

# PARECERES

## TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO — CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DAS EMPRESAS MUNICIPAIS

- *A forma jurídica das empresas municipais.*
- *Controle e fiscalização dos órgãos da administração indireta.*
- *Legitimidade do controle externo de empresas públicas e mistas.*
- *Limites e forma de controle externo das empresas públicas e mistas (direito comparado).*
- *O estado do problema na doutrina nacional.*
- *Respostas às questões da consulta.*

### PARECER

#### I

À vista do que foi exposto, e particularmente dos textos legais invocados e de outros pertinentes, pergunta-se:

1. Há uma clara distinção no texto da Lei nº 6 223 entre a fiscalização exercida sobre a administração direta e autarquias, de um lado, e sobre as sociedades de economia mista e empresas públicas, de outro?

2. Em que consiste, no terreno prático, essa distinção?

3. Os §§ 1º e 2º do art. 7º, conjugados com o disposto no art. 10 da Lei nº 6 223, permitem concluir que o Tribunal deva manifestar-se anualmente, após a apresentação das contas? Assim, em princípio, deveria o Tribunal abster-se de in-

tervir na vida da empresa, no curso do exercício?

4. O Tribunal poderia, em face da Lei nº 6 223, realizar auditorias próprias, ou inspeções *in loco* a qualquer tempo, ou somente quando alguma irregularidade fosse apontada pelo certificado de auditoria (independente) mencionado no art. 10 (comb. c/ art. 3º, nº IV, da Lei, para os órgãos federais)?

5. Como conciliar o art. 10 com a Lei de Sociedades por Ações: a apreciação das contas das sociedades (diretorias) continua a ser feita pela assembléia geral de acionistas, com base em julgamento prévio do Tribunal (Decreto municipal nº 12 051, de 24.6.75) ou será feita pelo Tribunal, após a manifestação da assembléia de acionistas?

6. Que prazo terá o Tribunal para o seu julgamento? Aplica-se aqui o art. 6º da Lei nº 6 223?

7. Que outras considerações o emérito consultor julga oportuno aduzir a respeito do assunto?

## II

### A FORMA JURÍDICA DAS EMPRESAS MUNICIPAIS

1. Refletindo a tendência observada em outros países e, entre nós, na órbita federal e estadual, o Município de São Paulo tem organizado entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, de cujo capital participa majoritariamente (Metrô, Comgás, Cohab, Prodam, Anhembi, Emurb).

Tais entidades, votadas à exploração de atividades econômicas, estruturaram-se em moldes empresariais, visando a obter melhores condições operacionais de eficiência e produtividade; revestem-se, geralmente, da forma de sociedades anônimas ou, ainda, de sociedades limitadas (como é o caso da Emurb).

Não obstante a configuração jurídica assumida, integram tais órgãos a administração indireta.

2. Estabelece, com efeito, o Decreto-lei federal nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (Lei da Reforma Administrativa), no art. 4º, II, que a administração indireta compreende as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Como se lê no art. 5º do referido diploma legal, tanto a empresa pública como a sociedade de economia mista são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, criadas por lei para a exploração de atividade econômica.

As diferenças específicas entre as duas categorias residiriam em dois pontos: a *formação do capital* e a *forma jurídica* adotada. Enquanto a empresa pública tem "capital *exclusivo* da União" e pode assu-

mir "qualquer das formas admitidas em direito", a sociedade de economia mista tem a *maioria* do capital votante pertencente "à União ou a entidade de administração indireta" e, necessariamente, há-de ser uma *sociedade anônima*.

Essa distinção, no entanto, somente prevalece em sua inteireza no âmbito da administração federal, porquanto, a bem dizer, as empresas públicas criadas pelos estados-membros e municípios, normalmente se revestem da forma de sociedade anônima. A propósito da topologia da empresa pública, em trabalho anterior, já tivemos ensejo de escrever o que se lê a seguir (cf. nosso estudo sobre *A forma jurídica das empresas públicas do Estado e do município* (Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, nº 2, p. 193).

3. Como já foi assinalado por vários juristas nacionais (entre outros, Bilac Pinto, Paulino Jacques, Caio Tácito e Cretella Júnior), a configuração jurídica das entidades da administração indireta, feita pelo Decreto-lei nº 200 e reformulada pelo Decreto-lei nº 900, está longe da precisão e da logicidade que devem presidir as construções legislativas.

As contradições e impropriedades decorrentes do texto legal necessitam ser escoimadas, para o exato entendimento e fiel aplicação da lei. O Direito é uma ciência lógica e sistemática, eminentemente conceitual. Se as distinções conceituais, que correspondem a realidades concretas, não são devidamente valoradas, incide-se em erro.

Ora, a palavra *empresa*, no plano jurídico, pode ser tomada em vários sentidos ou perfis distintos, como demonstrou Alberto Asquini em trabalho clássico: a) em sentido *subjetivo*, como expressão sinônima de empresário ou agente da atividade; b) em sentido *funcional*, como atividade econômica organizada; c) em

sentido *objetivo*, significando a *azienda*, ou seja, o complexo de elementos patrimoniais destinados ao exercício da atividade empresarial; d) em sentido *corporativo*, como instituição decorrente de uma organização de pessoas, formada pelo empresário e seus colaboradores.

No sentido funcional, que é o mais adequado, *empresa* é toda organização da atividade econômica. É, portanto, um conceito genérico, que não corresponde a determinado *tipo ou forma* jurídica.

Assinale-se, por outro lado, a verdadeira *contradictio in terminis* contida na expressão empresa pública, para designar uma pessoa jurídica de direito *privado*.

4. Indispensável se torna a elaboração de estatuto federal orgânico para as entidades da administração indireta, principalmente para aquelas que são dotadas de personalidade jurídica de direito privado (empresas públicas ou de economia mista). Nesse estatuto, seriam previstas as formas jurídicas e o regime dessas entidades, sem conflitos ou distorções dos conceitos básicos de nossa sistemática legal.

Parece equívoco, com efeito, falar de pessoas privadas criadas pelo pelo Estado para realizar serviços *públicos*, com patrimônio total ou parcialmente público, sem cuidar-se, concomitantemente, de instituir um sistema orgânico de vigilância e controle da legalidade e da legitimidade de sua gestão. Parece óbvio que, seja qual for a modalidade escolhida de descentralização administrativa ou financeira, não pode deixar de ser exercida a tutela do Estado em relação a entidades cujo patrimônio é constituído, total ou parcialmente, de dinheiros públicos.

5. De acordo com a discriminação de competências constante da Constituição Federal, cabe à União legislar, em *cará-*

*ter exclusivo*, sobre direito civil e comercial (art. 5º, XVII, alínea *b*). A competência para elaborar o direito privado escrito pertence, privativamente, ao Congresso Nacional.

