitas aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, nos termos do art. 37, *caput*, da Carta Magna. Nessa linha de raciocínio, as empresas mistas sujeitam-se a outras limitações previstas no mesmo art. 37, como às exigências de autorização legislativa para sua instituição (inciso XIX) e de investidura em cargos mediante aprovação em concurso público (inciso II), aos limites de remuneração (§ 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 CF/88.

"Em outras palavras, embora tenha sido definida a personalidade jurídica da sociedade de economia mista, na Constituição da República, como de direito privado, a sua atuação encontra-se condicionada à disciplina normativa de direito público."

¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 417794/RS. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 30 set. 2002, Seção 1.

Quando à submissão dessas empresas ao regime das licitações, veja-se a recente Decisão nº 663/2002-TCU-Plenário, cujo relatório consigna:

“8.2.22. Tais entes, por determinação constitucional, estão obrigados a licitar e, até a elaboração do seu Estatuto, não há qualquer outra lei, que não a 8.666/93, estabelecendo as suas regras gerais de licitações e contratações. Da mesma forma, como entes pertencentes à administração pública indireta, as empresas estatais exploradoras de atividade econômica devem obediência às regras estabelecidas para a Administração quanto aos procedimentos internos para assinatura de contratos. A competência para legislar sobre esses temas é da União, e vem sendo exercida, até o momento, plenamente por intermédio da Lei 8.666/93”.²

Sobre a Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou a matéria concernente à licitação e a contratos relativamente às empresas públicas e sociedades de economia mista, manifesta-se DI PIETRO no sentido de que “abriu-se ensejo a que se estabeleçam normas sobre licitações e contratos diferentes para as empresas estatais. Enquanto não for estabelecido o estatuto jurídico previsto no art. 173, § 1º, continuam a aplicar-se as normas da Lei nº 8.666, já que o dispositivo constitucional não é auto-aplicável”³ [sem grifo no original]. Para Jessé Torres PEREIRA JUNIOR, o futuro regime jurídico dessas entidades depende do estatuto referido na EC nº 19/98, de modo que “a norma é de eficácia contida, na expectativa da sobrevinda da lei específica. À falta desta, o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista deve observar a legislação vigente”.⁴

Quando à exigência de investidura em cargos mediante aprovação em concurso público, o Supremo

Tribunal Federal posicionou-se a respeito, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 21.322/DF, impetrado contra decisão do Tribunal de Contas da União, que determinara à Companhia Docas do Ceará providências para o saneamento de irregularidades consistentes na admissão de empregados sem concurso. Eis a ementa da decisão do STF:

“CARGOS e EMPREGOS PÚBLICOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA E FUNDACIONAL. ACESSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público é princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168. [...] Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, PAR. 1.”⁵ [sem grifo no original].

Segundo Carlos Ari SUNDFELD, mais do que a definição de que as sociedades de economia mista submetem-se à regra do artigo 37, inciso II, da CF/88, a importância da decisão do STF no MS nº 21.322/DF reside no fato de que sinalizou a exegese que deveria prevalecer quanto ao artigo 173, § 1º.⁶ De acordo com o professor SUNDFELD, o sentido do artigo 173, § 1º, ficou bem delineado no voto do Ministro Celso de Mello:

“Esse preceito veicula norma de equiparação, que visa a deslegitimar qualquer deliberação do Poder Público que, ao conferir privilégio a entidades paraestatais que explorem atividade econômica, importe em tratamento discriminatório incompatível com os postulados constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência entre os diversos agentes econômicos [...] Sendo esse o *telos* da norma inscrita no art. 173, § 1º, da

²BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 663/2002-P. Relator: Ubiratan Aguiar. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 08.de jul. 2002. Seção I, p. 199.

³DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 394.

⁴PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Da reforma administrativa constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 374.

⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.322/DF. Relator: Paulo Brossard. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 23 abr. 1993. Seção I, p. 6921

⁶SUNDFELD, Carlos Ari. A submissão das empresas estatais ao direito privado: uma definição histórica do STF. **Boletim de Direito Administrativo**, ano XI, nº 4, maio de 1995. p. 286-290.

