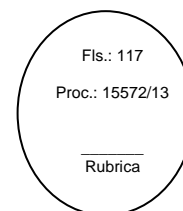




TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO



PROCESSO Nº: 15.572/2013

INFORMAÇÃO Nº: 104/2013

ÓRGÃO DE ORIGEM: Banco de Brasília S/A - BRB

ASSUNTO: Consulta

EMENTA: Consulta formulada pelo Presidente do Banco de Brasília S/A acerca da incidência de normas inerentes à Administração Pública Direta e Indireta às empresas subsidiárias/controladas de sociedade de economia mista. Conhecimento. Existência de consulta anterior versando sobre o mesmo tema. Pela submissão ao regime jurídico da controladora quando caracterizado, em uma entidade, o controle acionário, direto ou indireto, por parte de uma sociedade de economia mista.

Senhora Diretora-Substituta,

Cuidam os autos de consulta formulada pelo Presidente do Banco de Brasília S/A, fls. 02/35, acerca da incidência de normas inerentes à Administração Pública Direta e Indireta às empresas subsidiárias/controladas de sociedade de economia mista.

2. Preliminarmente, o consulente tece considerações sobre a participação societária das empresas por ele intituladas A, B, C e D, fls. 02/12.
3. Nesse sentido, apresenta as seguintes questões à Corte:
 - aplicação da Lei nº 8.666/93 às Sociedades de Economia Mista e às suas subsidiárias (controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público), fls. 12/15;
 - possibilidade de edição de regulamento pelas empresas controladas direta e/ou indiretamente pelo Poder Público, nos termos do art. 119 da Lei nº 8.666/93, fls. 15/18;
 - obrigatoriedade de concurso público para admissão de empregados das empresas controladas indiretamente pelo Poder Público, fls. 19/21;



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

Fls.: 118
Proc.: 15572/13

Rubrica

- aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal, LC 101/2000, às empresas não dependentes ainda que controladas indiretamente pelo Poder Público, fls. 21/24;
- incidência das leis orçamentárias, fls. 24/25;
- submissão ao controle externo, fls. 25/32;
- acumulação de funções, fls. 32/34.

Análise

4. Registra-se, por oportuno, que consulta de igual teor foi submetida à consideração deste Tribunal pela BRB – Clube de Seguros e Assistência, tal expediente foi objeto do Processo nº 13249/12.

5. Naquela oportunidade, esta Corte de Contas, acompanhando o Parecer emitido pelo Ministério Público que atua junto ao Tribunal, não tomou conhecimento da referida consulta por entender que o então consulente não detinha legitimidade a teor das disposições constantes no art. 1º, inciso XV, da LC nº 01/94, c/c o art. 194 do RI/TCDF, Decisão nº 6674/2012.

6. Extraímos do voto condutor do aludido *Decisum* os seguintes excertos:

“Inicialmente, verifico que os presentes autos foram constituídos para se proceder a análise de consulta formulada pelo BRB – Clube de Seguros e Assistência (fls. 01/34) a esta Corte acerca da incidência das normas inerentes à Administração Pública Direta e Indireta às empresas subsidiárias/controladas de sociedade de economia mista.

Verifico que a presente consulta foi formulada pelo Presidente do BRB – Clube de Seguros e Assistência e teceu considerações sobre a participação societária das seguintes empresas: A) Banco de Brasília – BRB; B) Cartão BRB S/A.; C) Corretora de Seguros BRB S/A.; e D) BSB Administradora de Ativos S/A..

(...)

A 1ª Divisão de Acompanhamento, por intermédio da Informação nº 145/12 (fls. 159/178), entendeu que o signatário do documento de fls. 01/34 seria parte legítima para propositura de consulta, nos termos do caput do art. 194 do RI/TCDF e sugeriu que o egrégio Tribunal tomasse conhecimento da consulta e encaminhasse ao consulente os esclarecimentos constantes à fl. 178.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

Fls.: 119
Proc.: 15572/13

Rubrica

Entretanto, como bem apontado pela ilustre representante do Ministério Público especializado, com a devida vênia do posicionamento externado pela unidade técnica, entendo que antes que fosse adentrado o mérito propriamente dito da consulta, requer-se a abordagem de uma preliminar de ilegitimidade de parte.

Consoante a LC nº 01/94, tem-se que o processo de consulta exige a observância de requisitos de admissibilidade.

Dessa forma, pelo art. 1º, inciso XV, da LC nº 01/94, ao Tribunal de Contas do DF cabe decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentos concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno.

Ademais, nos termos do art. 194 do RI/TCDF, o Tribunal somente conhecerá das consultas que lhe forem formuladas pelo Governador do Distrito Federal, por Secretário de Governo ou autoridade equivalente, bem como por dirigente de órgão relativamente autônomo ou entidade da administração indireta, incluídas as fundações.

