

NOTA DE ORIENTAÇÃO TÉCNICA Nº 2/2018GABSEC/CGE
SGD Nº 2018/09049/001897

AUTOR DA CONSULTA: Olmiro Fonseca Guerra, Auditor Interno da Agência de Fomento do Estado do Estado do Tocantins.

TEOR DA CONSULTA: Esclarecimento acerca da possibilidade de Empresa de Economia Mista ter seus atos fiscalizados pelo Controle Interno e Externo da Administração Pública.

1.A matéria é regida pelas disposições contidas no art. 37, incisos XIX, XX, e art. 173, § 1º, I, II, III e IV, da Constituição Federativa de 1.988, Decreto-Lei 200/67 e Decreto-Lei 900/69 e no art. 235, da Lei Federal de nº 6.404/76, Lei Federal nº 13.303/16 e nas normas da CVM.

2.A União e suas autarquias e entidades para-estatais, estão obrigadas a, constituir sociedade de economia mista, na forma anônima, já os estados e municípios quando instituir sociedade de economia mista, poderão adotar qualquer das formas prescritas pela lei comercial: anônima ou de sociedade por quotas limitada ou outras conforme suas finalidades.

3.Conceitualmente, Sociedade de Economia Mista é uma pessoa jurídica de direito privado, criada por lei especial e que sempre terá as características de S/A. É prevista nos art's 235 e seguintes da Lei das S/As (Lei 6.404/76).

4.Temos uma melhor definição nos termos do art. 5º, III do Decreto-Lei 200/67(com redação dada pelo Decreto-Lei nº 900 de 1969):

“Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.”



5. Como se vê, as entidades paraestatais são criadas e autorizadas por lei específica, cabendo lei complementar definir as peculiaridades na forma de atuação (Art. 37, XIX, XX CRFB/88).

6. Com efeito, o que se destaca nas sociedades de economia mista é a obrigação da participação do Estado na direção da empresa, detendo a maioria das ações e o direito a voto. Essa foi a maneira que o legislador encontrou para legitimar que o Estado defina os rumos da atividade empresarial específica para a qual foi criada, pois o capital de uma sociedade de economia mista é uma associação de particular e público, por isso o seu regime é híbrido, entrelaçado por normas de Direito Público e de Direito Privado.

7. Muito embora esse tipo de sociedade tenha o Estado como acionista majoritário, e com isso garanta o controle da companhia, deve adequar-se às diretrizes da Lei das S/A, nº 6.404/76, conforme art. 235 e às normas da CVM.

“Art. 235. As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal. ”

8. Salienta-se que a sociedade de economia mista se submete ao regime de direito privado, e suas relações com o Estado e a sociedade obedecem aos mesmos limites constitucionais da empresa pública, previsto no art. 173, § 1º, I, II, III e IV da Constituição Federal.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (Grifo nosso)

§ 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:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;



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

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (**Grifo nosso**)

9. Notadamente, as sociedades de economia mista têm **por finalidade principal a busca do interesse público**, o que as tornam distintas das sociedades empresariais comuns, tanto é verdade que é inegável a sua submissão aos princípios básicos da Administração Pública (art. 37, *caput*, CF).

10. Vê-se que a Sociedade de Economia Mista só pode ter uma forma societária no âmbito Federal, a de sociedade anônima, nas outras esferas podem optar entre Sociedade Anônima ou pela forma de capital fechado, de modo que deve se submeter à legislação das S/A, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal, conforme prevê o disposto no artigo 235, nº 6.404/76. Diante dessa premissa, não se falava em fiscalização por meio do controle interno da Administração Pública no âmbito das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

11. Porém, recentemente houve inovação jurídica nesse aspecto, com o advento da nova Lei das Estatais, Lei Federal nº 13.303/16, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no que tange a fiscalização, a empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de risco e controle, conforme prevê o art. 9º.

Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:



I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno;

II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos;

III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário.