Carta Política, torna-se clara a impossibilidade de sua pertinente invocação para legitimar [...] a dispensa de prova seletiva pública [...]”⁷ [grifo do original].

Importa esclarecer que o artigo 173, § 1º, previa que a sociedade de economia mista que explorasse atividade econômica sujeitava-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Basicamente é a regra hoje disposta no inciso II do mesmo § 1º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Extraí-se, dessa forma, o entendimento de que o artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, visa, tão-somente, impedir qualquer favorecimento legal às empresas estatais, para que elas não sejam beneficiadas em relação às concorrentes privadas, preservando-se o princípio constitucional da livre concorrência.

Entre as limitações de ordem pública a que estão submetidas as sociedades de economia mista encontra-se também o controle externo. De acordo com a Constituição de 1967 (art. 71), previa-se que a fiscalização financeira e orçamentária da União seria exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei. Com relação ao TCU, conforme o § 1º do mesmo artigo, o controle externo compreendia a “apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos”.

“A Carta de 1988 (art. 70) acrescentou ao controle externo a competência para a fiscalização operacional e patrimonial das entidades da administração direta e indireta, bem como o exame da economicidade.”

Com base nesse dispositivo, a Lei nº 6.223/75, alterada pela Lei nº 6.525/78, limitava expressamente a atuação do TCU e dos demais tribunais de contas:

“Art. 7º As entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, de cujo capital a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município ou qualquer entidade da respectiva administração indireta seja detentor da totalidade ou da maioria das ações ordinárias, ficam submetidas à fiscalização financeira do Tribunal de Contas competente, sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo.

§ 1º - A fiscalização prevista neste artigo respeitará as peculiaridades de funcionamento da entidade, limitando-se a verificar a exatidão das contas e a legitimidade dos atos, e levará em conta os seus objetivos, natureza empresarial e operação segundo os métodos do setor privado da economia”.⁸

4. O controle externo - princípio constitucional

A Carta de 1988 (art. 70) acrescentou ao controle externo a competência para a fiscalização operacional e patrimonial das entidades da administração direta e indireta, bem como o exame da economicidade. Houve, sem dúvida, significativo incremento nas competências constitucionais conferidas ao TCU, como se vê no rol do art. 71 da Lei Maior. Destaque-se que o mesmo não ocorreu com relação à sujeição das sociedades de economia mista ao regime de direito privado. Tal princípio já fora consagrado na norma do artigo 163, § 2º, da Constituição de 1967 e mantido pelo Constituinte de 1988 no artigo 173, § 1º. Esse dispositivo estabelecia que “na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, [...] as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações”. Na Constituição de 1988 foram incluídas obrigações tributárias, e com a EC nº 19/98 direitos e obrigações civis e comerciais, o que fortalece o entendimento de que se cuida de garantir a livre concorrência entre as empresas mistas e as empresas privadas com atuação no mercado.

⁷SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 21.322/DF. Voto: Celso de Mello. Data do julgamento: 03.12.92. DJ de 23.04.93.

⁸BRASIL. Lei nº 6.223, de 14 de julho de 1975. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 de jul 1975. Seção I, p 8665.

"A competência da Corte de Contas para realizar auditorias, quer por iniciativa própria, quer por solicitação do Congresso Nacional, contempla todas as entidades da administração direta e indireta(art. 71, incisos II e IV, CF/88)".

Verifica-se, assim, que manteve-se o princípio da autonomia privada das sociedades de economia mista pelo Constituinte de 1988, porém, o controle externo foi ampliado, não podendo, com isso, o artigo 173, § 1º, ser invocado para afastar ou limitar o controle do TCU sobre essas sociedades.

A competência da Corte de Contas para realizar auditorias, quer por iniciativa própria, quer por solicitação do Congresso Nacional, contempla todas as entidades da administração direta e indireta (art. 71, incisos II e IV, CF/88). Portanto, ainda que vinculado ao emprego de recursos públicos, o controle externo visa à atuação dos gestores públicos, à sua administração, não se devendo questionar nesse mister se os bens da entidade fiscalizada sujeitam-se ou não ao direito comum enquanto objeto de direito pessoal, ou real, dessa entidade.

