

**TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA**

**AJU: ASSESSORIA JURÍDICA**

**ORIGEM: SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO (MUNICÍPIO DE CORIBE)**

**PROCESSO Nº 09448e21**

**PARECER Nº 00929-21**

**EMENTA: EXTINÇÃO DE AUTARQUIA E CRIAÇÃO DE EMPRESA PÚBLICA. POSSIBILIDADE**

1) Não há impedimento legal para extinção de uma autarquia e criação de uma empresa pública com a mesma finalidade da autarquia extinta, desde que atendidos os mandamentos constitucionais dispostos, especialmente, nos arts.37, XIX, e 173.

2) Vale chamar atenção para o fato de que, assim como para a criação da autarquia faz-se necessária a edição de lei específica, a sua extinção também dependerá de lei específica de iniciativa do Chefe do Poder Executivo.

3) Diferente das autarquias que são criadas diretamente pela lei e têm personalidade de direito público, as empresas públicas têm sua criação autorizada por lei, através da qual são conferidas suas diretrizes gerais de estrutura e de finalidade, e nascem com o registro público de seus estatutos.

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Max Tulio de Oliveira Ferreira, Diretor do Serviço Autônomo de Água e Esgoto do Município de Coribe, endereçada a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, por meio do expediente aqui protocolado sob o nº 09448e21, através da qual solicita-nos informações sobre *“extinguir a autarquia e criar uma empresa pública com a mesma finalidade.”*

Diante dos fatos narrados, questiona-nos o seguinte:

“1- Ocorre que o SAAE, autarquia municipal, vem arcando com faturas de energia de valores exorbitantes, valores estes que estão inclusos a cobrança do ICMS (ICMS - IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS).

2- Diante do exposto, o SAAE está sofrendo crises financeiras, uma vez que as suas arrecadações não estão sendo suficientes para arcar com todas as despesas da autarquia.

3- Observando que o Decreto nº16.284 de 18/08/2015, do Estado da Bahia, alterou o inciso CVI do caput do art. 265 do Decreto nº13.780, de 16 de março de 2012, o qual dispõe que: Art. 265. São isentas do ICMS: CVI - os fornecimentos de energia elétrica, inclusive a parcela relativa à subvenção econômica, destinados à todas as unidades consumidoras de empresa pública ou sociedade de economia mista que tenha como atividade principal captação, tratamento e distribuição de água canalizada.

Vem, o SAAE, diante do exposto, solicitar, ao TCM, um parecer meramente opinativo sobre o caso narrado, informando se convém extinguir a autarquia e criar uma empresa pública com a mesma finalidade, tendo em vista que existe uma preocupação em melhorar a situação financeira do Saae, uma vez que, conforme o Decreto acima exposto, existe previsão legal para a isenção do ICMS às empresas públicas que prestam serviço autônomo de água e esgoto.

Na hipótese de o TCM responder a esta solicitação de forma positiva, requer ainda, que o respeitável Tribunal informe quais seriam os melhores trâmites a serem tomados para que haja essa mudança de autarquia para empresa pública.”

Em caráter preliminar, importante registrar que os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, **por força do artigo 3º, §4º, da Res. TCM nº 1.392/2019 - Regimento Interno, são confeccionados sempre em tese,** razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de qualquer caso concreto apresentado.

Ademais, antes de adentrar ao mérito da consulta sob exame, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Feitas tais considerações, tem-se que o Decreto-Lei nº 200/67, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, que foi recepcionado pela Constituição Federal, estabeleceu que a Administração Indireta compreende as seguintes entidades dotadas de personalidade jurídica própria: autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedade de economia mista.

O art.4º, parágrafo único, do aludido Decreto-Lei, ainda prevê:

“Art. 4º A Administração Federal compreende:

(...)

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.”

Desta sorte, com o intuito de que as entidades criadas não se desviem dos seus fins para os quais foram instituídas, elas deverão estar vinculadas aos Ministérios de cuja área de atuação estiver enquadrada sua atividade principal. Sendo que no âmbito municipal, elas estarão vinculadas às respectivas Secretarias.

Registra-se que tais entidades possuem autonomia administrativa, embora estejam ligadas ao Estado, possuindo patrimônio próprio e orçamento público. Desta forma, como possuem parte do patrimônio composto por orçamento público, elas se submetem às regras da licitação pública e do concurso público.