Segue-se que, quando o Decreto-lei nº 200 declara que a empresa pública pode revestir-se de qualquer das formas admitida em direito, está implicitamente remetendo o intérprete ao texto da lei federal pertinente, que é o Código Civil, na parte em que trata das pessoas jurídicas.

Diz o art. 16 do Código Civil que são pessoas jurídicas de direito privado:

a) as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações;

b) as sociedades mercantis, as quais serão regidas pelo estatuído nas leis comerciais (§ 2º do citado artigo 16).

Excluídas as sociedades civis, por incompatibilidade do objeto, restam para as empresas públicas as formas de sociedades mercantis, sendo certo que as sociedades de economia mista só podem ser constituídas sob a forma de sociedade anônima.

6. Infere-se, do que foi explanado acima, que, não constituindo a empresa pública uma forma jurídica prevista no Código Civil ou nas leis comerciais, nem sendo um tipo de entidade sujeita a normatividade própria regulada por lei federal, sua criação pelo estado-membro ou pelo município deve ser moldada nas categorias já existentes do direito privado.

Ora, o direito privado só admite a personalidade jurídica de empresas que se revistam de forma societária. O nosso direito privado não admite a figura do empresário individual de responsabilidade limitada. Se um dos principais motivos determinantes da criação da empresa pública é, exatamente, o de conferir-lhe autonomia patrimonial e financeira, a assun-

ção, pelo Estado, da responsabilidade subsidiária pelas suas operações deve ser determinada de modo preciso e concreto. E isto somente será possível, na falta da lei federal orgânica, mediante a aplicação da legislação pertinente às sociedades comerciais.

Em caso contrário, a criação, pelo Estado-membro, de uma entidade *sui generis*, não tipificada pelo direito substantivo federal, constituiria uma logomaquia, nada mais significando do que uma simples “departamentalização” de serviços integrados na administração pública, porém sem personalidade própria.

7. O que se visa, na verdade, com a criação da “empresa pública”, é instituir um instrumento de atuação do estado no campo econômico. O problema básico é o da *organização* e dos *processos de trabalho* adotados; este é o *abstractum* da empresa pública.

A personificação da “empresa pública” é apenas *meio* para possibilitar a realização do seu objeto material. Mas esta circunstância não exclui, ao contrário, aconselha que a escolha da forma jurídica se apóie no direito existente, tendo em vista as sérias e graves implicações decorrentes da extensão da responsabilidade assumida pelo estado e pelos administradores da empresa, no exercício de sua gestão.

No estágio atual de nosso direito, a personalidade jurídico-privada somente pode ser atribuída a empresas econômicas que se revestam da forma de sociedades civis (de fins econômicos ou mercantis). Será este o único modo de submeter tanto a *organização* como a *atividade* da empresa ao direito privado.

8. Em nosso sistema jurídico, a criação de sociedade pública constituída de um só membro, ou mesmo a criação de sociedade de economia mista no sentido

próprio, somente pode decorrer de lei federal. E isto porque, competindo unicamente à União legislar sobre direito privado (civil e comercial), somente ela tem a faculdade, em cada caso, mediante lei ordinária, de derogar os preceitos da legislação civil ou comercial.

Os estados-membros e os municípios devem, necessariamente, escolher uma das formas admitidas em direito, para a constituição de empresas públicas; vale dizer, devem moldá-las às prescrições do direito privado, mais precisamente, às disposições da lei comercial.

Também as sociedades de economia mista, estaduais ou municipais, não existem como categoria jurídica diferenciada, pois se revestem da organização própria da sociedade anônima privada, em tudo nela se comportando o poder público como sócio detentor do controle acionário.

A organização e o funcionamento da sociedade se regem pelos estatutos, e a dinâmica social se desenvolve sempre dentro dos limites impostos pela legislação federal sobre sociedades por ações.

Não poderia jamais o Estado, sem invadir a esfera de competência legislativa da União, criar empresa pública atípica, fora dos modelos do direito comercial. Nem poderia tal empresa começar sua existência legal sem a prévia inscrição dos atos constitutivos no Registro do Comércio (Código Civil, art. 18); e para tanto constitui pressuposto sua conformidade com a legislação comercial.

9. Em valioso estudo dedicado ao tema, refere-se Perez Moreno à circunstância de que, na sociedade mercantil integrada pela administração, geralmente a forma societária adotada é a sociedade anônima (*La forma jurídica de las empresas publicas*. Sevilha, 1969, p. 124). Em outro estudo, Broseta Pont conclui,

com fundada argumentação, contra a utilização da sociedade anônima para a atividade mercantil e industrial da administração (Las empresas públicas em forma de sociedade anônima. *Revista de Derecho Mercantil*, nº 100).

Todos os autores estrangeiros e nacionais afirmam, unanimemente, a necessidade da elaboração de um estatuto geral das empresas públicas, no qual seriam atendidas as peculiaridades do regime jurídico dessas empresas, no tocante à constituição, financiamento, contabilidade, controle, finalidade órgãos de gestão, assembléias gerais etc. Esta necessidade prende-se à circunstância notória de que as normas que regem as sociedades mercantis são de manifesta insuficiência para atender a todos esses pontos.

### III

#### CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

10. A superação dos esquemas tradicionais de organizações administrativas para enquadrar as atividades econômicas do Estado tem levado à adoção das formas de direito privado para a estruturação das empresas-entes públicos.

A descentralização institucional da administração pública, através da criação de empresas e sociedades com capitais públicos, coloca numerosos problemas de natureza técnico-jurídica. Isto decorre da necessidade de adaptar os quadros e mecanismos de direito privado à realização de finalidade de direito público.

Os problemas suscitados pela implantação de empresas públicas têm ensejado vários congressos e reuniões científicas, inclusive sob a égide da Organização das Nações Unidas. Por outro lado, o estu-

do do tema tem motivado a elaboração de trabalhos doutrinários versando sobre diferentes aspectos econômicos e jurídicos, como os reunidos nos *Studia Albornotiana*, publicados em 1970 pelo Real Colégio de Espanha, em Bolonha, com o título "La Empresa Pública", sob a direção de Evelio Verdera Y Tuells.

Nesses trabalhos, contudo, a par das incortestáveis vantagens reveladas pelos novos instrumentos de ação do Estado, inerentes à flexibilidade e ao dinamismo da organização empresarial, são apontados também os inconvenientes que decorrem do sistema.