Ressalte-se que nos termos dos §§ 1º e 2º do mesmo dispositivo legal, as consultas deverão versar direito em tese, indicar com precisão seu objeto, ser acompanhadas de parecer técnico-jurídico da Administração e possuírem caráter normativo, não constituindo sob nenhuma hipótese julgamento de caso concreto.

Logo, dos dispositivos extraídos da LC nº 01/94 e do RI/TCDF podem ser obtidos os requisitos para admissibilidade de consulta, a saber:

- I. Ser formulada por autoridade competente, quais sejam, o Governador do DF; Secretários de Governo ou autoridade equivalente, bem como por dirigente de órgão relativamente autônomo ou entidade da administração indireta, incluídas as fundações;*
- II. Consistir em dúvidas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares de matérias de competência desta Corte;*
- III. Indicar com precisão seu objeto;*
- IV. Estar acompanhada de parecer técnico-jurídico da Administração; e*
- V. Versar sobre direito em tese, possuindo caráter normativo e constituindo prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.*

Outrossim, como a própria unidade técnica deixou assentado, o Conglomerado Econômico Financeiro BRB, em 22.06.09, sofreu uma



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

Fls.: 120
Proc.: 15572/13

Rubrica

reorganização societária de modo que o BRB – Banco de Brasília S/A. passou a ser o acionista majoritário e controlador da Cartão BRB S/A., com 69,7% das ações, e essa entidade controlada passou a deter 99,9% da BRB Administradora e Corretora de Seguros S/A., que por sua vez passou a deter 99,9% do capital da BSB Administradora de Ativos S/A.. Cabe frisar que a consulente, empresa BRB Clube de Seguros e Assistência, participa do capital social da empresa Cartão BRB S/A. com 30,3% das ações, sendo de fato uma associação privada, regida pelo Código Civil.

Portanto, entendo que no presente caso não foi preenchido o requisito de admissibilidade da consulta, vez que o Presidente da empresa BRB Clube de Seguros e Assistência não se enquadra no rol de autoridades competentes para formular consultas a esta Corte. Dessa forma, a consulta deveria ser formulada por empresa subsidiária/controlada, in casu, a Cartão BRB S.A., cujas contas anuais são submetidas a julgamento perante esta Casa.

Assim, entendo que esta Corte não deve conhecer da consulta formulada às fls. 01/34, tendo em vista o consulente não deter legitimidade para tanto, não se enquadrando nos termos do art. 1º, inciso XV, da LC nº 01/94 c/c o art. 194 do RI/TCDF.”

7. Feitas estas breves considerações, passaremos ao exame das questões relacionadas à admissibilidade da consulta que deu origem aos presentes autos, fls. 02/35, conforme preceitua o art. 194 do Regimento Interno do TCDF, *verbis*:

“Art. 194- Em caso de dúvida na aplicação de disposição legal ou regulamentar, em matéria de sua competência, o Tribunal conhecerá das consultas que lhe forem formuladas pelo Governador do Distrito Federal, por Secretário de Governo ou autoridade equivalente, bem como por dirigente de órgão relativamente autônomo ou entidade da administração indireta, incluídas as fundações.

§1º - As consultas deverão versar direito em tese, indicar com precisão seu objeto e ser acompanhadas de parecer técnico-jurídico da Administração.

§2º - A resposta à consulta terá caráter normativo e constituirá prejudgamento da tese, mas, não, do fato ou caso concreto.”

8. Conforme se verifica à fl. 35, a consulta foi assinada pelo Diretor-Presidente do Banco de Brasília S.A e por seu representante jurídico, suprimindo, portanto, a falha observada no Processo nº 13.249/12, estando devidamente



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

Fls.: 121
Proc.: 15572/13

Rubrica

comprovada a legitimidade do consulente.

9. Relativamente ao parecer técnico-jurídico, prescrito no §1º do referido art. 194, a consulta é apresentada com o questionamento e a opinião jurídica do consulente, sendo que o expediente foi assinado pela autoridade competente e também por seu representante legal. Destarte, embora não tenha sido redigido expediente opinativo específico, nos parece devidamente atendida a exigência do RITCDF.

10. As questões apresentadas à Corte referem-se a dúvidas quanto à aplicação de diversos normativos às empresas controladas por sociedade de economia mista e, portanto, representam matéria relativa a direito em tese.

11. Cotejando a consulta de fls. 2/35 com o expediente encaminhado pela BRB Clube de Seguros e Assistência¹, fls. 76/109, verificamos que o teor dos dois documentos é idêntico, ressaltando-se, apenas, a existência de alguns ajustes redacionais.