De acordo com Modesto CARVALHOSA, “os administradores dessas sociedades estatais vinculam-se ao direito público no exercício de suas atividades empresariais. E, com efeito, os administradores das sociedades de economia mista, na medida em que são nomeados pela autoridade competente, revestem-se da figura de agentes públicos, a quem se atribui a administração de um ente da administração indireta: a sociedade de economia mista”.⁹

No referido MS nº 21.322 foi ressaltado que o fato de os empregados das sociedades de economia mista serem regidos pela CLT, o mesmo regime dos trabalhadores das empresas privadas, não afasta a obrigatoriedade de ingresso de pessoal na entidade mediante concurso público. O mesmo se aplica ao regime dos bens dessas sociedades, que não tem força para afastar o controle externo constitucional.

A disciplina constitucional do controle externo lhe confere a condição de princípio. Não se trata, portanto, de simples regra de competência. Trata-se de princípio constitucional, porque atende ao requisito da generalidade, ao tratar da fiscalização de todos os entes da Administração Pública. Encerra também uma primariedade histórica, eis que o julgamento das contas dos responsáveis por bens e dinheiros públicos e a apreciação de atos e contratos para fins de registro vêm permeando as constituições brasileiras desde a promulgação da Carta de 1934. Tem também dimensão axiológica e denota ainda um caráter de vinculabilidade e aderência, eis que a Administração Pública não pode fugir ao controle do Legislativo. Sobre a função de controle político da atuação do Executivo pelo Legislativo, ANDREOZZI afirma que “não se pode dizer que essas funções essenciais, que são consequência da natureza mesma das Câmaras Legislativas sejam faculdades incidentais e acessórias. A nosso juízo, são faculdades fundamentais, transcendentais, de amplíssima projeção”.¹⁰ Nota-se, portanto, a abrangência da normatividade do controle externo, conformando-se como princípio constitucional.

E se dúvida houvesse quanto a isso, a própria Carta Magna encarregou-se de dirimi-la, ao erigir, expressamente, à categoria de princípio constitucional, a figura da *prestação de contas*, conforme artigo 34, inciso VII, alínea “d”. Se a prestação de contas dos administradores é elevada à categoria de princípio, o mesmo se pode dizer do controle externo, eis que aquela está contida neste, como, de resto, as demais competências constitucionais atribuídas ao TCU. O artigo 6º do Decreto-lei nº 200/67 também corrobora esse entendimento, pois, expressamente, coloca o controle como princípio da Administração.

⁹CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1999. Vol. 4. p. 401.

¹⁰Apud MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 602.

Cumpra registrar que, em termos de direito comparado, as competências detidas por Cortes de Contas européias, de que são exemplo Espanha, Portugal e França, demonstram que a sujeição das sociedades de economia mista ao controle externo, no modelo de tribunais de contas, é uma realidade no Direito Comunitário. No âmbito dos países que adotam o modelo de auditorias-gerais, embora sem a presença de empresas mistas, por não ser essa a tradição nesses países, parcerias implementadas com a utilização de recursos públicos e privados são prioridade na fiscalização.

5. Os princípios do controle externo e da autonomia privada das sociedades de economia mista à luz da hermenêutica constitucional.

Ponderando-se os princípios aparentemente antagônicos, à luz dos princípios de hermenêutica constitucional, chega-se ao entendimento de que a força normativa conferida pelo constituinte originário ao controle externo deve conviver com a atuação da empresa mista no domínio econômico, pois nada impede que a entidade atue no mercado e ao mesmo tempo seja submetida à fiscalização do TCU. Dessa forma, qualquer interpretação que imponha uma hierarquia abstrata entre a autonomia privada das sociedades de economia mista e o princípio do controle externo, atenta contra o princípio da unidade da Constituição. Quer dizer, a ausência de controle externo nessas sociedades fere de morte a competência do TCU, ao passo que o exercício pleno dessa competência não retira a eficácia da atuação das empresas mistas enquanto participantes do domínio econômico. Ademais, conforme o princípio da força

"Dessa forma, qualquer interpretação que imponha uma hierarquia abstrata entre a autonomia privada das sociedades de economia mista e o princípio do controle externo, atenta contra o princípio da unidade da Constituição".

normativa da Constituição, deve-se dar preferência ao entendimento que confira ao dispositivo efeito normativo ótimo, e não ao que lhe retira força normativa.