11. A principal dificuldade na disciplina normativa das empresas públicas e sociedades de economia mista diz respeito à necessidade do *controle* da administração pública, a qual arduamente se concilia com a liberdade de gestão característica da organização empresarial. Essa dificuldade é acentuada pela circunstância de que o capital dessas empresas é constituído, na sua totalidade ou na sua maior parte, por dinheiros públicos, cuja correta aplicação não pode e não deve ser confiada unicamente ao critério discricionário dos gestores.

Convém desde logo precisar o sentido em que a palavra "*controle*" é utilizada, com relação às entidades públicas.

Por definição, empresa pública ou de economia mista é aquela em que a integridade ou a maioria do capital votante pertence ao poder público. Não há que cogitar, portanto, da acepção de *controle* com o significado de *poder* ou de *dominação*, peculiar ao direito inglês, pois constitui pressuposto do conceito de empresa pública ou de economia mista a sua dominação pelo Estado.

Trata-se, por conseguinte, de *controle* no sentido básico do direito francês e alemão, de *fiscalização*, *verificação*, *revisão*, *inspeção*.

12. No mesmo sentido de *fiscalização*, o vocábulo “controle” é utilizado pela Constituição Federal de 1967, quando estabelece, no art. 70:

“A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional mediante *controle externo* e pelos sistemas de *controle interno* do Poder Executivo, instituídos por lei.”

Explicita o § 1º do artigo em exame que o *controle externo* é exercido através do Tribunal de Contas da União, ao qual incumbe fiscalizar os atos do Poder Executivo, bem assim como entende Pontes de Miranda, “da administração descentralizada, dentro dos limites e com os poderes que lhe reconheça e lhe dê a lei de que se cogita no art. 45” (*Comentários à Constituição de 1967* com a Emenda nº 1 de 1969, t. 3, p. 222).

A manutenção do sistema de *controle interno*, a que se refere o art. 71 da Carta Magna, por sua vez, constitui função típica do Poder Executivo, exercido com o concurso dos próprios órgãos administrativos.

Note-se que o § 5º do art. 70 declara, de modo expresso, que as normas de fiscalização financeira e orçamentária aplicar-se-ão às autarquias.

13. *Quid inde*, com relação às empresas públicas ou de economia mista?

A Constituição vigente, no art. 45, atribui à lei “regular o processo de fiscalização pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta”.

Com apoio no art. 70 da Constituição (mas reportando-se, implicitamente, ao art. 45), o Congresso Nacional promulgou a Lei nº 6 223, de 14 de julho de 1975, dispondo sobre a fiscalização financeira e orçamentária da União, a qual, nos arts. 7º a 10, estabelece normas sobre controle

externo da gestão financeira das empresas públicas ou de economia mista e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público.

14. A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, no art. 170, § 1º, inscreve o princípio básico da política intervencionista, ao estatuir que, apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica. Como corolário, estabelece no art. 170, § 2º:

“Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.”

Segue-se que, na exploração da atividade econômica, as entidades públicas constituídas com capitais públicos organizar-se-ão sob forma e regime de direito privado. Vale dizer, as entidades empresariais do Estado serão, em princípio organizadas sob a forma de *sociedades anônimas*, aplicando-se-lhes na parte útil a legislação respectiva, consubstanciada no Decreto-lei nº 2 627, de 26 de setembro de 1840.

15. Transpondo os princípios constitucionais e legais expostos, no tocante à fiscalização financeira, para o plano das sociedades anônimas, nelas também devemos distinguir o *controle interno* do *controle externo*.

O sistema de *controle interno* da sociedade anônima é, nos termos da legislação vigente, atribuído precipuamente a dois órgãos sociais:

a) a Assembléia-Geral dos acionistas, à qual compete, em caráter privativo, nomear e destituir os membros da Diretoria e do Conselho Fiscal, bem como tomar, anualmente, as contas dos diretores e deliberar sobre o balanço por eles apresen-

tado (Decreto-lei nº 2 627, art. 87, parágrafo único, *a e b*);

b) o Conselho Fiscal, ao qual incumbem especificamente acompanhar e fiscalizar, de modo permanente, a execução da gestão financeira dos administradores (Decreto-lei nº 2 627, art. 127).

Nada impede, outrossim, e a prática societária aconselha que, a exemplo da Inglaterra, a própria Diretoria mantenha serviço de auditoria interna, para acompanhar a execução de programas de trabalho e a do orçamento.

Em se tratando de empresas ou sociedades, nas quais o Poder Público detém a totalidade ou a maioria do capital, intervindo diretamente na constituição dos órgãos de sua administração, ainda melhor se afirma a efetividade do controle interno.

16. O controle externo será exercido, em princípio, pelo Tribunal de Contas, na forma preceituada pelo art. 7º e parágrafos da Lei nº 6 223, de 1975, recém-citada, que constitui o fulcro da matéria. Declara este dispositivo:

“Art. 7º As entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, cujo capital pertença, exclusiva ou majoritariamente à União, ao Estado, ao Distrito Federal, ao município ou a qualquer entidade da respectiva administração indireta, 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.”

“§ 2º É vedada a imposição de normas

não previstas na legislação geral ou específica.”

Aduz o art. 10, definindo o contornos dessa limitação:

“Art. 10. No julgamento das contas, os Tribunais de Contas tomarão por base o relatório anual, os balanços relativos ao encerramento do exercício, assim como os certificados de auditoria, e o parecer dos órgãos que devem pronunciar-se sobre as contas.”

17. Importa observar que o Município de São Paulo, na atual administração, já se havia, de certa forma, antecipado ao diploma federal.

A Lei municipal nº 8 242, de 5 de maio de 1975, determinou ao representante da Fazenda municipal nas assembleias das sociedades anônimas das quais o município participe como acionista majoritário, e aos Conselhos Fiscais das empresas públicas, que solicitem, previamente, parecer do Tribunal de Contas do Município sobre todos os balanços dessas entidades.

O Decreto municipal nº 12 051, de 24 de junho de 1975, que regulamentou a Lei nº 8 242/75, estabeleceu a sujeição das sociedades e empresas públicas municipais à fiscalização do Tribunal de Contas do Município, disciplinando de modo claro e preciso o procedimento a ser observado nessa fiscalização.

#### IV

### LEGITIMIDADE DO CONTROLE EXTERNO DE EMPRESAS PÚBLICAS E MISTAS

18. A legitimidade do controle externo, no tocante às entidades cujo capital pertence, de modo exclusivo ou preponderante, ao poder público, pode ser afirmada à luz de *princípios publicísticos* der-

rogatórios do direito privado, e também com apoio em *princípio do direito comum*.