12. Conforme descrito no parágrafo 5, a consulta apresentada pela BRB Clube de Seguros e Assistência não foi conhecida pela Corte e, em consequência, não houve apreciação acerca do mérito das questões submetidas ao Tribunal. Dessa maneira, ratificaremos, nesta oportunidade, as considerações tecidas na Informação nº 145/12, produzida no Processo nº 13.249/12, tendo em vista que as mesmas teses foram novamente apresentadas à Corte no documento de fls. 02/35.

13. A relação societária exposta pela consulente refere-se à atual composição do conglomerado BRB, conforme se verifica na comparação dos gráficos de fls. 115/116. Sendo assim, temos a seguinte correspondência:

- Empresa A: Banco de Brasília – BRB (ora Consulente)
- Empresa B: Cartão BRB S.A.
- Empresa C: Corretora de Seguros BRB S.A.
- Empresa D: BSB Administradora de Ativos S/A

14. De acordo com os trabalhos desenvolvidos no Processo nº 27.512/11,

¹ e-DOC 8CC80F2C, extraído do Processo nº 13249/12.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

Fls.: 122
Proc.: 15572/13

Rubrica

o Banco de Brasília S.A, mediante a Lei 1.560/97, fl. 114, obteve autorização para criar subsidiária ou participar do capital de sociedade de empresária privada, tendo por finalidade a administração de cartões. Em razão de tal normativo, foi criada a Cartão BRB S.A.

15. Naqueles autos, também foi registrado que, em 22/06/2009, fora concluída uma reorganização societária no “Conglomerado Econômico Financeiro BRB”, de modo que o BRB – Banco de Brasília S/A passou a ser o acionista majoritário e controlador da Cartão BRB S/A, com 69,7% das ações, e essa controlada passou a deter 99,9% da BRB Administradora e Corretora de Seguros S.A. Esta por sua vez detém 99,9% do capital da BSB Administradora de Ativos S/A.

16. A Constituição Federal, em seu art. 173², disciplina a intervenção do Estado no mercado, mediante a exploração direta de atividade econômica, desde que preenchidos os requisitos ali elencados.

17. Conforme bem assinalado pelo consulente, a administração pública brasileira está dividida em direta e indireta, estando inseridas nesta última classificação as sociedades de economia mista³.

²Art. 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.

§ 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;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

³ É o que preceitua o art. 4º do Decreto-lei nº 200/67.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

Fls.: 123
Proc.: 15572/13

Rubrica

18. Nos termos do Decreto-lei nº 200/67, pode-se definir as sociedades de economia mista como *“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”*.

19. Poder-se-ia, a partir do conceito acima, indicar que as sociedades de economia mista possuem natureza jurídica de direito privado. Entretanto, diversas características de tais entidades levaram a doutrina pátria a entender que o regime jurídico a que se submetem tais sociedades é híbrido, havendo subsunção a normas do direito público. Essa é a posição defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴:

“Quanto à natureza jurídica das empresas públicas e sociedades de economia mista, as controvérsias doutrinárias se pacificaram consideravelmente a partir de 1967; de um lado, porque a Constituição, no artigo 163, § 2º, determinava a sua submissão ao direito privado; de outro lado, tendo em vista o conceito contido no artigo 5º, II e III, do Decreto-lei nº 200.

A isso tudo acrescenta-se outra razão de ordem técnico-funcional, ligada à própria origem desse tipo de entidade; ela foi idealizada, dentre outras razões, principalmente por fornecer ao poder público instrumento adequado para o desempenho de atividades de natureza comercial e industrial; foi precisamente a forma de funcionamento e organização das empresas privadas que atraiu o poder público. Daí a sua personalidade jurídica de direito privado.

Embora elas tenham personalidade dessa natureza, o regime jurídico é híbrido, porque o direito privado é parcialmente derogado pelo direito público. Mas, falando-se em personalidade de direito privado, tem-se a vantagem de destacar o fato de que ficam espancadas quaisquer dúvidas quanto ao direito a elas aplicável: será sempre o direito privado, a não ser que esse esteja na presença de norma expressa de direito público.

Essa derrogação parcial do direito comum pelo direito público existe sempre que o poder público se utiliza de institutos de direito privado; no caso das pessoas jurídicas, essa derrogação é de tal forma essencial que, na sua ausência, não haverá sociedade de economia mista, mas apenas participação acionária do Estado.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 440/441.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

Fls.: 124
Proc.: 15572/13

Rubrica

A derrogação é feita, em grande parte, pela própria constituição, mas também por leis ordinárias e complementares, quer de caráter genérico, aplicável a todas as entidades, quer de caráter específico, como é a lei que cria a entidade.

(...)

A derrogação parcial do direto comum é essencial para manter a vinculação entre a entidade descentralizada e o ente que a instituiu; sem isso, deixaria ela de atuar como instrumento de ação do Estado.”