Em face do princípio da exatidão funcional, que deve preservar o esquema organizatório-funcional estabelecido pelo legislador constituinte originário, constata-se que a linha de interpretação no sentido de que a Corte de Contas não pode fiscalizar as sociedades de economia mista compromete a organização política constitucionalmente estabelecida, na medida em que retira do Congresso Nacional e do TCU competências expressamente previstas na Constituição Federal. Igualmente fere o princípio da independência e da harmonia entre os Poderes da República, de que trata o artigo 2º da Lei Maior. Observe-se que por expressa determinação constitucional, nos termos do artigo 60, § 4º, inciso III, o princípio da separação dos poderes nem mesmo poderia ser objeto de emenda constitucional tendente a aboli-lo, o que afasta que idêntico objetivo seja alcançado por simples juízo hermenêutico.

À luz do princípio da concordância prática, em que os bens jurídicos envolvidos no problema devem ser considerados, deve prevalecer o controle externo, eis que a norma do art. 71 da CF/88 busca tutelar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, por intermédio das diferentes modalidades de controle ali estabelecidas, em última instância, visa resguardar o interesse público, enquanto que o art. 173, § 1º, inserido na ordem econômica e financeira da Lei Maior, visa à garantia da livre concorrência.

Sobre o tema traz-se à colação o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que "o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência não têm caráter absoluto, sendo limitado pela própria Constituição".¹¹ O STF já decidiu também que "em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 397161/MT. Relator: Gilmar Mendes. *Diário da Justiça*, Brasília, DF: 14 de nov. 2002, Seção 1

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta Inconstitucional nº319 QO/DF. Relator: Moreira Alves. *Diário da Justiça*, Brasília, DF: 30 de abr. 1993, Seção 1

legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros”.¹² Ora, se na relação de consumo, eminentemente privada, o STF entendeu que o princípio da livre concorrência deve ser mitigado, não poderia ser diferente quando está em jogo o controle externo, em que se apresenta o interesse público, consistente no controle da Administração Pública pelos representantes do povo.

Observe-se que não se está tratando, no caso das empresas mistas, de mera participação acionária do Estado sem o controle da empresa, pois nesses casos o Tesouro Nacional teria que se contentar em atuar como acionista minoritário, nos termos da Lei nº 6.404/76. Muito ao contrário, trata-se de detenção pelo Poder Público de maioria, em geral expressiva, do capital social e do poder de controle da gestão de ativos superiores a dezenas e até mesmo centenas de bilhões de reais, e, por tal razão, ele deve atuar na fiscalização da empresa, com vistas à proteção do seu capital e à garantia do cumprimento da função social da estatal por ele instituída. E, nesse contexto, interessa particularmente a autonomia do controle exercido pelo Congresso Nacional por intermédio do TCU, dada a sua independência em relação ao Poder Executivo.

Lembre-se, ainda, que as empresas mistas são fiscalizadas pela Secretaria Federal de Controle Interno, nos termos do artigo 74 da Carta da República e do Decreto nº 3.591/2000; por empresas de auditoria independente, de acordo com os artigos 177, §§ 3º e 4º, e 142, inciso IX, da Lei nº 6.404/76; pelo Banco Central, em conformidade com a Lei nº 4.595/64, no caso de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional; pela Comissão de Valores Mobiliários, nos termos da Lei nº 6.385/76, artigo 8º, se companhia aberta, e pelas próprias unidades de auditoria interna.