§ 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:

I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude;

II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;

III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais;

IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias;

V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade;

VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

§ 2º A área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos deverá ser vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto social prever as atribuições da área, bem como estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente.

§ 3º A auditoria interna deverá:



I - ser vinculada ao Conselho de Administração, diretamente ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutário;

II - ser responsável por aferir a adequação do controle interno, a efetividade do gerenciamento dos riscos e dos processos de governança e a confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, acumulação, registro e divulgação de eventos e transações, visando ao preparo de demonstrações financeiras.

12. Assim, com essa inovação legislativa, deu-se legitimidade para o controle interno da administração pública atuar em âmbito das estatais, modificando o entendimento anterior, haja vista que a finalidade da criação de tais empresas seja a realização do interesse público.

13. É sabido, portanto, que a administração direta e indireta do Estado sujeita-se ao formalismo do controle interno e externo (arts. 70, 71 e 74 da CF/1988). Ora, **apesar da personalidade de direito privado**, as empresas estatais integram a Administração Pública Indireta, logo, a tutela pelos órgãos de controle é necessária para que se resguarde a boa e regular aplicação dos recursos públicos.

14. E mais. Não é pelo fato de os bens ou a personalidade jurídica serem privados que estariam imunes ao controle estatal. Ressalte-se que o sinal distintivo dos bens do domínio Público e do patrimônio administrativo é o fato de estes participarem da atividade administrativa estatal, o que os torna inescapavelmente vinculados aos fins públicos dirigidos.

15. Desse modo o interesse público persiste e justifica abstratamente o anseio jurídico-social de que não haja malversação de tal patrimônio. Igualmente, a Constituição da República outorga à Corte de Contas a possibilidade de julgar as contas dos administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração Pública Direta e Indireta (art. 71, II, CF).

16. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal – STF, reviu seu entendimento inicial e julgou possível o controle por parte do TCU – e a consequente



tomada especial de contas – em face das sociedades de economia mista. Confira-se o precedente:

MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ATRIBUIÇÃO DO ÓRGÃO - CONSULTOR JURÍDICO - SUSTENTAÇÃO DA TRIBUNA. Versando o mandado de segurança ausência de atribuição do Tribunal de Contas da União, cabível é a sustentação da tribuna pelo consultor jurídico do Órgão.

MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - CHAMAMENTO AO PROCESSO DAS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO - INADEQUAÇÃO. A previsão do artigo 49 da Constituição Federal - de cumprir ao Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta - não atrai a participação do Poder Legislativo na relação processual de mandado de segurança impetrado contra decisão do Tribunal de Contas da União. **SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - FISCALIZAÇÃO. Ao Tribunal de Contas da União incumbe atuar relativamente à gestão de sociedades de economia mista. Nova inteligência conferida ao inciso II do artigo 71 da Constituição Federal, ficando superada a jurisprudência que veio a ser firmada com o julgamento dos Mandados de Segurança nºs 23.627-2/DF e 23.875-5/DF.**

(STF - MS: 25181 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 10/11/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 16-06-2006 PP-00006 EMENT VOL-02237-01 PP-00131)

17.Por fim, verifica-se que houve evolução no entendimento do Tribunal de Contas da União - TCU, que outrora não atuava nessa seara, passando então a entender que a outorga constitucional que lhe foi dada para julgar as contas dos administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração Pública Direta e Indireta, alcança também, as sociedades de economia mista. Este entendimento da Corte foi recentemente firmado com a disciplina dada pela Lei 13.303/16, que em seu capítulo III, no tema **DA**

FISCALIZAÇÃO PELO ESTADO E PELA SOCIEDADE, define a forma em que deve se dá a fiscalização e a transparência nessas empresas. Cite-se:

Art. 85. **Os órgãos de controle externo e interno das 3 (três) esferas de governo fiscalizarão as empresas públicas e as sociedades de economia mista a elas relacionadas**, inclusive aquelas domiciliadas no exterior, quanto à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação de seus recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial.

§ 1º **Para a realização da atividade fiscalizatória de que trata o caput, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aqueles classificados como sigilosos pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista, nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. (GRIFO NOSSO)**

(...)

Art. 86. **As informações das empresas públicas e das sociedades de economia mista relativas a licitações contratos, inclusive aqueles referentes a bases de preços, constarão de bancos de dados eletrônicos atualizados e com acesso em tempo real aos órgãos de controle competentes.**

(...)

Art. 87. **O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelos órgãos do sistema de controle interno e pelo tribunal de contas competente**, na forma da legislação pertinente, ficando as empresas públicas e as sociedades de economia mista responsáveis pela demonstração da legalidade e da regularidade da despesa e da execução, nos termos da Constituição.

(...)

§ 3º **Os tribunais de contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, a qualquer tempo, documentos de natureza contábil, financeira,**



orçamentária, patrimonial e operacional das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias no Brasil e no exterior, obrigando-se, os jurisdicionados, à adoção das medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

Art. 88. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão disponibilizar para conhecimento público, por meio eletrônico, informação completa mensalmente atualizada sobre a execução de seus contratos e de seu orçamento, admitindo-se retardo de até 2 (dois) meses na divulgação das informações.

§1º A disponibilização de informações contratuais referentes a operações de perfil estratégico ou que tenham por objeto segredo industrial receberá proteção mínima necessária para lhes garantir confidencialidade.

§ 2º O disposto no § 1º não será oponível à fiscalização dos órgãos de controle interno e do tribunal de contas, sem prejuízo da responsabilização administrativa, civil e penal do servidor que der causa à eventual divulgação dessas informações.

Art. 89. O exercício da supervisão por vinculação da empresa pública ou da sociedade de economia mista, pelo órgão a que se vincula, não pode ensejar a redução ou a supressão da autonomia conferida pela lei específica que autorizou a criação da entidade supervisionada ou da autonomia inerente a sua natureza, nem autoriza a ingerência do supervisor em sua administração e funcionamento, devendo a supervisão ser exercida nos limites da legislação aplicável.

Art. 90. As ações e deliberações do órgão ou ente de controle não podem implicar interferência na gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista a ele submetidas nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas.
(grifos nossos)

18. Destarte, além das regras de estruturas e práticas de gestão de risco e controle das estatais, conforme prevê o art. 9º da Lei 13.303/16, também há a previsão da fiscalização pelo Estado e pela sociedade, sendo matéria disciplinada



pelos art's. 85 a 90, da mesma lei, podendo, portanto, os órgãos de controle externos e interno da Administração Pública, fiscalizar quanto à legitimidade e à economicidade.

19. Frise-se por oportuno, que o legislador concedeu um prazo de 24 meses, a partir da vigência da norma, para que as empresas públicas e sociedades de economia mista se adequem à nova realidade de controle, de modo que a partir de 1º julho de 2018 os órgãos de controle interno poderão atuar no âmbito dessas empresas a que estiverem relacionados.

DIRETORIA DE AVALIAÇÃO E CONTROLE DA GESTÃO GOVERNAMENTAL, em Palmas – TO., aos 09 dias do mês de maio de 2018.

ASSINADO ELETRONICAMENTE

ELIANA RODRIGUES DA SILVA

Gerente de Orientação e Normas

ASSINADO ELETRONICAMENTE

KILVÂNIA RODRIGUES DE MELO MIRANDA

Diretora de Avaliação e Controle da Gestão

ASSINADO ELETRONICAMENTE

BENEDITO MARTINIANO DA COSTA NETO

Superintendente de Gestão e de Ações de Controle Interno

1 – De acordo com a orientação. Encaminhe-se ao setor consulente e posterior, publicação no site desta CGE.

Em: 09/05/2018

ASSINADO ELETRONICAMENTE

SENIVAN ALMEIDA DE ARRUDA

Secretário-Chefe