20. Outro aspecto a ser abordado, antes da apreciação da matéria submetida à Corte na consulta de fls. 02/35, refere-se aos conceitos de empresas controladas e controladoras.

21. A Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76) define o poder de controle de uma empresa em relação à outra em função da titularidade da maioria dos votos e do exercício efetivo da direção dos negócios da sociedade, reconhecendo expressamente a existência de duas modalidades de controle: o direto e o indireto⁵.

22. O parágrafo 2º do art. 243 da Lei 6.404/76 estabelece ser controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas (indiretamente), é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo

⁵ Tais conceitos são obtidos da leitura dos arts. 116 e 243, § 2º, da Lei nº 6.404/76:

“Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

“Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

(...)

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

Fls.: 125
Proc.: 15572/13

Rubrica

permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

23. Em outras palavras, a lei não diz que a empresa precisa ser dona de mais de 50% das ações com direito a voto para ser controladora da outra empresa: basta que ela seja a empresa que detenha o poder de eleger a maioria dos diretores e tomar as principais decisões na vida da empresa.

24. Salienta-se que a abordagem acerca do tema “controle acionário” foi feita de forma incipiente e tão-somente para os fins do presente processo, vez que não se trata de matéria simples. Todavia, seu aprofundamento, não é condizente com o escopo destes autos.

25. Feitas estas considerações, cumpre determinar a natureza jurídica das empresas controladas (direta ou indiretamente) por sociedades de economia mista. A esse respeito, importa registrar o trabalho desenvolvido pelo Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, José Silva de Souza Leal, para conclusão do Curso de Especialização em Direito Público e Controle Externo⁶:

“Em síntese, o controle direto ou indireto permite que a sociedade de economia mista detenha o comando da empresa controlada. O busílis é estabelecer a natureza jurídica dessas controladas.

Inegavelmente, se há recursos públicos nessas controladas e se qualquer iniciativa estatal visa a uma finalidade, necessária e obrigatoriamente, pública, sua natureza jurídica, de forma análoga à das sociedades de economia mista, não pode ser estritamente de direito privado.

Nesse sentir, destacam-se inúmeras decisões do Tribunal de Contas da União, dentre elas o acórdão 576/2005 (...)

Parece, pois, ser unânime a doutrina e a jurisprudência da Corte de Contas Federal no sentido de que as empresas de que o Estado tenha o controle acionário, ainda que indireto, têm o traço comum com as sociedades de economia mista, qual seja, a derrogação parcial do direito privado por normas de direito público.

Isso significa que a questão primordial a que se propõe este trabalho fica resolvida, no sentido de que as empresas controladas direta ou indiretamente por sociedades de economia mista têm a mesma

⁶ Disponível em portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054852-PDF. Acesso em 27mai2103.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

Fls.: 126
Proc.: 15572/13

Rubrica

natureza jurídica das controladoras, qual seja, um regime de direito privado derogado por normas de direito público expressamente definidas na Constituição Federal ou em dispositivos infra-constitucionais.

(...)

A conclusão inequívoca a que se chega é que as empresas controladas direta ou indiretamente por sociedades de economia mista têm a mesma natureza jurídica destas, portanto, de direito privado derogado por normas de direito público expressamente definidas na Constituição Federal ou em dispositivos infra-constitucionais (...)”

26. Conforme relacionado no texto acima transcrito, o Tribunal de Contas da União entende que as empresas controladas por sociedades de economia mista possuem natureza jurídica híbrida, não podendo ser consideradas estritamente de direito privado⁷. A esse respeito, pela pertinência e clareza do voto condutor do Acórdão 127/2007 – Segunda Câmara, julgamos necessário transcrever alguns excertos:

“16.1. Suponhamos que uma determinada sociedade de economia mista passe a controlar uma gama de empresas, antes eminentemente privadas, e descentralize algumas de suas atividades econômicas, que ficariam a cargo delas. Neste contexto, responsabilidades que, pelo artigo 173 da Constituição Federal, estão atreladas a áreas concernentes aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, exploradas economicamente com dinheiro público, em virtude de lei específica (art. 37, inciso XIX, da CF), estariam nas mãos de outras companhias. Seria cabível que estas empresas, agora controladas pelo Poder Público, desta não fizessem parte? Pior, poderiam desrespeitar incólumes os ditames do art. 37 da Carta Magna?

16.2. Julgo que não, afinal se o propósito governamental fosse descentralizar tais atividades, de modo que fossem realizadas exclusivamente por meio da iniciativa privada, o Estado não investiria nesses empreendimentos parte relevante de verbas públicas, as quais poderiam estar sendo aplicadas na melhoria das condições de vida da população em geral.