Não há, todavia, nenhuma evidência de que tais fiscalizações impeçam a entidade de atuar na sua atividade econômica. Portanto, não se sustenta a defesa da inconveniência de submetê-las à fiscalização do

TCU, até porque é dever do controle interno auxiliar o controle externo na sua missão institucional, conforme já mencionado, nos termos do artigo 74 da Constituição Federal, cujo parágrafo primeiro estabelece que “os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária”.

Assim sendo, conclui-se que o significado da norma do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, que prevê a sujeição das sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas, cinge-se ao impedimento de qualquer favorecimento legal ou benefício do Poder Público às empresas mistas enquanto participantes do mercado na exploração da atividade econômica. A interpretação no sentido de mitigar ou afastar o controle externo exercido pelo TCU, deixando as sociedades de economia mista livres de qualquer controle verdadeiramente independente, coloca o patrimônio dessas entidades num patamar de risco desnecessário, enfraquecendo os instrumentos de controle e fiscalização.

6. As decisões do Supremo Tribunal Federal

No entanto, recentemente, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo que o controle externo a cargo do TCU, exercido sobre as empresas mistas, deve ter limitações. Embora o acórdão correspondente até o momento não tenha sido publicado, essa é a corrente de pensamento que norteou o Voto-vista que fundamentou a decisão nos referidos MS nºs 23.627 e 23.875, no sentido da inaplicabilidade do procedimento da tomada de contas especial,¹³ previsto na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, a empregados do Banco do Brasil, regidos pela CLT. O Relator do feito, Ministro Carlos Velloso, votou contra a segurança requerida pelo Banco do Brasil, argumentando que a Constituição Federal, expressamente, submete à fiscalização do TCU as contas dos administradores de entidades que integram a Administração Indireta, e que as sociedades de economia mista integram a Administração Indireta.¹⁴

¹³A tomada de contas especial é o instrumento de que se vale a administração para, em caso de desvio ou desfalque de recursos, identificar os responsáveis e quantificar os danos causados ao erário, com vistas ao seu ressarcimento.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.627. Voto do Relator: Carlos Velloso. 07.03.02. *Inf. STF*, nº259, Brasília, DF, 11 de mar. 2002.

Contudo, o entendimento que conduziu o Voto-vista do Ministro Ilmar Galvão, conforme já ressaltado, foi no sentido de descaracterizar o controle externo realizado por intermédio do TCU, como se verifica dos argumentos abaixo destacados:

“Dessume-se dos dispositivos transcritos que a fiscalização das empresas públicas e sociedades de economia mista, pelo Estado, bem como a definição da responsabilidade de seus administradores, encontram-se na dependência da edição de lei, que o legislador ainda não cogitou de elaborar.

A previsão do diploma regulamentar decorre, precisamente, da circunstância de as contas de tais entes da Administração Pública não se acharem sujeitas a julgamento pelo Tribunal de Contas, na forma prevista no art. 71, II, da Carta Magna. Do contrário, a lei prevista no mencionado § 1º do art. 173 da mesma Carta seria de todo despicienda”¹⁵ [sem grifo no original].

Não se pode anuir com o entendimento do Voto-vista, uma vez que norma de eficácia limitada ou mesmo de eficácia contida não poderia impedir a aplicação de norma constitucional de eficácia plena. Portanto, se norma não existe determinando a limitação do controle exercido pelo TCU sobre as empresas mistas, não há que cogitar dessa hipótese.

Prossegue o Voto-vista:

“Evidente, pois que a competência do Tribunal de Contas diz com as contas dos responsáveis por valores públicos, expressão que exclui, de pronto, desenganadamente, dessa competência do Tribunal de Contas, o julgamento das contas dos administradores de entidades de direito privado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista, cujo patrimônio, incluídos bens e direitos, não revestem a qualidade de bens públicos, mas de bens privados.

Na verdade, os bens desses entes, enquanto integrantes de seu patrimônio, são deles próprios, não se confundindo com os bens do Estado.