É bastante elucidativa, neste particular, a lição do Prof. José Cretella Júnior, quando trata do regime jurídico da empresa pública, ao pormenorizar as *prerrogativas e sujeições* em que incorre:

“Não obstante seja inequívoca *pessoa jurídica de direito privado* (Decreto-lei nº 200 e Decreto-lei nº 900, art. 5º. II), sujeitas às normas aplicáveis às empresas privadas (Emenda Constitucional nº 1, art. 170, § 2º), à qual o poder público assegura condições de funcionamento idênticas às do setor privado (Decreto-lei nº 200, art. 27, parágrafo único), a *empresa pública*, nem por isso, é submetida a *regime puro de direito privado*, idêntico àquele a que está sujeita a *empresa privada*, porque, neste modelo empresarial que estamos analisando, está presente o poder público, movimentando capitais públicos. Desse modo, o *regime jurídico privado*, que incide sobre a *empresa pública*, apresenta ‘derrogações’, ‘distorções’ ou ‘exorbitância’, ditadas pela presença, na empresa, de capitais governamentais.

A presença do Estado, na *empresa pública*, derroga alguns dos traços característicos do regime jurídico-privado que, em princípio, passou a nortear a empresa.

Instala-se a *prerrogativa*, o *privilegio*. Por outro lado, a existência de capitais governamentais derroga outros traços constantes do regime jurídico comum. Instauram-se as *sujeições*, as *restrições*, sob a forma atuante e concreta das *supervisões*” (*Empresa pública*. São Paulo, 1973, p. 214-215).

19. O controle externo das empresas públicas ou mistas justifica-se, precipuamente, pela origem dos dinheiros aplicados na formação do capital, os quais não podem deixar de submeter-se ao contraste da autoridade pública competente, ou seja, o Tribunal de Contas.

Com efeito, o âmbito da discricionariedade dos administradores das entidades públicas é estritamente limitado pelo *interesse público*, que impõe uma série de restrições e de sujeições.

Chama-se de *potestade pública* ao regime jurídico que se distingue, ao mesmo tempo, por *prerrogativas* e por *sujeições*, por máximos e mínimos, exorbitantes e derogatórios do direito comum, reconhecidos e impostos a todos os que operam em nome e no exercício da soberania nacional (cf. G. Vedel. *Droit administratif*. 4ª ed. 1968. p. 19).

O mesmo escritor francês assevera que se aplicam às empresas públicas que exercem atividades privadas o direito privado puro, “salvo algumas regras referentes ao controle da gestão da empresa” (op. cit. p. 651).

20. É o *interesse público* que explica e justifica o controle administrativo e financeiro exercido pelo Estado sobre os entes públicos, ainda quando assumam as vestes de pessoas jurídicas de direitos privado.

A *tutela administrativa* consiste, exatamente, no “conjunto de poderes legais, mas limitados, que o Estado confere aos órgãos centrais, a fim de que exerçam ininterrupta vigilância jurídica sobre os atos editados pelos órgãos das pessoas administrativas descentralizadas, para garantir-lhes a legalidade e assegurar a consecução dos interesses coletivos (cf. J. Cretella Júnior, *Tratado de direito administrativo*. 1970. v. 7, p. 157).

Reconhecida, em princípio, a legitimidade do exercício dos poderes tutelares do Estado sobre as empresas públicas e mistas, resta indagar qual a extensão do poder de controle da entidade-matriz em relação às entidades por ela criadas.

Foi exatamente esta questão que a Lei nº 6 223, de 1975, procurou resolver, em-



bora de maneira esquemática. Vale, todavia, como primeira tentativa de regulamentação da matéria pelo direito positivo brasileiro.

21. Passando a examinar a questão sob o enfoque dos *princípios do direito comum*, cumpre-nos considerar os efeitos decorrentes da personificação das empresas-entes públicos.

Sendo as empresas públicas e de economia mista definidas como *pessoas jurídicas de direito privado* (Decreto-lei nº 200, art. 5º, II e III), a primeira consequência da aquisição de personalidade jurídica é a separação do patrimônio ou o reconhecimento da autonomia patrimonial do novo ente.

Poder-se-ia opor a autonomia patrimonial como óbice ao exercício, pelo Estado, do poder de controle externo das empresas públicas ou mistas?

22. O conceito de pessoa jurídica sofre no direito moderno um processo de revisão crítica, a fim de reduzi-lo às suas verdadeiras dimensões.

Em consequência, o efeito jurídico fundamental da personalização — a separação de patrimônios — deve ser normalmente afastado, quando desviado dos fins econômico-sociais que legitimam a atribuição de personalidade. Exemplo desta tendência é o preceito do art. 48 do Projeto de Código Civil (Projeto de lei nº 634, de 1975), que se inscreve:

“Art. 48. A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade.

Parágrafo único. Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, respon-

derão, conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração.”

23. Nesta ordem de idéias, as jurisprudências norte-americana, inglesa e alemã vêm aplicando a teoria da descon sideração de personalidade jurídica (*disregard of legal entity*), para coarctar a fraude ou abuso do sócio que dela se valeu para lograr fins ilícitos (Rubens Riquião, *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica Revista dos Tribunais*, v. 410, p. 12).

Ora, se a tendência é no sentido de admitir o superamento da personalidade jurídica, a fim de atingir e vincular a responsabilidade patrimonial do sócio, com maior razão se deve admitir o exercício do controle externo da gestão das empresas formadas com capitais públicos, embora revestindo formas de direito privado

24. Lembre-se, outrossim, que, mesmo no tocante às sociedades anônimas privadas, países existem, como o Uruguai e o Chile, em que a fiscalização é oficial, sendo exercida por funcionários do estado. Segundo informa Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, “as atribuições destes inspetores variam, conforme o país, mas costumam ser muito grandes, podendo em alguns deles assistir à assembléia geral, inspecionar a contabilidade, etc.” (*Sociedades por ações*, 1973. v. 4, nº 986, p. 127).

25. Nossa convicção mais se robustece, ante a perspectiva de regulamentar com normas específicas as sociedades de economia mista, visando a proteger os acionistas minoritários.

Prevê, com efeito, o anteprojeto de reforma da Lei de Sociedades Anônimas,

apresentado ao Ministro da Fazenda, em 18 de abril de 1975, duas normas de grande alcance:

a) a pessoa jurídica de direito público que controle (domine) a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (art. 248, que faz remissão aos arts. 130 e 131);

b) "as companhias de economia mista não estão sujeitas a falência, e a pessoa jurídica de direito público que a controle (domine) responda, subsidiariamente, pelas suas obrigações (art. 251).