16.3. No entanto, há exceções, quais sejam as entidades privadas que porventura tiverem a maioria de suas ações adquiridas por ente governamental cujo objetivo institucional esteja correlacionado a

⁷ É o que se verifica nos Acórdãos nºs. 281/2001, 694/2002, 593/2003, 2224/2004 e 576/2005.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

Fls.: 127
Proc.: 15572/13

Rubrica

operações de participação em outras empresas, como é o caso da BNDES Participações S.A. Neste caso, as empresas objeto da aquisição não seriam incorporadas definitivamente à Administração Pública.

(...)

16.5. Deste modo, somente as empresas que são lançadas como investimentos decorrentes de participações permanentes em sociedades controladas, no ativo permanente de estatal, poderiam constituir a Administração Pública Indireta, sendo a Cobra uma delas. Portanto, esta empresa está sujeita às principais imposições legais comuns a todos os órgãos e entidades vinculados ao Estado: concurso público para seleção do corpo de empregados e procedimento licitatório para aquisição de produtos e serviços.

(...)

16.7. Igualmente, o art. 37, inciso XVII, da Lei Maior, anteriormente transcrito, faz alusão direta às controladas quando estende a proibição de acumulação de cargos públicos a empregos e funções atinentes àquelas. Sendo assim, a própria Constituição entendeu que os funcionários de empresas controladas direta e indiretamente pelo Poder Público ocupam empregos públicos, razão pela qual somente podem ser preenchidos mediante a submissão ao crivo do concurso público.”

Das questões submetidas ao Tribunal

Lei de Licitações

27. O inciso XXI do art. 37 da CF/1988 é claro ao estabelecer a exigência de processo de licitação pública:

"XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

28. A Lei nº 8.666/1993 regulamentou tal disposição constitucional e dispôs expressamente que as sociedades de economia mista, as empresas públicas



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

Fls.: 128
Proc.: 15572/13

Rubrica

e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União estariam sujeitas ao regime ali estabelecido.

29. Uma vez caracterizado o controle acionário, direto ou indireto, por parte de uma sociedade de economia mista, a entidade controlada se submete ao regime jurídico da controladora.

30. Sendo assim, a Lei nº 8.666/93 é de observância obrigatória pelas empresas controladas, direta ou indiretamente, pelas sociedades de economia mista.

Possibilidade de edição de regulamento próprio

31. Quanto à possibilidade de edição de regulamento próprio, nos termos do art. 119 da Lei nº. 8.666/93, cumpre registrar que este tema não é inédito nesta Corte de Contas, tendo o Tribunal já se manifestado a respeito por meio da Decisão nº 547/2004. Naquele *Decisum*, o Banco de Brasília S/A foi cientificado acerca da possibilidade de, *“na forma do art. 119 da Lei nº 8.666/93, editar regulamento próprio, devidamente publicado, que deverá observar os princípios constitucionais que regem a matéria e as disposições da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93 e alterações posteriores), até que venha a ser aprovada a Lei mencionada no § 1º do art. 173 da Constituição Federal”*.

32. No voto condutor da referida deliberação plenária, foram tecidas as seguintes considerações:

“Rendendo homenagens à consistente lição revelada pelo ilustre Revisor quero registrar que, ao proferir meu voto, considere o entendimento doutrinário que tenho por adequado declinar:

I - Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“O princípio da indisponibilidade do interesse público também exige que as empresas estatais, embora regidas pelo direito privado, se submetam à licitação, uma vez que administram recursos total ou parcialmente públicos. A exigência decorre também da Constituição, por força do já mencionado artigo 37, XXI, e do artigo 22, XXVII, que dá à União competência para estabelecer normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades, para as Administrações



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

Fls.: 129
Proc.: 15572/13

Rubrica

*Públicas Diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III. Este último dispositivo, também alterado pela Emenda n.º 19, prevê que as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços sejam regidas por estatuto jurídico que disponha, entre outras coisas, sobre licitação e contratação, com observância dos princípios da Administração Pública. Isto significa que, com a nova redação do dispositivo constitucional, as empresas estatais vão poder dispor de procedimento próprio para suas licitações. **Mas não estarão dispensadas de observar os princípios da licitação.** Afora o princípio da licitação, existem outros que se referem ao próprio procedimento: em suas várias fases vão se colocar em confronto o interesse público na escolha da melhor oferta e o interesse particular em contratar com a Administração. Seguindo mais a linha de Hely Lopes Meirelles, o artigo 3º do Decreto-lei n.º 2.300, de 21-11-86, determinava que a licitação será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos; a esses o artigo 3º da Lei n.º 8.666, de 21-6-93, acrescenta os da legalidade, impessoalidade e moralidade, já previstos no artigo 37, caput, da Constituição.” (Direito Administrativo, pág. 295, 13ª ed. – 2001, Ed. Atlas, São Paulo) (grifou-se)”;*

(...)

Cumprir registrar que a inserção das disposições inscritas no art. 173, § 1º, da Constituição Federal de 1988, no Título da Ordem Econômica e Financeira, sujeitando as empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio de empresas privadas, não afetam a compreensão de que, no referente às suas funções administrativas, estão sujeitas aos princípios da administração pública (art. 37), cabendo lembrar que função administrativa, segundo a mais acatada doutrina, consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar um cumprimento fiel aos comandos normativos de maneira geral ou individual, sob o regime prevalecente do direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente.

Assim sendo, repiso, não procede a pretensão manifestada pelo BRB – Banco de Brasília (fl. 76), objetivando ver afastada a aplicação da



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

Fls.: 130
Proc.: 15572/13

Rubrica

Lei nº 8.666/93 às empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica.

Com estes esclarecimentos, mantenho os termos do voto que proferi na Sessão Ordinária de 06 de novembro do ano transato, acolhendo, com pequenas alterações, a redação dada pelo ilustre Revisor às alíneas “c.1” e “d” do dispositivo do voto de vista, ressaltando, apenas, que a adoção de estatuto licitatório próprio não desobrigará às empresas públicas e as sociedades de economia mista de observarem os princípios fixados no texto constitucional.”

33. Dessa maneira, é possível às sociedades de economia mista a elaboração de regulamento próprio, devidamente publicado, que deverá observar os princípios constitucionais que regem a matéria e as disposições da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93 e alterações posteriores), até que venha a ser aprovada a norma mencionada no § 1º do art. 173 da Constituição Federal.

Lei de Responsabilidade Fiscal

34. Nos autos do Processo nº 27297/2005 foi realizado estudo acerca da aplicabilidade dos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal às Sociedades de Economia Mista, onde foram apresentadas as seguintes conclusões:

“O relato contido nos capítulos anteriores indica que a aplicabilidade da Lei de Responsabilidade Fiscal às sociedades de economia mista, bem como às demais empresas controladas, desde que não dependentes do Tesouro, pode ser restritiva, mas não integral.

Apesar de incluídos no art. 1º, §§ 2º e 3º, de forma genérica, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os respectivos Poderes no rol dos obrigados a cumprir os dispositivos da lei, o legislador especificou (no inciso I, alínea “b” do referido § 3º) segmentos da administração pública, órgãos e entidades que não contemplam as empresas não dependentes.

A preocupação em excluir parte das empresas de todo o regramento da LRF está presente também na definição de Empresa Estatal Dependente, isto é, as que recebem do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, exceto, neste caso, os destinados ao aumento de participação acionária. Somente elas estão sujeitas a integralidade das normas da referida lei.

Definição essa que ficou mais clara com a redação das Resoluções do



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

Fls.: 131
Proc.: 15572/13

Rubrica

Senado Federal nºs 40 e 43, de 2001, transcrita no parágrafo 7 desta instrução. Por ela, basta uma empresa ter autorização orçamentária, no exercício corrente, para receber de seu controlador os mencionados recursos financeiros, e tê-los recebido para a mesma finalidade no exercício anterior, para enquadrar-se como Empresa Estatal Dependente.

O conceito de Empresa Controlada, estabelecido no art. 2º, inciso II, da LRF, abrange tanto as sociedades de economia mista como as demais estatais. Em sendo as estatais dependentes também empresas controladas, o que realmente determina a subordinação de uma empresa do setor público a todos os dispositivos da Lei Complementar nº 101/2000 é o fato dela ser ou não dependente do Tesouro do seu controlador.

Vale lembrar ainda que a referida lei trata fundamentalmente de matéria afeta aos orçamentos fiscal e da seguridade social, peças em que, ao contrário das empresas estatais dependentes, as controladas não dependentes são entidades excluídas. As metas e os resultados da gestão fiscal preconizados pela LRF não são afetados pelas receitas e despesas das empresas não dependentes do Tesouro.

Entendemos, portanto, que as "Empresas Controladas", não dependentes de recursos financeiros do Tesouro, sejam elas sociedades de economia mista ou totalmente públicas, obrigam-se à Lei de Responsabilidade Fiscal apenas nos dispositivos transcritos no parágrafo nº 10 desta instrução.

Quanto a aplicação dos princípios da LRF às empresas controladas não dependentes, defendida no Parecer Nº 689/05 – CF do Ministério Público de Contas e no voto do então Conselheiro Jorge Ulisses Jacoby Fernandes que originou a Decisão nº 4.002/05, também defendemos aplicabilidade no que couber, inclusive porque são compatíveis com outras normas constitucionais e infraconstitucionais.

São princípios gerais da LC nº 101/2000 o planejamento, a transparência, o controle e a responsabilização. Tais princípios são perceptíveis em vários pontos da lei, especialmente no art. 1º, § 1º, que dispõe: "A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar."