A participação majoritária do Estado na composição de seu capital não tem o efeito de transmutar em públicos tais bens, que conservam a condição de bens de natureza privada, tanto que não gozam de favores fiscais de qualquer espécie, não se lhes estendendo os benefícios de natureza processual que protegem os bens públicos, estando sujeitos a responder por quaisquer obrigações, civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, por elas assumida.

Se de bens privados se trata, é fora de dúvida que os seus administradores não estão sujeitos a prestar contas ao TCU” [sem grifo no original].

Sobre a exclusão da competência do TCU da apreciação das contas dos administradores das empresas mistas, não se pode examinar a expressão isoladamente do contexto do Voto-vista, porque seria um absurdo jurídico admitir que os administradores daquela instituição não prestem contas ao TCU, uma vez que a Constituição determina expressamente o julgamento das contas dos administradores da administração direta e indireta (artigo 71, inciso II). A propósito, o artigo 34 da Carta Magna prevê que “a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] d) prestação de contas da administração pública direta e indireta”. Vê-se, conforme já mencionado, que a própria Constituição elevou a prestação de contas da administração pública direta e indireta à categoria de princípio constitucional. O próprio Presidente da República, nos termos do artigo 49, inciso IX, da Constituição Federal, deve prestar contas anualmente ao Congresso Nacional. Portanto, não há justificativa para quem quer que se ache enquadrado nas hipóteses do art. 70, parágrafo único c/c o art. 71, inciso II, da Carta Magna, furtar-se a essa obrigação.

Ainda que se argumente a aplicação ao caso concreto do princípio contábil da entidade, pelo qual o patrimônio da instituição não se confunde com o patrimônio dos sócios, deve-se ter em conta que quando se reconheceu contabilmente no Banco

¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.627-2/DF. Voto vista: Ilmar Galvão. *Inf. STF*, nº 260, Brasília, DF, 4 de mar. 2002.

do Brasil os mega-prejuízos dos exercícios de 1995 e 1996 – respectivamente 4,25 e 7,52 bilhões de reais –, quem socorreu a instituição não foram os acionistas minoritários, cuja participação confere a natureza de empresa mista; foi o Tesouro Nacional. A Medida Provisória nº 1.367/96 autorizou a União a subscrever o capital da empresa em até R\$ 8,0 bilhões.¹⁶

Impende, além disso, considerar, que quem dá suporte às operações das instituições financeiras, das quais as operações de crédito são as mais significativas, é o seu patrimônio líquido, conforme regras estabelecidas no Anexo IV à Resolução nº 2.099/94 do Conselho Monetário Nacional - CMN. É dizer, sem a participação do Tesouro (Estado) na integralização de recursos, a instituição ficaria praticamente impedida de operar, dada a sua situação patrimonial. E sobre a questão dos bens, em que se centra o argumento do STF, o Parecer CONJUR/TCU nº 81/2003 considerou que “da mesma forma que o regime jurídico das empresas privadas não torna as empresas mistas em empresas privadas, os bens dos entes paraestatais, socorrendo-se novamente nos ensinamentos do notável Hely Lopes MEIRELLES, não são em toda a extensão do conceito, bens privados”.¹⁷

Sobre essa questão, Geraldo ATALIBA teceu considerações no sentido de que “o conceito de bem para o 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, 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, afetas de algum modo à atividade administrativa”.¹⁸

De resto, não é despiciendo repetir que, embora se considere os bens das sociedades de economia mista regidos pelo direito comum, esse entendimento, por si só, não tem o condão de afastar a atuação do

controle externo, pois seria o mesmo que se admitir a investidura em emprego público nessas entidades sem a realização de prévio concurso público, somente porque seu pessoal é contratado pelo regime trabalhista privado. Portanto, a posição do STF revela-se contrária ao princípio do controle externo, uma vez que pode retirar do TCU as competências que lhe foram conferidas pela Constituição Federal de 1988, e até mesmo inaceitável, sob a ótica do controle, quando se verifica o elenco de competências atribuídas ao Banco do Brasil nos termos do art. 19 da Lei nº 4.595/64.