Registre-se que o art. 37, XIX, da Constituição Federal, trata sobre as aludidas entidades que compõem a Administração Indireta, dispondo da forma que segue:

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:

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

Verifica-se que o texto constitucional estabeleceu, assim, que somente através de lei específica poderá ser criada a autarquia. Quanto às instituições da empresa pública, da sociedade de economia mista e da fundação, somente poderão ocorrer mediante autorização também por lei específica.

Outro ponto que merece destaque em tal dispositivo diz respeito ao fato da aludida lei autorizadora da criação das empresas públicas e sociedades de economia mista ser uma **lei ordinária** e não lei complementar. Percebe-se que o legislador ao dispor sobre a necessidade de lei complementar, no inciso XIX, do art.37, da CF, utilizou-se da expressão “neste último caso”, fazendo referência somente à fundação.

A necessidade de lei complementar, portanto, para definir as áreas de atuação refere-se tão somente às fundações. Este também é o posicionamento do STF, ao apreciar o presente tema, na ADI 4.895, cujo trecho abaixo transcrevemos:

**“A lei específica autorizadora da criação das estatais é a ordinária**, restringindo-se a exigência de lei complementar aos casos expressamente elencados na Constituição da República. No inc. XIX do art. 37 da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional 19/1998, ao ser determinada a edição de lei complementar para a regulamentação das áreas de atuação, o poder constituinte derivado fez alusão tão somente às fundações. A interpretação gramatical deixa certo que a expressão ‘neste último caso’, no singular, refere-se ao antecedente ‘fundações’. **A interpretação sistemática da Constituição também permite concluir não ser necessária a edição de lei complementar para a definição da atuação de empresas públicas ou sociedades de economia mista.”** (ADI 4.895, voto da rel. min. Cármen Lúcia, j. 7-12-2020, P, DJE de 4-2-2021.) (Grifo nosso)

Este também é o entendimento da melhor doutrina, consoante podemos depreender da lição do mestre José dos Santos Carvalho Filho:

“A nova redação do dispositivo (art. 37, XIX), no entanto, deixou dúvidas quanto à sua parte final, ausente no texto anterior. Estabeleceu a norma que caberá à lei complementar definir as áreas de atuação neste último caso, sem esclarecer se esta expressão se refere à instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, ou se está aludindo apenas à categoria das fundações. Ao que parece, o mandamento refere-se apenas às fundações, e isso porque o art. 173, § 1º, da CF, também alterado pela referida Emenda, já indica que empresas públicas e sociedades de economia mista terão como objeto explorar atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. Ora, sendo assim, não seria coerente admitir lei complementar para delinear áreas de atuação dessas entidades” (Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 17 ed., p. 401).

Cabe destacar que a iniciativa da referida lei ordinária para criação ou autorizadora da criação de tais entidades da Administração Indireta é de competência do Chefe do Poder Executivo, de acordo com o disposto no art.61, §1º, II, “e”, da Constituição:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II - disponham sobre:

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

Passando a tratar mais especificamente sobre as **autarquias**, o art.5º, do Decreto-Lei nº 200/67, assim dispõe:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Nos termos do art. 5º, I, do Decreto-lei 200/1967, considera-se autarquia “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Importante ressaltar também que as autarquias possuem personalidade de direito público e gozam de imunidade tributária e da impenhorabilidade dos seus bens.

As autarquias dispõem de imunidade de tributária em virtude do quanto disposto no §2º, do art.150, da Constituição Federal, o qual veda a instituição de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços vinculados às suas finalidades essenciais. Quanto aos outros tributos, as autarquias somente terão isenção se forem beneficiadas por lei.

Por outro lado, a empresa pública é definida pelo inciso II, do art.5º, do referido Decreto-Lei nº 200/1967 como sendo "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração da atividade econômica que o Governo seja levado a exercer força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se das formas admitidas em Direito".

Assim, a empresa pública, diferente da autarquia, tem personalidade jurídica de direito privado, contudo a mesma é regida também por algumas normas de direito público.

Ela tem por finalidade a exploração de atividade econômica, que seja de interesse da Administração, ou seja, não presta serviço público, podendo tal exploração também ser realizada pela iniciativa privada.