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

Fls.: 132
Proc.: 15572/13
Rubrica

O planejamento está evidenciado nas referências a ação planejada, prevenção de riscos, correção de desvios, cumprimento de metas e equilíbrio das contas públicas e particularmente no estabelecimento de normas sobre o conteúdo das leis de diretrizes orçamentárias e orçamentária anual, a fixação de programação financeira e cronograma de desembolso e sobre a previsão e arrecadação de tributos.

A transparência está presente em exigências de escrituração contábil e na divulgação, inclusive por meios eletrônicos, de planos, orçamentos e suas leis, prestações de contas e respectivos pareceres e de relatórios da execução orçamentária e da gestão fiscal, neste caso, além de suas publicações periódicas. Verifica-se ainda exigências de audiências públicas durante os processos de elaboração e discussão dos planos, leis de diretrizes orçamentárias e orçamentos e para a avaliação quadrimestral do cumprimento das metas fiscais.

O controle, por sua vez, mostra-se em comandos como os relativos à preservação do patrimônio e à fiscalização da gestão fiscal bem como nas limitações dirigidas à emissão de empenhos, à criação e expansão de despesas, ao gasto com pessoal, ao endividamento e à concessão garantias.

Finalmente, a responsabilização na LRF surge nas previsões de sanções para aqueles que infringirem seus dispositivos e abarcam tanto a esfera administrativa, por exemplo o impedimento para receber transferências e realizar operações de créditos, como a civil e a penal. Em seu art. 73 remete a punição de suas infrações ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); à Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950 e ao Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967 (Crimes de Responsabilidade); à Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade) e demais normas da legislação pertinente.”

35. Ao tomar conhecimento dos trabalhos realizados, o Tribunal proferiu a Decisão nº 4489/2006, na qual firmou o entendimento de que “somente são aplicados às empresas controladas não dependentes de recursos financeiros do Tesouro local, considerada a dependência definida na forma das Resoluções Senado Federal nºs 40/2001 e 43/2001, os princípios gerais da Lei Complementar nº 101/2000, como planejamento, transparência, controle e responsabilização, bem assim os seguintes dispositivos da mencionada lei: art. 26; art. 32, “caput”; art. 35, “caput” e § 1º; art. 36; art. 37, “caput” e inciso II; art. 40, §§ 6º, 7º e 8º, art. 43,



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

Fls.: 133
Proc.: 15572/13

Rubrica

“caput” e §2º, I e art. 47”.

36. Destarte, entendemos devidamente esclarecida a dúvida suscitada pelo consulente.

Incidência das leis orçamentárias

37. Quanto à incidência das leis orçamentárias, a Lei Orgânica do DF é cristalina ao determinar que o orçamento de investimento das empresas em que o Distrito Federal, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto, deverá integrar a Lei Orçamentária Anual (art. 149, § 4º, II, da LODF).

38. Dessa maneira, o orçamento de investimento das empresas controladas pelo Banco de Brasília S/A deverá, necessariamente, integrar a lei orçamentária.

Regime e contratação de empregados e acumulação de funções

39. Acerca da obrigatoriedade de realização de concurso público, o art. 37, II, da Constituição Federal, impõe que a investidura em cargo ou emprego público deverá ser precedida de aprovação em concurso público.

40. Percebe-se, portanto, que a exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a administração indireta, nela compreendidas as Autarquias, as fundações instituídas pelo Poder Público, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e, também, as demais entidades controladas direta ou indiretamente.

41. Esse também é o entendimento manifestado pelo Tribunal de Contas da União, mediante a Súmula nº 231:

"A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda, as demais Entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada".



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

Fls.: 134
Proc.: 15572/13

Rubrica

42. Acerca da acumulação de cargos públicos, os dispositivos constitucionais que tratam da matéria são os incisos XVI e XVII do art. 37 da CF/88⁸, que versam sobre a vedação genérica relativa à acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, disciplinando, de igual modo, as exceções a esta vedação constitucional.

43. Destarte, o BRB, como sociedade de economia mista, está submetido a tais princípios constitucionais e, conseqüentemente, as empresas por ele controladas, de forma direta ou indireta, também devem respeitar aqueles mandamentos.

Controle Externo

44. Quanto à competência da Corte de Contas para fiscalização das sociedades controladas, no trabalho mencionado no parágrafo 25, foram apresentadas as seguintes conclusões:

“Reza o artigo 70 da Constituição Federal de 1988 que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades da administração indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, será exercida pelo Congresso Nacional mediante controle externo. Por sua vez, o artigo 71 atribui ao Tribunal de Contas da União o exercício do controle externo, que compreende, entre outras competências, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta.

Não resta dúvida, portanto, que as sociedades de economia mista

⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

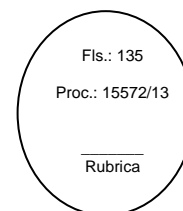
XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;”



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO



estão submetidas ao controle externo a cargo do Tribunal de Contas da União. Da mesma forma, em razão da conclusão supra, as empresas controladas direta ou indiretamente por essas entidades, também estão submetidas ao mesmo controle externo.”

45. Nos autos do Processo nº. 27.521/2011, cujo objeto foi o exame de representação formulada contra os termos da Concorrência nº 001/2011, lançada pela BSB Administradora de Ativos S/A, empresa controlada pelo Banco de Brasília S.A., restou consignado o dever daquela subsidiária de prestar contas nos moldes daqueles instituídos para a empresa controladora (BRB), sendo apresentados os seguintes exemplos:

- submissão aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput, da CF);
- observância à Lei 8.666/93 (Lei das Licitações) no que concerne aos contratos relacionados a todas as atividades-meio, até que seja criado regime próprio de licitação a ser estabelecido, em lei ordinária, pela União;
- proibição de acumulação de cargos, empregos e funções públicas, exceto os casos permitidos no texto constitucional (art. 37, XVII, da CF);
- exigência de concurso público para admissão de pessoal (art. 37, II, CF);
- remuneração de pessoal sujeito ao teto constitucional quando estas empresas estatais receberem recursos públicos para pagamento de pessoal ou de custeio em geral (art. 37, XI e parágrafo 9);
- controle pleno pelo Poder Legislativo (art. 49, X, CF);
- controle exercido pelos Tribunais de Contas, inclusive a tomada de contas especial (art. 71, II, CF);
- controle do Poder Judiciário (art. 5, XXXV, da CF).

46. Mediante a Decisão nº 6304/2011, proferida naqueles autos, o Tribunal informou à BSB Administradora de Ativos S/A que “na qualidade de controlada



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

Fls.: 136
Proc.: 15572/13

Rubrica

indiretamente pelo Banco de Brasília S.A., deve-se submeter, nos moldes daquela entidade controladora, ao controle externo exercido pelo TCDF”.

47. No voto condutor da aludida deliberação plenária, o Relator dos autos, Conselheiro Renato Rainha, ressaltou não *“ser a primeira vez que o BRB procura afastar-se da fiscalização desta Corte. A propósito, a Unidade Técnica informa que o BRB S/A passou a ser acionista majoritário e controlador da Cartão BRB S/A com 69,7% das ações. A teor do 6º, incisos I e V, da Lei Orgânica do Distrito Federal, qualquer pessoa de direito público ou privado que utilize, arrecade, guarde e gerencie bens e valores públicos deve prestar contas. Assim, todas as entidades da Administração Direta e Indireta, nesta compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Distrito Federal, estão submetidos à jurisdição desta Corte”.*

Conclusão

48. Se por um lado assiste razão ao consultante quando assinala que as empresas subsidiárias não comportam exaustivamente todas as características de uma sociedade de economia mista, não se pode olvidar que as mesmas também estão sujeitas às limitações impostas pelo direito público o que lhes confere o regime jurídico híbrido, não podendo ser aplicadas estritamente as normas de direito privado.

49. O Banco de Brasília S.A. é uma sociedade de economia mista e, como tal, está sujeito às regras de direito público, pertencendo à estrutura administrativa do Distrito Federal, não obstante sua natureza jurídica de direito privado.

50. Sendo assim, pelas considerações acima tecidas, fundadas na doutrina e na jurisprudência, as empresas controladas pelo BRB estão sujeitas às principais imposições legais comuns a todos os órgãos e entidades vinculados ao Estado. Ou seja, as restrições, deveres e regras impostas à empresa controladora (BRB) são



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

Fls.: 137
Proc.: 15572/13

Rubrica

extensíveis às controladas (empresa B, empresa C e empresa D).

Diante do exposto, sugerimos ao egrégio Tribunal que:

- I. tome conhecimento da consulta de fls. 02/35, para, no mérito, informar ao consulente que, estando caracterizado em uma entidade o controle acionário, direto ou indireto, por parte de uma sociedade de economia mista, aquela se submete ao regime jurídico da controladora;
- II. autorize:
 - a) o encaminhamento da presente instrução e da decisão que for proferida ao Banco de Brasília S.A.;
 - b) a devolução dos autos a Secretaria de Acompanhamento para os devidos fins.

À superior consideração,
DIACOMP1, em 27/05/2013.

ELIANE LEITE DE SOUSA RODRIGUES
ACE - 553-3

De acordo.
À consideração do Sr. Secretário.
DIACOMP1, em ____/____/2013.

Primeira Divisão de Acompanhamento
LÚCIA TAEKO WATANABE
Diretora-Substituta