Continua o Voto-vista do Ministro Ilmar Galvão:

“Entendimento em sentido contrário, certamente, valeria pela completa inviabilização da Corte impetrada, bastando imaginar que estaria ela compelida ao desempenho de tarefa inexecutável, qual seja, v. g., examinar as contas de cada um dos administradores não apenas das agências do Banco do Brasil instaladas no estrangeiro, mas também das milhares espalhadas por todo o território nacional

[...]

Se ao Tribunal de Contas incumbissem tais atividades, se lhe cumprisse fiscalizar todas as operações creditícias efetuadas pelo Banco do Brasil, para fim de determinar a instauração de tomada de contas especial relativamente a cada empréstimo ou financiamento concedido a mutuário inadimplente ou a cada operação realizada com o escopo de honrar imagem do estabelecimento e, conseqüentemente, a sua credibilidade, principalmente em praças estrangeiras, [...], seguramente toda a máquina operacional da Corte, ainda que ampliada, revelar-se-ia de dimensões ínfimas ante o vulto da tarefa”.

O entendimento de que o TCU não fiscalizaria todas as operações dado o gigantismo do Banco do Brasil e dos demais entes sob sua jurisdição, baseia-se em argumento apagógico. Seria, de fato, absurdo se imaginar que o TCU, a Secretaria Federal de Controle Interno ou qualquer empresa de auditoria independente pretendesse auditar a totalidade das

¹⁶BRASIL. Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas do Banco do Brasil do exercício de 1996.

¹⁷BRASIL. Tribunal de Contas da União. Parecer CONJUR nº 81/2003. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 de mar. 2003, Seção I. p. 82.

¹⁸Apud CONTI, José Maurício. Direito financeiro na constituição de 1988. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998. p. 4.

operações daquele Banco ou de qualquer outra estatal. Ao contrário, a complexidade e o volume das operações realizadas por essas empresas conduzem à aplicação de provas seletivas, testes e amostragens, cabendo aos auditores determinar o número e a profundidade de operações a serem examinadas, de forma a obter elementos de convicção que sejam válidos para o todo, considerando-se aspectos como a materialidade, o risco envolvido e outros critérios utilizados em auditorias.

E se o TCU, a quem caberia a fiscalização das instituições financeiras públicas – expressão da própria Lei nº 4.595/64 –, não tem como auditar todas as operações realizadas, como argumentou o Supremo, também não tem o Banco Central – a quem competiria tal fiscalização, de acordo com o mesmo Voto-vista –, pois cumpriria a essa autarquia fiscalizar a totalidade das operações das instituições financeiras e das demais instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, cujo número chegava a 7.151 empresas em funcionamento em dezembro de 2002.¹⁹

Na mesma linha de raciocínio, os seguintes argumentos do Voto-vista:

“Do mesmo modo, não autoriza ilação nesse sentido o inc. II do art. 71, que prevê o julgamento, pela Corte, das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades constituídas e mantidas pelo Poder Público, logicamente, quando responsáveis por bens públicos, o que não é o caso dos bancos, salvo, por óbvio, quando agirem na condição de gestores de fundos governamentais, como ocorre com a Caixa Econômica Federal relativamente ao FGTS, ou na condição de depositários de recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional, de responsabilidade da União, estritamente quanto à guarda e administração de tais recursos.

[...]

Tampouco autoriza providência da espécie tratada nestes autos a Lei nº 8.443/93 [*sic*] que, nos incs. I e II do art. 1º e nos incs. I e II do art. 5º, refere, como não

poderia deixar de ser, diante do texto constitucional, tão somente bens e valores públicos e danos causados ao erário.” [grifos do original].

