PRESTAÇÃO DE CONTAS — RÊDE FERROVIÁRIA FEDERAL

— Declaração de voto do Ministro Brochado da Rocha.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

PROCESSO Nº 12.193-64

DECISÃO

ANEXO À ATA Nº 75

Declaração do Sr. Ministro Brochado da Rocha, na Sessão de 7-8-63, citado no voto proferido nesta data, nos autos das contas da Rêde Ferroviária Federal, constante no início da presente Ata, à qual fica incorporado (P. 12.193-64).

"A Constituição Federal criou o Tribunal de Contas com atribuições próprias, definidas expressamente. Organizou-o à feição dos tribunais judiciários, dando aos seus membros os direitos, garantias e prerrogativas da magistratura. O Tribunal não pertence a nenhum Poder: interpõe-se entre o Executivo e o Legislativo, para fiscalizar aquêle, como auxiliar dêste, mas sem nenhum laço de dependência ou subordinação.

Essa posição *sui generis*, em que a Carta Magna colocou o Tribunal de Contas, permite, desde logo, afirmar que a lei ordinária não pode alterar, restringir, ampliando ou modificando as suas atribuições constitucionais.

Compete ao Tribunal julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas.

Embora não seja um órgão do Poder Judiciário, as suas decisões, em matéria de tomada de contas, são conclusivas para a Justiça, têm fôrça de sentença judicial.

O Tribunal de Contas julga, pois, as contas das entidades autárquicas. Ao legislador ordinário, porém, não cabe definir essas entidades, para efeito de fiscalização pelo Tribunal; ou se trata de autarquia, e o Tribunal exerce a sua fiscalização em tôda a plenitude, por outorga constitucional; ou é entidade não autárquica, e fica fora da competência do Tribunal de Contas, sem que a lei ordinária possa, por sua vez, incluí-la nessa competência.

Muito menos pode a lei ordinária criar para o Tribunal outras atribuições, como a de dar mero parecer sôbre contas de entidades que não sejam autarquias.

É o caso, entre muitas outras, da Rêde Ferroviária Federal S. A., cuja constituição, sob a forma de sociedade anônima, foi autorizada pela Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957. Prescreve esta, no seu art. 34 e parágrafo único, que as contas da sociedade e de suas subsidiárias serão remetidas ao Tribunal de Contas da União até o dia 31 de março de cada ano, a fim de que as examine e dê parecer, enviando-as ao Congresso Nacional, para julgamento, até 30 de junho, impreterivelmente.

Ou a Rêde Ferroviária Federal tem as características de uma autarquia e a lei ordinária não poderia ter subtraído as suas contas ao julgamento do Tribunal, para limitar a atribuição constitucional, no sentido de dar-lhe a incumbência de um simples exame e parecer; ou a Rêde Ferroviária Federal não é uma autarquia, e sim uma sociedade privada, de cujo capital a União participa como simples acionista, e, neste caso, a lei ordinária não pode submetê-la à jurisdição do Tribunal, ampliando a competência constitucional, nem tampouco criar uma nova atribuição, para incumbi-lo de emitir apenas um parecer, deferindo o julgamento ao Congresso.

A Constituição anterior, de 1934, deixava ao critério do legislador ordinário fixar, para os serviços autônomos, as modalidades de contrôle e os órgãos incumbidos de exercê-lo (art. 101, § 3º); mas a Constituição atual suprimiu êsse dispositivo.

A descentralização dos serviços públicos, com personalidade própria e autonomia administrativa, nasceu da necessidade de dar maior flexibilidade e independência de ação ao funcionamento dêsses serviços. A ela não foi mesmo estranha a idéia de libertar-se dos processos rígidos de fiscalização, vigentes no nosso direito positivo.

A evolução para as sociedades de economia mista, revestindo a forma de sociedade anônima, obedeceu, entre outras circunstâncias, ao mesmo objetivo. Ninguém o diz melhor que Oscar Saraiva: "As autarquias envelheceram precocemente entre nós. Surgidas em maior número no qüinqüênio de 1937 a 1942, trazendo em si condições de independência de ação e liberdade administrativa que as tornavam instrumentos flexíveis e eficientes, logo a seguir as influências centralizadoras de padronização, uniformização e contrôle as alcançaram, tornando em muitos casos sua administração quase tão rígida como a do próprio Estado e fazendo desaparecer as razões de conveniência que originaram sua instituição. Surgiram, assim, entre nós, as sociedades de economia mista." (Novas formas de delegação administrativa do Estado, Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 100, pág. 235.)

A legislação brasileira criou inúmeras sociedades de economia mista, que revestem a forma das sociedades anônimas, são expressamente submetidas ao direito comercial.

Não era possível, porém, levar a ficção jurídica ao ponto de fazê-las funcionar

estritamente como pessoas de direito privado.

Em alguns casos, faltava-lhes tudo para caracterizá-las como sociedades de direito comercial: faltava-lhes a finalidade de lucro, que é inerente ao comércio, porque foram criadas para executar um serviço de interêsse geral; faltava-lhes, muitas vêzes, a própria natureza da sociedade, que só por ficção recebiam da lei, pois chegaram a constituir-se com um único acionista, como sociedades unipessoais.

Talvez um dos maiores obstáculos ao funcionamento normal das sociedades mistas, seja a incompatibilidade natural dos interêsses do Estado e dos particulares que a compõem, o primeiro visando ao interêsse coletivo, os últimos ao lucro.

O que caracteriza as instituições jurídicas, mais do que a forma, é a sua substância, o seu objetivo. Segundo Rafael Bielsa, em relação às sociedades mistas, quando o Estado é mero acionista, prevalece o caráter de pessoa jurídica de direito privado; quando êle concorre para formar a entidade como poder administrativo, configura-se o ente autárquico, embora constituído sob a forma de sociedade anônima.

Waldemar Ferreira, em seu excelente curso monográfico sôbre as sociedades de economia mista, afirma que a Petróleo Brasileiro S. A. (Petrobrás) e a Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil (Novacap), não são sociedades de direito privado, mas verdadeiras autarquias: "Não se tem, no caso, sociedade anônima privada nem sociedade anônima de economia mista; a sociedade é de economia pública, expressão autêntica de autarquia."

E conclui: "Para que possa o Tribunal de Contas examinar as contas da Petrobrás, é indispensável que ela se conceitue como entidade autárquica e não como mera sociedade de economia mista de direito privado. Sendo desta estirpe, escapa à competência constitucional daquele Tribunal. E o legislador ordinário, privando-o de julgar as contas daquela emprêsa, mas atribuindo-lhe competência apenas para ministrar parecer, nesse ponto claudicou. Carece a lei ordinária de fôrça derrogatória de dispositivo constitucional, na hierarquia das leis."

No mesmo sentido e citando Waldemar Ferreira, escreve o Professor Rui Cirne Lima: "Quanto à sociedade de economia mista, se é uma sociedade privada, sòmente o é *quoad extra*, em relação aos terceiros com que entra em contato; não assim em suas relações com a entidade pública, para a qual ou pela qual foi criada, como instrumento de intervenção social ou econômica. Privada *quoad extra*, a sociedade de economia mista é necessàriamente pública *quoad intra*. Porque na intervenção estatal consiste a nota específica da sociedade de economia mista, caracteriza-se esta antes pela participação da administração pública na direção social do que pela participação daquela no capital social (E. Forsthoff). O acionariado do Estado não é bastante para caracterizar a sociedade de economia mista; o Estado acionista submete-se inteiramente ao direito privado, geral ou especial (cf. H. J. Wolff). A sociedade de economia mista, ao revés, envolve, de regra, *quoad intra* uma disciplina publicística da estrutura societária, de sorte a assegurar o predomínio da administração pública na organização e direção sociais e, conseqüentemente a eficácia da intervenção estatal a ser realizada através da sociedade mesma." (Pareceres.)

Tudo quanto se disse, aplica-se à Rêde Ferroviária Federal S. A.

Só à luz dêsses princípios doutrinários pode ser interpretado o dispositivo do art. 139 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 830, de 23 de setembro de 1949), que considera entidades autárquicas, não só o serviço estatal descentralizado com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio, independente do orçamento geral (letra *a*), mas também as demais pessoas jurídicas especialmente instituídas por lei, para execução de serviços de interêsse público ou social, custeados por tributos de qualquer natu-

reza ou por outros recursos oriundos do Tesouro (letra *b*).

Se a lei ordinária não pode ampliar a competência constitucional do Tribunal de Contas, nem definir arbitràriamente as entidades autárquicas, para submetê-las ao contrôle do mesmo Tribunal, o dispositivo do artigo 139, letra *b*, da Lei nº 830, só é válido se diz respeito àquelas sociedades que, embora revestindo a forma de sociedades anônimas, de direito privado, e de economia mista, são, na verdade, "sociedades de economia pública, expressão autêntica de autarquia".

A Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957, mandou que a Rêde Ferroviária Federal S. A. remeta as suas contas a êste Tribunal, para exame e parecer. Entendo que ao Egrégio Tribunal pertence o julgamento dessas contas, se a sociedade tem, realmente, as características da entidade autárquica, uma vez que exerce um serviço público, de interêsse geral; não colima lucro, porque a União, que foi inicialmente a única acionista, conserva a quase totalidade dêsse capital e a totalidade das ações ordinárias, e as ações preferenciais, em número insignificante, pertencentes aos Estados, Municípios e Distrito Federal, não têm direito a voto (Lei nº 2.975, de 27 de novembro de 1956, art. 9º, § 1º, art. 15. Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957, art. 4º e § 3º. Estatutos Sociais da Rêde, aprovados pelo Decreto nº 42.381, de 30 de setembro de 1957, arts. 7º e 8º; art. 10, § 1º; art. 11, art. 14, parágrafo único).

Finalmente, a União imprime à execução do serviço um caráter social, de que resultam deficits impressionantes nas suas operações; intervém livremente na administração da emprêsa, através a designação dos seus diretores e o exame de suas contas por órgãos do poder público. Não tem qualquer sentido o funcionamento de uma assembléia geral em que a União delibera sòzinha (Estatutos Sociais, art. 35).

Se, ao contrário, a sociedade não reveste aquelas características, mas é sociedade de direito privado, em que o Estado apenas participa do seu capital como mero acionista, sem que isso lhe empreste a natureza de entidade pública ou o *signum specificum* da autarquia — nesse caso, considero o Tribunal de Contas incompetente para tomar conhecimento das contas, quer para julgá-las, porque a Constituição limita essa competência às entidades autárquicas, quer para emitir parecer, porque essa atribuição é estranha à competência constitucional e não pode ser objeto de criação da lei ordinária.

A matéria é da maior relevância. Por um lado, não se deve esquecer que essas sociedades foram criadas com o objetivo de libertar a execução do serviço público dos padrões rígidos da administração, isto é, de dar-lhes maior flexibilidade e autonomia de ação.

Por outro lado, embora revistam a forma de sociedades de direito privado, elas estão sujeitas, também, ao direito administrativo, e a experiência tem mostrado que não é conveniente deixá-las reger-se, senão subsidiàriamente, pelas normas comuns das sociedades anônimas, especialmente quanto à fiscalização e contrôle, que nas leis constitutivas regulam expressamente. É que o capital com que o Estado entra para a sociedade, embora passe a integrar um outro patrimônio, conserva o caráter de dinheiro público, porque é destinado ao funcionamento de um serviço público.

O problema é o mesmo em outros países. O Parlamento francês, por exemplo, foi pondo em uso, pouco a pouco, um conjunto de medidas específicas, até atribuir-se o mais extenso poder de fiscalização, que a crítica chegou a considerar incompatível com o próprio espírito das nacionalizações.

Entendo que essa fiscalização é necessária; em face, porém, do texto constitucional, só admito o seu exercício, pelo Tribunal de Contas, na plenitude da sua jurisdição.

A matéria foi objeto de tese que apresentei e defendi perante o IV Congresso Internacional dos Tribunais de Contas,

realizado em Viena, em 1962. Disse eu naquela ocasião:

"Não pode o legislador ordinário estender o conceito de entidades autárquicas, abrangendo como tais, para efeito de fiscalização pela Côrte de Contas, emprêsas públicas que não sejam autarquias. Não pode também caracterizar como dinheiros públicos os que representam a participação do Estado nas sociedades de direito privado, com a finalidade de instituir uma forma limitada de fiscalização, o simples parecer prévio, a que foi estranha a Constituição: na verdade, ou se trata realmente de dinheiros públicos, porque são destinados ao funcionamento de um serviço público, e a Côrte de Contas exerce sôbre as emprêsas a plenitude da sua atribuição constitucional, que é de julgar as contas e não de dar parecer; ou, ao contrário, êsses dinheiros, entrando para o patrimônio das sociedades privadas, não se consideram mais dinheiros públicos, para efeito de fiscalização, e, nesse caso, as mesmas sociedades ficam fora da jurisdição do Tribunal.

A opinião contrária poderia conduzir à destruição do sistema estabelecido pelo legislador constituinte, quando assegurou a fiscalização dos órgãos descentralizados do Estado, através da Côrte de Contas, criada com tôdas as garantias da magistratura; porque as atribuições muitas vêzes secundárias, decorrentes da lei hieràrquicamente inferior, inclusive os casos de fiscalização frustrânea representados pela simples emissão de pareceres técnicos, poderiam multiplicar-se ao ponto de prejudicar o exercício normal das funções mais relevantes, que a Constituição instituiu como essência ao bom funcionamento dos serviços públicos."

Constam da Resolução do IV Congresso sôbre essa matéria, os seguintes tópicos que me parece interessante transcrever. É claro que essas decisões revestem o caráter de recomendações, dirigidas à legislação de cada país.

"A instituição superior de contrôle das Finanças Públicas tem um domínio de atividade importante e indispensável no caso em que o Estado se serve de sociedades de direito privado para cumprir atividades determinadas.

"No caso mais corrente, o capital-ação da sociedade se acha inteiramente ou em parte nas mãos do Estado. Em outros casos, a participação financeira assume a forma de concessões de empréstimos ou de contratos de garantias, particularmente quando êste financiamento constitui uma parte da estrutura do capital da emprêsa. A participação do Estado na direção da emprêsa pode igualmente constituir um critério para tornar necessária a intervenção da Instituição superior de contrôle.

"É à legislação de cada país que cabe determinar, em função dos interêsses do Estado, a percentagem de participação financeira a partir da qual a Instituição superior de contrôle das Finanças Públicas deve exercer contrôle permanente sôbre uma emprêsa. Na maior parte dos casos, trata-se de uma participação majoritária.

"O contrôle exercido pela Instituição Superior deve necessàriamente completar o contrôle que o Estado já exerça sôbre a gestão, conforme as prescrições do direito relativo às sociedades privadas, podendo a mesma Instituição, no cumprimento de sua tarefa, partir de um ponto de vista diferente daquele.

"No interêsse da economia, o Instituto superior de contrôle deverá utilizar, tanto quanto possível, os documentos ou os resultados de contrôle postos à sua disposição pelos outros órgãos de contrôle. Pode, depois, decidir se deve proceder, êle mesmo, a uma verificação na emprêsa, e qual deve ser a extensão dessa verificação, quando a participação do Estado é particularmente importante: essa verificação poderá, se necessário, ser efetuada *in loco*.

"A fim de que possa ser preservada a liberdade de ação econômica da emprêsa, o contrôle deve ser *a posteriori*, tendo em conta as prescrições especiais da lei nacional.

"Na falta de disposição em contrário, admite-se, em regra, que o contrôle diz respeito, não sòmente à regularidade contábil, mas também à economia, à legalidade e à integridade moral da gestão, em relação aos objetivos e aos meios disponíveis."

Recomendou, assim, o IV Congresso, às nações participantes, que as próprias sociedades de direito privado devem ficar, em determinados casos, sob o contrôle permanente da Côrte de Contas. A matéria, porém, entre nós é regulada pela Constituição.

Fui Relator, anteriormente, neste Tribunal, de processo semelhante, da Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil (Novacap). A Lei nº 2.874, de 19 de setembro de 1958, que autorizou a constituição daquela sociedade, mandou que a Diretoria remetesse as suas contas, até 30 de abril de cada ano, ao Tribunal de Contas da União, para que êste as apreciasse e enviasse ao Congresso Nacional.

Entendi, então, em face da legislação vigente, que êste órgão fiscalizador devia tomar regularmente as contas, ou deixar de conhecer das mesmas; o que não podia fazer era examinar as contas para emitir parecer.

O Egrégio Tribunal decidiu que a Novacap estava sujeita a tomada de contas, como entidade pública, uma vez que a totalidade do capital pertencia à União, era esta a única acionista. Considerou-a verdadeira entidade autárquica e submeteu a tomada de contas ao processo normal prescrito pela lei para essas entidades.

Parece que a mesma decisão deve ser aplicada ao presente processo, da Rêde Ferroviária Federal S. A.

Trata-se, em verdade, de um serviço público descentralizado, que a lei fêz revestir a forma de sociedade anônima mas que tem tôdas as características de entidade pública.

"Afigura-se-nos, diz Rui Carneiro Guimarães, que a Rêde Ferroviária Federal S. A., constituída pela formação das emprêsas ferroviárias da União em sociedade anônima (Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957), sendo tôdas as ações subscritas inicialmente pela União Federal, constitui uma sociedade de economia pública de um só acionista, sob a forma anônima." (Sociedade por Ações. 1º volume, pág. 19).

É essa a preliminar que submeto ao Egrégio Tribunal."

T.C., em 7-8-1963. — *A. Brochado da Rocha* (P. 7.695-61, citado no início da Ata 75, à qual se integra esta declaração).