## V

### LIMITES E FORMA DO CONTROLE EXTERNO DAS EMPRESAS PÚBLICAS E MISTAS (DIREITO COMPARADO)

26. Colocadas as premissas, à vista dos textos constitucionais e legais e dos princípios doutrinários, cumpre-nos, agora, examinar os limites e o procedimento da fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo sobre as empresas públicas e de economia mistas municipais.

27. As empresas públicas e as sociedades de economia mista aplicam métodos de gestão comercial na atividade de sua especialização. Ao contrário das autarquias, tais empresas não têm orçamento, porque se subtraem completamente à aplicação das regras da contabilidade pública.

No lugar do orçamento, entretanto, as empresas públicas elaboram *previsões*; os resultados da gestão são registrados no balanço anual; os processos de financiamento seguem as técnicas do crédito comercial (J. Rivero, *Droit administratif*, 6<sup>a</sup> ed. 1973, p. 441).

Analisando, no seu manual, o controle administrativo e financeiro exercido na

França sobre as empresas públicas, Rivero reputa-o excessivo, mostrando que os tipos de fiscalização são muito diversos, exercidos quer no decorrer da gestão, pelos ministros de tutela e pelos representantes junto a órgão dirigentes, seja *a posteriori*, pela comissão de verificação das contas das empresas públicas, emanção do Tribunal de Contas, seja, enfim, por conta do Parlamento, através de comissões parlamentares; nessas condições, esses controles desenvolvendo-se, limitaram muito seriamente a liberdade de gestão das empresas públicas, o que foi objeto de muitas críticas (op. cit. p. 443).

28. Cuidando do controle administrativo, no tocante às empresas públicas, diz Manoel de Oliveira Franco Sobrinho:

"Como explica Balog, no México, os principais meios de controle são os relatórios financeiros, as contas orçamentárias e os dados estatísticos (*Revista de Direito Administrativo*, v. 90/50).

"Em regra geral, tanto nos países socialistas como nos países de economia dirigida ou liberal, os elementos de controle se assemelham através da apreciação da legalidade das contas financeiras.

A par, portanto, da relação de administração, coexistem quase invariavelmente,

- a) o controle interno; e,
- b) a tutela administrativa."

Referindo-se, a seguir, de modo específico, à tutela do controle externo, escreve o professor paranaense que, no Brasil, o controle externo é administrativo e jurisdicional, considerando o que obrigatório ficou por lei, em geral com o exame das contas pelo Tribunal de Contas da União para cada exercício. E aduz: "A questão do controle externo, principalmente, em sintonia com a autonomia e a independência das empresas públicas, está vinculada ao problema legal ou aos limites que a lei determinar" (*Fundações e empresas* São Paulo, 1972 p. 171).

29. Em trabalho publicado na coletânea sobre "La empresa pública", a que de início nos referimos, Fernandez Rodriguez apresenta uma resenha das soluções fornecidas pelo direito comparado, no tocante ao controle externo das empresas do setor público:

1. O sistema francês, no qual há o predomínio da tutela financeira e do Ministério da Fazenda e o *controle posterior* da Comissão de Verificação de Contas, órgão dependente do Tribunal de Contas.

O trabalho da Comissão se desenvolve a partir dos elementos, documentos, balanços e levantamento contábeis que as empresas devem enviar, assim como das informações de todo tipo obtidas pelos colaboradores, controladores e comissários do governo, com base nas quais é elaborado um relatório prévio que serve para a arguição dos diretores da empresa acerca dos critérios administrativos. O relatório definitivo, de caráter sigiloso, é redigido com apoio nos resultados da deliberação tomada após a audiência dos dirigentes.

2. A organização do setor público na Grã-Bretanha opera-se por setores, cada um dos quais é governado por um grande companhia pública, cujos administradores devem seguir a política geral traçada pelo ministro do ramo. Contudo, não é facultado ao ministro, nem ao Parlamento, intervir nos assuntos relativos à gestão cotidiana — *day to day administration*.

3. No sistema italiano, a organização do setor público assenta sobre o conceito de participação estadual, sob a direção e controle do ministério específico, ao qual se subordinam os entes autônomos de gestão, encarregados do enquadramento das participações e do comando dos diversos grupos público-econômicos.

4. Na Espanha, a organização do setor

público está sob a administração de tutela do Ministério da Fazenda e o controle externo de resultados pelo Tribunal de Contas, ao qual incumbe velar pelo correto emprego do dinheiro público, informando os poderes públicos a respeito.

Assinale-se, todavia, que o Tribunal de Contas tem merecido críticas, devido à incapacidade de levar a cabo suas tarefas com eficácia (T. R. Fernandez Rodriguez *La organización y el control del sector público industrial en España*. 1970, p. 935 e segs.).

30. Discorrendo a respeito do controle das empresas públicas na França, J. C. Venezia estabelece a distinção entre o controle da gestão econômica, financeira e técnica, de um lado, e a revisão das contas, de outro.

Atualmente, sobre as empresas públicas atuam três séries de controles de gestão: o controle de *tutela técnica*, exercido pelo ministério da atividade interessada; o controle de *tutela econômica e financeira*, que se exerce em cada empresa por um inspetor do estado ou comissão de controle; e, finalmente, o *controle parlamentar*, a cargo do Parlamento.

Os controles de gestão podem ser *a priori* (cuja forma mais freqüente é a autorização prévia, exigida em casos limitados), ou *a posteriori* (representados essencialmente pelos inquéritos e verificações).

A revisão de contas, sempre *a posteriori*, é atribuição da Comissão de Verificação de Contas das Empresas Públicas, composta por conselheiros do Tribunal de Contas e funcionários das finanças. A Comissão redige um relatório de cada conta, que é enviado aos ministros interessados e por eles comunicado à empresa. Além disso, a Comissão redige um relatório geral, anual e público (J. C. Venezia. *Las empresas públicas en Francia*. 1970, p. 1307 e segs.).

31. Na França, a matéria tem sido objeto de numerosos trabalhos, cuja leitura interessa particularmente ao Brasil, que se

inspirou largamente no modelo francês de fiscalização de contas.

Citam-se, entre outros, os profundos estudos de Bredin (*L'entreprise publique et semi-publique et le órcit privé*, 1957) e A. Delion (*L'État et les entreprises publiques*, 1959; *Le statut des entreprises publiques*, 1963).

32. Outros países, como a Grécia, seguem o modelo francês. A contabilidade de cada empresa pública é submetida a uma verificação *a posteriori*, que tem por objeto a veracidade das contas e do balanço e sua conformidade com a previsão; essa verificação é feita pelo Tribunal de Contas ou por uma comissão especial em cada uma das empresas. Os relatórios e o balanço são submetidos ao ministro encarregado da tutela administrativa (controle governamental), que não exclui o controle parlamentar (E. Spiliotopoulos. *Las empresas públicas en Grecia*. 1970, p. 1361 e segs.).

Na Holanda, no plano administrativo o controle é exercido diretamente pelo ministro competente e pelo ministro das finanças. No plano financeiro, as contas e a atividade financeira geral das empresas do Estado são controladas pelo Tribunal de Contas, segundo as regras especiais da lei sobre empresas públicas; este controle reveste-se da forma de relatório apresentado ao Parlamento. A atividade geral da empresa não está submetida ao controle de uma jurisdição (Joseph M. M. Maeyer. *Las empresas públicas en los Países Bajos*. 1970, p. 1377 e segs.).

33. O sistema italiano de controle sobre as *aziendas* autônomas e sobre as empresas com participações estatais é bastante complexo e apresenta peculiaridades. É a Itália o único país em que a tutela administrativa das empresas públicas se exerce através de um Ministério de Participações Estatais, o qual, no entanto, não abrange a maior parte da atividade do setor público industrial.

No que tange ao controle pelo Tribunal de Contas, Vignocchi faz uma distinção fundamental com referência à natureza preventiva ou sucessiva dos controles. Ao passo que os controles *a posteriori* são disciplinados uniformemente e com caráter de generalidade, em relação aos atos que importem numa obrigação ou despesa. Os controles preventivos são, pelo contrário, menos frequentes, estabelecendo-se a eficácia automática dos atos da empresa, ressalvada a verificação posterior de legitimidade e eventual anulação.

O controle externo das empresas com participação estatal funda-se no art. 100 da Constituição italiana, o qual estabelece que o Tribunal de Contas, além de exercer o controle sobre os atos de governo e sobre a gestão do orçamento do Estado, “participa, nos casos e nas formas estabelecidas pela lei, no controle sobre a gestão financeira dos entes em que o Estado contribui por via ordinária e informa diretamente as Câmaras sobre o resultado da verificação realizada”.

Sem descer a minúcias, com base na legislação editada em 1958, os poderes do Tribunal de Contas se limitam à formulação de relatórios acerca dos resultados da verificação realizada sobre gestões financeiras, a sua transmissão às duas Câmaras e à formulação, em qualquer momento, ao Ministério da Fazenda e aos outros Ministérios interessados, de observações sobre as eventuais irregularidades comprovadas na gestão dos entes de que o Estado participa (G. Vignocchi, *Los controles sobre las haciendas autónomas y sobre las empresas con participaciones estatales*, 1970, p. 1519 e segs.).

34. Como se vê, o problema do controle externo das empresas com participação estatal apresenta aspectos delicados, dada sua natureza particular e as finalidades específicas que presidiram a sua constituição e desenvolvimento. Faz-se mister conciliar a satisfação de exigências de flexibilidade

e dinamismo operacionais com a de assegurar um eficiente controle sobre os gastos públicos.

Conclui, a respeito, o citado Vignocchi professor de Módena, com interessante observação: “Obviamente, nenhum dos dois delicadíssimos aspectos pode ser olvidado, e ainda que na predisposição de um sistema de controle mais eficaz sobre as empresas públicas, invocado justamente por muitas partes, não se pode esquecer a consideração de que, uma vez admitidos tais organismos na sua configuração empresarial atual (o que é consequência de valorações políticas mais além dos temas tratados neste trabalho), deve-se consentir aos mesmos — como observava recentemente com agudas argumentações C. A. Jemolo — o atuar e produzir, dentro de certos limites, com critérios econômicos e de gestão dinâmica, sistema que certamente não permitiriam os controles preventivos tradicionais sobre os distintos atos da administração” (op. cit. p. 1560).

## VI

### O ESTADO DO PROBLEMA NA DOCTRINA NACIONAL

35. No Congresso de Tribunais de Contas reunido em São Paulo, em 1972, foi constituída uma comissão especial de juristas, para estudar o problema da fiscalização das sociedades de economia mista e empresas públicas. Resultaram dos trabalhos dessa comissão três anteprojetos de lei, os quais, juntamente com o projeto de lei apresentado ao Congresso pelo senador Franco Montoro, constituem os antecedentes próximos da Lei nº 6 223, de 14 de julho de 1975.

Fundam-se todos os trabalhos oferecidos, e as manifestações que ensejarem, no princípio incontestado de que todo aquele que administra ou tem sob sua guarda bens, valores ou dinheiros públicos, é obrigado a pres-

tar contas. Nada impede que a fiscalização das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades se realize sem prejuízo da dinâmica que lhes é peculiar.

Os três anteprojetos, de autoria de João Lyra Filho, Hely Lopes Meirelles e Themístocles Brandão Cavalcanti, exprimem tendências diferentes e soluções diversas, que bem refletem a complexidade da matéria.

36. Como salientou o Min. João Lyra Filho, na justificativa do seu projeto:

“O ponto nevrálgico capaz de comprometer os objetivos consiste, inclusive no Brasil, na ausência de texto estatutário único. Da omissão resulta a edição de leis especiais, em número considerável, que regulam, conforme as circunstâncias, a vida de cada empresa ou sociedade.”

E acrescenta:

“A questão de tais instituições submete-se ao direito comercial; seus recursos e suas despesas independem de autorização do poder público; assim, como as operações de crédito que realizam.”

Afirmando a necessidade de um controle externo das empresas estatais, que atenda às suas peculiaridades, escreve João Lyra Filho:

“No Brasil, a absorção de tais encargos pelo Tribunal de Contas também não se afigura adequada. Sem embargo, aqui como na França, o Tribunal de Contas não deve omitir-se à supervisão da fiscalização, pois nossa Carta Magna lhe reconhece competência privativa para julgar as contas de todos os responsáveis por bens e valores públicos. Se optássemos pela inclusão do controle das empresas públicas e sociedade de economia mista na jurisdição direta do Tribunal de Contas, em caráter contínuo e imediato, a própria Constituição referida teria que ser revista, para efeito de estender-lhe a competência; ter-se-ia de rever até mesmo a composição do Tribunal,

pois os controladores públicos ali reunidos devem ter, pelo menos em parte, formação profissional familiarizada no trato das atividades empresariais, sujeitas a uma legislação de direito privado” (*Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*, ano 2, nº 5, p. 5, set. 1973).

37. Nessa linha de idéias, discorrendo acerca dos métodos de controle externo, indica João Lyra Filho, com inegável acerto, o critério que se afigura convinável:

“A gestão de uma sociedade de indústria e comércio não é julgada em face de sua conformidade a certas regras de direito, preponderantemente, mas tendo-se em vista seus resultados financeiros. O controle a que ela deve estar sujeita, dada a velocidade do ritmo de suas operações, *não pode ser prévio nem concomitante. Mas, em compensação, o controle posterior deve ser permanente e atuante.*”

Invocando o modelo francês, no qual o Tribunal de Contas coexiste, como vimos, com a Comissão de Verificação de Contas das Empresas Públicas, esclarece João Lyra Filho, no ponto que ora nos preocupa:

“A competência básica da Comissão de Verificação consiste em proceder ao exame anual das contas de gestão, dos balanços e das contas de lucros e perdas das empresas e sociedades fiscalizadas, subtraindo todas as conclusões a respeito dos resultados financeiros por elas apresentados” (loc. cit.).

No anteprojeto em que corporificou suas idéias, o Min. João Lyra Filho propôs a criação de uma auditoria-geral das empresas públicas. Ressalvou, todavia, a competência do Tribunal de Contas da União para julgar a regularidade das contas dos administradores das empresas e sociedades fiscalizadas, com base nos relatórios parciais de caráter anual elaborados pela auditoria-geral, que lhe seriam submetidos juntamente com os levantamentos contábeis e as informações dos responsáveis.

38. Discordando de trabalho anterior, o Prof. Hely Lopes Meirelles fez declaração de voto e apresentou novo anteprojeto de lei estabelecendo a obrigatoriedade da prestação de contas das sociedades instituídas pelo poder público ou em que o poder público participe com capital majoritário e empresas públicas, aos Tribunais de Contas.

Em sua declaração de voto, pronunciou-se Hely Lopes Meirelles no sentido de que “bastaria uma lei federal declarando essa obrigação de prestação de contas aos respectivos Tribunais de Contas, para que todas as sociedades por ações em que haja capital público majoritário, e também as empresas públicas, passem a prestá-las aos Tribunais de Contas da entidade pública a que estiverem vinculadas, como entidades da administração pública indireta que são” (rev. cit. p. 11).

No anteprojeto então apresentado, foi incluído dispositivo com o seguinte teor:

“Art. 2º O Tribunal de Contas competente julgará as contas apresentadas *com base no relatório anual do exercício findo*, contratos firmados, avais, balanços e demais peças contábeis da entidade, podendo realizar verificações de efetivação da despesa, examinar livros e documentos, ou determinar inspeções e levantamentos que reputar necessários.

Parágrafo único. O Tribunal de Contas deverá confrontar as despesas realizadas com o programa anual ou plurianual de atividades da entidade, mas não interferirá na formulação da política empresarial adotada para a consecução dos objetivos estatutários.”

39. Entende, contudo, o Min. Themístocles Brandão Cavalcanti que, no tocante à administração indireta, “o controle será mais de moralidade e de regularidade de funcionamento dos serviços, porque as normas administrativas ou contratos das empresas privadas, embora sob o controle do

Estado, são muito mais flexíveis, pois não obedecem ao direito administrativo, nem às limitações freqüentemente encontradas na legislação administrativa” (rev. cit. p. 14).

Segundo o anteprojeto que apresentou, o trabalho de fiscalização seria realizado por comissões especiais estranhas à administração, ao Congresso e à política, para verificar o bom funcionamento dos serviços das entidades fiscalizadas. Essas comissões seriam constituídas e regulamentadas pelo Tribunal de Contas.

O anteprojeto, no entanto, consoante assinalou o Prof. Caio Tácito, necessitaria de elaboração mais sistemática, que possibilitasse distinguir o controle parlamentar e o controle contábil, que se confundem na competência nele atribuída às comissões (loc. cit.).

40. Valiosa contribuição para o estudo do problema trouxe o Senador Franco Montoro, com a apresentação do Projeto nº 62/73, afinal incorporado ao texto da Lei nº 6 223, de 14 de julho de 1975.

O referido projeto, inspirado em sugestão formulada publicamente pelo Prof. J. L. Anhaia Mello, respeita as peculiaridades de funcionamento das entidades fiscalizadas, sem prejuízo do interesse público em jogo.

Seu objetivo precípua era o de sujeitar as entidades públicas sob forma privada à obrigação de prestar contas perante os órgãos incumbidos da fiscalização financeira da administração.

## VII

### RESPOSTAS ÀS QUESTÕES DA CONSULTA

#### 1. Primeira questão

41. Consulta-se: Há distinção no texto da Lei nº 6 223 entre a fiscalização exercida sobre a administração direta e autarquias, de um lado, e sobre as sociedades

de economia mista e empresas públicas, de outro?

O art. 1º da Lei nº 6 223, de 14 de julho de 1975, reporta-se expressamente ao art. 70 da Constituição Federal, ao estabelecer que o Congresso Nacional exercerá a fiscalização financeira e orçamentária da União, mediante o controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

O controle externo, nos termos do art. 2º da Lei nº 6 223, compreenderá:

I. A apreciação das contas do Presidente da República.

II. O desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária.

III. *O julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.*

No exercício das suas atribuições fiscalizadoras, poderá o Tribunal de Contas realizar as inspeções necessárias nos órgãos e entidades de administração sujeitos ao seu julgamento (Constituição, art. 70, §§ 3º e 4º).

Tais normas aplicam-se às autarquias, por força do que dispõe o § 5º do citado preceito constitucional.

42. O art. 7º da Lei nº 6 223, de 1975, estendeu a competência do Tribunal de Contas aos órgãos autônomos que integram a administração indireta, como pessoas jurídicas de direito privado, a fim de submetê-los à fiscalização financeira, sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo.

Estatuiu, porém, expressamente, o § 1º do art. 7º que a fiscalização aí prevista “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”. Completa a exegese o § 2º, ao dispor que “é vedada a imposição de normas não previstas na legislação geral ou específica”.

Aí está, nitidamente estabelecida no próprio texto legal, a distinção entre os métodos de fiscalização exercida sobre a administração direta e autarquias, e aquela exercida sobre as empresas estatais.

## 2. Segunda questão

43. No terreno prático, a distinção entre os dois tipos de fiscalização consiste em diferenças no que se refere ao *conteúdo* (limitações) e à *forma* (procedimento).

Em consonância com a letra expressa do art. 70 da Constituição Federal, a competência do Tribunal de Contas, no tocante às empresas públicas e sociedades de economia mista, apenas se firma quanto ao julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

As entidades que integram a administração indireta, enquanto pessoas jurídicas de direito privado, não se sujeitam às normas da contabilidade pública e das finanças públicas; por conseguinte, a margem de poder discricionário do administrador privado é muito maior. Caso se admitisse a aplicação integral das normas do direito administrativo às empresas estatais, estaria promovendo a sua *autarquização*, tolhendo a liberdade de ação inerente à sua própria natureza.

44. Disso decorre que a fiscalização financeira a ser exercida sobre as entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, há de reger-se por outros princípios e normas, previstos em lei especial, de acordo, aliás, com o disposto no art. 45 da Constituição.

A esse objetivo, justamente, veio atender o art. 7º, § 1º, da Lei nº 6 223, de 1975, ao estabelecer as seguintes normas quanto ao *conteúdo* da fiscalização:

- a) limitar-se-á a verificar a exatidão das contas e a legitimidade dos atos;
- b) levará em conta os objetivos, natu-

reza empresarial e operação segundo os métodos do setor privado da economia.

No exercício dessa fiscalização, os Tribunais de Contas não interferirão na política adotada pela entidade para a consecução dos objetivos estatutários e contratuais (art. 9º, também aplicável às empresas referidas no art. 7º). Além disso, o § 2º do art. 7º inscreve *ex abundantia* o princípio da reserva legal, vedando taxativamente a imposição de normas não previstas na legislação geral ou específica.

45. A fim de assegurar a autonomia de gestão, peculiar às referidas entidades, a *forma* de fiscalização também é disciplinada pela Lei nº 6 223, exercendo-se os controles do Estado apenas *a posteriori*.

Lembre-se, a respeito, o ensinamento de Caio Tácito, em palestra proferida no Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, realizado em 1972:

“Certamente não cabe prever formas de controle *a priori*, já abandonadas até mesmo nas áreas da administração direta. Não é possível, todavia, prescindir de instrumentos eficientes de controle *a posteriori*, que possibilitem um ajuizamento adequado da gestão econômico-financeira das sociedades comerciais do Estado, sem lhes tolher a indispensável margem discricionária de operação flexível dos serviços públicos descentralizados, que lhe estão afetos” (*Anais*, p. 146/7).

## 3. Terceira questão

46. Examinamos já as limitações de *conteúdo* da fiscalização, expressa nos §§ 1º e 2º do art. 7º da Lei nº 6 223/75.

No pertinente à *forma*, ou seja, ao procedimento a ser observado na fiscalização, preceitua o art. 10:

“No julgamento das contas, os Tribunais de Contas tomarão por base o relatório anual, os balanços relativos ao encerramento do exercício, assim como os certificados



de auditoria e o parecer dos órgãos que devem pronunciar-se sobre as contas.”

Conjugando os dispositivos citados, conclui-se sem sombra de dúvida que o Tribunal deve manifestar-se *anualmente*, após a apresentação das contas.

De acordo com a sistemática legal adotada, que se inspira largamente no modelo francês, em princípio, deve o Tribunal abster-se de intervir na vida da empresa, no curso do exercício.

#### 4. Quarta questão

47. Indaga-se: O Tribunal poderia, em face da Lei nº 6 223, realizar auditorias próprias, ou inspeções *in loco*, a qualquer tempo, ou somente quando alguma irregularidade fosse apontada pelo certificado de auditoria mencionado no art. 10?

Como já se viu, de acordo com o sistema da Lei nº 6 223, tal como ocorre na França, o exame do Tribunal de Contas é efetuado *a posteriori*, à vista do relatório anual e do balanço de exercício da empresa *sub examine*.

Diante dos claros termos da lei, não pode o Tribunal realizar auditorias próprias ou inspeções *in loco*, a qualquer momento, o que viria contrariar o princípio de autonomia de gestão, peculiar às empresas estatais.

As inspeções somente serão cabíveis, nessa empresa, quando o relatório de auditoria e respectivo certificado apontarem irregularidades nas contas (art. 10 combinado com o art. 3º, nº IV da Lei nº 6 223/75).

#### 5. Quinta questão

48. No regime anterior, antes da vigência da Lei nº 6 223, de 1975, as sociedades e empresas públicas negavam-se a prestar contas aos Tribunais competentes, com base nas disposições da Lei de Sociedades por Ações (Decreto-lei federal nº 2 627, de 26 de setembro de 1940) que impõe apenas o controle interno de suas contas

pelo Conselho Fiscal e pela assembléia de acionistas.

Daí o meio escogitado, nas esferas estadual e municipal, de condicionar o voto manifestado pelos respectivos representantes nas assembléias gerais ao prévio julgamento do Tribunal sobre as contas apresentadas.

Como conciliar o art. 10 da Lei nº 6 223/75 com a Lei de Sociedades por Ações: a apreciação das contas das diretorias continua a ser feita pela assembléia geral de acionistas, com base em julgamento prévio do Tribunal (Decreto municipal nº 2 051, de 24 de junho de 1975) ou será feita pelo Tribunal, após a manifestação da assembléia de acionistas.

49. Estamos em face de um caso típico de *derrogação* das normas de direito privado que regem a organização das sociedades anônimas, operada *ex vi legis*.

O parecer do Tribunal de Contas deveria, de acordo com a legislação anterior, ser proferido *antes* da realização da assembléia geral ordinária das sociedades anônimas, a fim de orientar o voto dos representantes da Fazenda Municipal (Lei nº 8 242, de 5 de maio de 1975; Decreto nº 12 051, de 24 de junho de 1975).

Agora, porém, o julgamento das contas pelos Tribunais de Contas das empresas estatais deverá ser proferido à vista, entre outros elementos, do parecer *dos órgãos* que devem pronunciar-se sobre as contas (o Conselho Fiscal e a assembléia-geral).

Numa palavra, a aprovação do balanço e das contas pela assembléia-geral das empresas estatais será feita *sub conditione*, subordinada ao julgamento do Tribunal de Contas. É o que claramente se deduz do texto do art. 10 da Lei nº 6 223, de 1975.

#### 6. Sexta questão

50. Pergunta-se acerca do prazo que terá o Tribunal de Contas para o seu julgamento.

Entendemos que se aplica por analogia o preceito do art. 6º da Lei nº 6 223, que estabelece o prazo de 6 (seis) meses, a contar do seu recebimento, para o julgamento dos processos de tomada de contas, salvo situações excepcionais, reconhecidas pelo plenário do Tribunal.

Seria de toda conveniência que na regulamentação que viesse a ser expedida no âmbito municipal fosse incluída disposição semelhante à do art. 5º da Resolução nº 165/75, do Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

“Salvo expressa disposição legal em contrário, os processos de tomada ou prestação

de contas deverão ser apresentados ao Tribunal no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data do encerramento do respectivo exercício financeiro.”

5. Com as considerações expendidas nos capítulos introdutórios deste parecer, esperamos haver elucidado convenientemente os aspectos mais relevantes da matéria submetida ao nosso estudo.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 18 de outubro de 1975.

*Oscar Barreto Filho*, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.