Quanto a esse aspecto, cabe perguntar se não deveria ser fiscalizada pelo TCU uma hipotética operação de crédito deferida por instituição financeira pública com recursos de terceiros captados diretamente no mercado – portanto não sendo contratada com recursos de programas federais como os Fundos Constitucionais de Financiamento, o PIS/PASEP etc –, porém com total ou parcial descumprimento das normas aplicáveis à linha de crédito e da boa técnica bancária, ou seja, sem um adequado estudo da operação, sem que o proponente atenda aos requisitos de cadastro, sem a constituição das garantias exigidas. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, não! Se a hipotética operação de crédito, deferida indevidamente, resultar em prejuízo aos cofres do Banco, embora esse prejuízo reflita diretamente no patrimônio da entidade, como de fato reflete – à luz do disposto na Lei nº 6.404/76, artigos 178 e 187 –, ainda assim, pelo entendimento do STF, não cabe qualquer fiscalização da Corte de Contas.

Não se pode concordar com tal posição. O capital público deve ser protegido, e essa proteção deve ocorrer em todos os segmentos de atuação das sociedades de economia mista, uma vez que todos os seus negócios impactam o seu resultado, com reflexos no patrimônio líquido. É certo que a auditoria interna atua no controle dessas operações, porém não é de todo desejável que somente a própria instituição cuide dos seus próprios desvios, considerando que a União detém a maioria do seu capital. O controle verdadeiramente independente e indicado pela Constituição Federal para tanto é o controle externo, a cargo do TCU. Destaque-se, por pertinente, que o foco da fiscalização do TCU em operações da espécie não decorre da inadimplência, mas da própria competência a ele atribuída para fiscalizar a regularidade dos atos da Administração Pública (legalidade, legitimidade e economicidade).

Na linha de limitação da fiscalização do TCU nas empresas mistas, também foi a decisão no Mandado de Segurança nº 24.354, impetrado pela PETROBRÁS,

¹⁹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Relatório de evolução do Sistema Financeiro Nacional**. Brasília: BCB, 2003. Disponível em <www.bcb.gov.br/?revsfn200212>

que suspendeu, liminarmente, a eficácia de ato do Ministro-Relator da Representação TC 013.805/2002-4 do TCU, que determinara aos impetrantes o fornecimento de documentação dos certames licitatórios das plataformas P-51 e P-52. E na esteira da decisão exarada no julgamento dos MS nºs 23.627 e 23.875, o STF igualmente concedeu liminar, no Mandado de Segurança nº 24.439, suspendendo os itens 8.5 e 8.6 da Decisão TCU nº 610/2002, que determinavam a audiência de gestores do Banco do Brasil pela contratação de empresa sem licitação e a conversão do processo em tomada de contas especial, respectivamente.²⁰

Constata-se, com isso, que até mesmo medidas preliminares adotadas por parte do TCU, em matéria eminentemente administrativa, com vistas à fiscalização das sociedades de economia mista, tem esbarrado nas decisões do STF. Espera-se que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento de mérito dessas últimas ações, adote decisões consentâneas com o entendimento de que o controle externo das sociedades de economia mista não deve ser mitigado em razão da sujeição dessas sociedades ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

Por derradeiro, convém trazer a advertência de Konrad HESSE no sentido de que “todos os interesses momentâneos - ainda quando realizados - não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda”²¹ [sem grifo no original].

Referências:

01. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, Malheiros, 2000.
02. CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1999. Vol. 4.
03. COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

"Constata-se, com isso, que até mesmo medidas preliminares adotadas por parte do TCU, em matéria eminentemente administrativa, com vistas à fiscalização das sociedades de economia mista, tem esbarrado nas decisões do STF. "

04. CONTI, José Maurício. **Direito financeiro na constituição de 1988**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.
05. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
06. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
07. GRAU, E. R. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
08. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos tribunais de contas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
09. HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
10. _____. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Trad. de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
11. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
12. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Da reforma administrativa constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
13. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e função**. Curitiba: Juruá, 1999.
14. SUNDFELD, Carlos Ari. A submissão das empresas estatais ao direito privado: uma definição histórica do STF. **BDA**, São Paulo, ano XI, n. 4, p.286-90, maio 1995.

²⁰A audiência, em conformidade com o art. 43, inciso II, da Lei nº 8443/92, é a medida adotada pela Corte de Contas com vistas à apresentação de razões de justificativa pelo responsável por irregularidade detectada no curso das fiscalizações.

²¹HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 22.