Cumprir registrar que as empresas públicas podem ser constituídas sob qualquer forma em Direito admitida, exceto de sociedade anônima. Seu capital é exclusivamente público, porém, diferente das autarquias, não gozam de impenhorabilidade, inalienabilidade e não incidência de tributação.

Todas estas características se encontram previstas no art.173, da Constituição Federal, abaixo transcrito, que prevê que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Cumprir esclarecer também que a lei que estabeleceu o estatuto jurídico das empresas públicas, a qual se refere o §1º, do aludido dispositivo constitucional, foi a Lei nº 13.303/2016:

“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.

§ 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.”

**Passando a responder aos questionamentos do Consultante**, registre-se que não há impedimento legal para extinção de uma autarquia e criação de uma empresa pública com a mesma finalidade da autarquia extinta, desde que atendidos os mandamentos constitucionais dispostos, especialmente, nos arts.37, XIX, e 173.

Frise-se que a SAAE presta serviço de água e esgoto, atividade esta que também é desenvolvida por entidades privadas, portanto, pode configurar-se como atividade econômica a ser explorada por empresa pública.

Vale chamar atenção para o fato de que, assim como para a criação da autarquia faz-se necessária a edição de lei específica, a sua extinção também dependerá de lei específica de iniciativa do Chefe do Poder Executivo.

Desta forma, caberá ao Prefeito Municipal a iniciativa de lei tanto de criação quanto de extinção de entidade autárquica.

Já a criação de empresa pública depende de lei específica autorizativa, consoante disposto no aludido inciso XIX, do art.37, da CF.

Assim, diferente das autarquias que são criadas diretamente pela lei e têm personalidade de direito público, as empresas públicas têm sua criação **autorizada** por lei, através da qual são conferidas suas diretrizes gerais de estrutura e de finalidade, e **nascem com o registro público de seus estatutos**.

Conforme posicionamento do Supremo Tribunal Federal, mediante o voto da Ministra Cármen Lúcia na ADI 4.895, bem como o entendimento do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, que foram acima destacados, a lei específica autorizadora da criação da empresa pública é a ordinária, uma vez que, através de uma interpretação gramatical, a expressão “neste último caso” no singular, do inciso XIX, do art.37, da CF, faz alusão somente à fundação.

Reforçando a tese aqui defendida, faz-se pertinente informar que o art.173, §1º, da CF, já estabelece que as empresas públicas e sociedades de economia mista terão como objeto explorar atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, sendo assim seria incoerente exigir-se a edição de lei complementar para delinear as áreas de atuação de tais entidades.

Vale ressaltar também que a Lei n. 13.303/2016, 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, dispõe em seu art.3º da forma que segue:

“Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.”

O seu art.8º também estabelece nos seus atos constitutivos os critérios para uma boa administração:

Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência:

I - elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos;

II - adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação;

III - divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração;

IV - elaboração e divulgação de política de divulgação de informações, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas;

V - elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;



VI - divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional;

VII - elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração;

VIII - ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta, as informações de que trata o inciso III;

IX - divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade.

§ 1º O interesse público da empresa pública e da sociedade de economia mista, respeitadas as razões que motivaram a autorização legislativa, manifesta-se por meio do alinhamento entre seus objetivos e aqueles de políticas públicas, na forma explicitada na carta anual a que se refere o inciso I do caput .

A lei 13.303/2016, assim, previu que, na elaboração dos estatutos das empresas públicas, deve-se disciplinar as regras de governança, transparência, gestão de riscos e controle interno.

Em face ao exposto, podemos concluir que, mediante lei específica, uma autarquia poderá ser extinta, e uma empresa pública poderá ter sua criação autorizada também através de lei ordinária específica para a mesma finalidade da aludida autarquia, desde que atendidas as regras estabelecidas no art.173, da Constituição Federal, bem como na Lei nº 13.303/2016.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Assessoria Jurídica do TCM/BA, de caráter opinativo e orientativo, elaborada de acordo com os subsídios fornecidos pelo Consulente.

É o parecer. À consideração superior.

Em, 01 de julho de 2021.

Ana Marta Meira Machado Duran  
**Assessora Jurídica**



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia