

ARTIGO

LICITAÇÃO – DIREITO ADMINISTRATIVO, CONSÓRCIO EMPRESARIAL E SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO, PROTEÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA PARA O PODER PÚBLICO

LUIZ ANTONIO GUERRA

Pós-doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais; doutor e mestre em Direito. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UNICEUB e da Faculdade de Direito do UNIEURO. Advogado e sócio do escritório Guerra Advogados

Sumário: 1 Introdução – 2 Marco Teórico – 3 Sociedade de Propósito Específico e o Procedimento da Licitação – 4 Proteção e Segurança Jurídica para o Poder Público – 5 Conclusão – Notas explicativas

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo localiza-se no direito administrativo, especificamente nas Leis 8.666/93 (lei das licitações), 8.987/95 (lei das concessões de serviços públicos, em sua forma comum) e 11.079/2004 (lei da parceria público-privada) (1), com interdisciplinaridade no direito comercial, mais precisamente no societário, no novo Direito de Empresa como denominado no Livro II, Parte Especial do Código Civil/2002, e ainda na Lei das Sociedades por Ações – Lei 6.404/76.

A relevância do tema reside na especulação da natureza jurídica da sociedade de propósito específico (SPE) (2) a partir de procedimento licitatório de obras ou de serviços públicos, por força da nítida opção do Estado de, a um só tempo, viabilizar a realização de obras e serviços com o mundo empresarial, isto é, com a iniciativa privada, na convicção de que o objeto da licitação será plenamente eficaz e eficiente, por força do asseguramento jurídico-contratual revelado no regime de associação ou parceria com o agente privado (joint venture corporation), tudo por conta de sua qualificação técnica, na condição de sócio ou acionista, no desempenho da atividade econômica específica da sociedade específica, conforme os interesses dos parceiros público e privado na eleição do tipo ou regime jurídico societário de constituição da sociedade (3).

Afigura-se fundamental dizer, no atual cenário mundial, de economia aberta, de competição acirrada além fronteiras, na linha de orientação do Consenso de Washington, que o Estado brasileiro frente a reconhecida escassez de recursos públicos não tem mais condições econômicas de realizar serviços e obras de infra-estrutura pesada.

O Estado apresenta-se economicamente fraco e incompetente na consecução de atividades estatais, inclusive porque outras necessidades, de natureza social, são prioritárias no orçamento, a exemplo de saúde, segurança e educação, daí por que experimentamos, em passado recente, as privatizações em áreas estratégicas da economia, como sói ocorreu com a flexibilização do monopólio do petróleo e a abertura de mercado nos segmentos de energia, telecomunicações e outros.

Aliás, não é de hoje que o Estado apresenta-se com dificuldades econômicas e historicamente sempre se valeu da participação da iniciativa privada na realização de seus objetivos. Desde os tempos das grandes navegações, com as viagens marítimas além-mar (societas maris), na exploração de riquezas, o que justificou a ascensão da classe dos navegadores, os Reis financiavam a construção de navios e os custos de viagens exploratórias aos novos territórios, às Colônias, mediante parcerias, recebendo, em contrapartida, grande parte das especiarias e metais preciosos.

Já naquela época o Estado celebrava parceria com os empreendedores nas modalidades que atualmente conhecemos como sociedade em conta de participa-

ção, em que os sócios desenvolvem atividade específica, em empreendimento específico, visando a partilhar os resultados.

O financiamento do Estado dava-se de forma direta ou indireta, inclusive com a constituição de sociedades em conta de participação (contrato de colaboração ou empreendedorismo) ou mesmo através de sociedades por ações, nos moldes rudimentares da sociedade anônima, o que explica historicamente a participação da Administração Pública nas empresas públicas e sociedades de economia mista.

Os tempos passaram, mas a essência continua a mesma, ou seja, a origem da parceria público-privada, embora com raízes no direito europeu, particularmente na Inglaterra, por força mesmo de seu então poderio militar, o que a tornou potência no passado, é instituto antigo, de feições próprias da sociedade em conta de participação, que, agora, nos tempos modernos, importado do direito norte-americano, da idéia de partnership for a single business, ganhou denominação de joint venture, conceito aberto e indefinido, embora orientador da parceria público-privada.

Sem dúvida que a parceria público-privada, ao lado das concessões comuns, chega neste momento no ordenamento jurídico brasileiro, com regras próprias e bem definidas, como grande alternativa ao modelo de contratação com o Poder Público até então existente. Espera-se que a parceria público-privada incentive, no âmbito do direito administrativo-comercial, o surgimento de novas oportunidades aos players (empresários) na formação de joint venture corporation, na modalidade de parceria, com o Estado, na realização de serviços ou obras públicas, conforme definidos na Lei 11.079/2004.

A Administração Pública dispõe, agora, além do atual modelo de licitações regidas pela Lei 8.666/93 e de concessões comuns regidas pela Lei 8.987/95, de outra opção de contratação com a iniciativa privada para a realização de serviços e obras públicas através de nova relação jurídica, inclusive mais consentânea com a realidade do mercado e modernidade do Estado, típica de associação de parceiros, de parceria nos esforços e de sociedade nos resultados, tendo-se, lado a lado, o parceiro público e o parceiro privado (4) que, juntos e unidos, desenvolverão atividade de empresa, na expectativa de colher e

partilhar resultados favoráveis, o que justifica a constituição da sociedade de propósito específico.

Neste artigo, de alcance limitado, propomos apenas focar à luz da parceria público-privada a sociedade de propósito específico, tratando de sua importância dentro do procedimento licitatório, demonstrando a proteção e segurança jurídica para o Estado com a celebração deste tipo societário, apontando, pois, sua eficácia como meio de controle dos recursos públicos investidos através de gestão moderna de governança corporativa.

A abordagem que se pretende desenvolver é de desmistificação da SPE, como tipo societário novo ou não no direito brasileiro, demonstrando inclusive a viabilidade jurídica de sua constituição sob qualquer regime jurídico societário previsto no Código Civil/2002.

2 MARCO TEÓRICO

O tema é abordado sob a perspectiva da lei de parceria público-privada (5), além de sua interdisciplinaridade, no caso concreto da constituição da sociedade de propósito específico, com o direito societário (Código Civil) e Lei 6.404/76 (6).

3 SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO E O PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO

Como os fatos econômicos são diversificados e impossíveis de catalogação em decorrência da velocidade do mundo dos negócios realizados entre agentes econômicos, quer públicos ou privados, a economia, cada vez mais, tem exigido do Estado, na qualidade de fomentador de políticas públicas, celeridade e avanço no monitoramento e criação de novas relações jurídicas.

Com a mundialização e integração econômica das nações, via parcerias e formação de joint ventures, com o incremento de relações internacionais de comércio, é evidente que os institutos jurídicos exigem e exigirão permanente revisão visando à adaptação aos novos tempos.

Com a economia sem fronteiras, vários institutos jurídicos vêm sendo importados e incorporados ao ordenamento nacional, como sói ocorreu com o factoring (7), leasing (8), consórcio de bens móveis e imóveis, car-

ARTIGO

tão de crédito, franchising (9), etc., no direito empresarial e, concessão e parceria público-privada, no direito administrativo.

Assim, na linha das chamadas novas relações jurídicas, temos, hoje, sedimentados o grupo empresarial e o consórcio de empresas, no direito mercantil, e a partir deles, para atender interesses exclusivamente públicos, no âmbito do direito administrativo, particularmente no procedimento da licitação, o surgimento formal da denominada Sociedade de Propósito Específico (SPE), tipo societário firmado para agregar parceiros públicos e privados no desenvolvimento de atividade econômica específica objeto da licitação.

Diferentemente daqueles que defendem a origem da sociedade de propósito específico na relação jurídica de joint venture, do direito norte-americano, de fato, a origem do referido instituto está diretamente vinculada ao tipo societário de longa data, talvez, historicamente, o mais remoto de todos, que é a sociedade em conta de participação, com se vê nas palavras de Fernand Braudel, citado por Ricardo Negrão (10), cuja atualidade mereceu, por parte do legislador, o devido prestígio de sua manutenção no Código Civil de 2002, na classificação das sociedades não personificadas (art. 991).

É certo que a sociedade de propósito específico, embora defendamos a sua raiz na sociedade em conta de participação, mereceu a devida reformulação na Lei 11.079/2004, que lhe emprestou status de sociedade formal, com personalidade jurídica, organizada nos moldes da legislação societária brasileira, com padrão de governança corporativa na administração da atividade específica para a qual foi ou será constituída, inclusive com a adoção de contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, como expressamente aponta o § 3º, do art. 9º da Lei de Parceria Público-Privada.

A sociedade em conta de participação nunca esteve tão atual, mormente a partir das relações de associação ou parceria com a injeção de capitais no desenvolvimento de contrato específico de empreendedorismo ou colaboração. Rubens Requião diz que, "Hoje, dadas as condições econômicas reinantes, as sociedades em conta de participação estão revivendo. Capitalistas emprestam seus capitais a empresários para aplicação em determinações, operações, repartindo-se o lucro a final. É

comum nos negócios momentâneos de importação, ou quaisquer outros negócios que envolvam aplicação imediata de expressivos capitais." (11).

A par das críticas doutrinárias – que vislumbram na sociedade em conta de participação estrutura própria de contrato de investimento ou de colaboração entre parceiros, o legislador do Código Civil de 2002, ao revés, reconheceu na conta de participação verdadeira sociedade, distinguindo-a das demais por suas características peculiares, repetindo o que já houvera feito o legislador imperial, no Código Comercial de 1850, nos arts. 325 a 328, a exemplo da ausência de personalidade jurídica, embora trata-se de sociedade regular; a ausência de nome empresarial, embora admita-se que o sócio ostensivo no desenvolvimento da atividade possa exibir algum título; e a dupla categoria de sócios, ostensivos e ocultos, sendo vedado a estes o exercício da gerência e gestão dos negócios.

Da necessidade de união de capitais e esforços no desenvolvimento de atividades econômicas, com a partilha de lucros, a sociedade em conta de participação, na sua forma mais simples, abriu espaço para a inspiração de novas associações ou parcerias. As novas relações jurídicas de parceria, por força do fenômeno econômico decorrente da economia de massas, deram surgimento ao que conhecemos, na atualidade do mundo dos negócios, como joint venture, resultado de extrema criatividade empresarial.

O instituto da joint venture é típico ajuste de empreendedorismo ou colaboração, em que os parceiros concentram capitais e esforços numa verdadeira cooperação visando, assim, a minimizar riscos e potencializar lucros. Referido instituto que passou a ser utilizado a partir da segunda metade do século passado pelos países de economia de primeiro mundo, embora inicialmente com feição de grupo de empresas, na formação de holding, deu ensejo, mais tarde, já na década de 90, a formação de consórcio empresarial, cuja finalidade dos parceiros não era e não é outra, em princípio, senão viabilizar o desenvolvimento de atividade específica, em determinado projeto, somando-se, assim, forças, conhecimentos e habilidades, sem os inconvenientes dos elevados custos de estrutura física, industrial ou comercial, com a instalação de estabelecimento, na realização da empresa.

Tratando de joint venture e consórcio empresarial, Modesto Carvalhosa aponta a joint venture agreement como consórcio contratual que diz respeito a "conjugação de aptidões e recursos empresariais de duas ou mais sociedades", mantendo-se, no entanto, "a autonomia das consorciadas, que nomeiam o administrador do consórcio", enquanto a joint venture corporation é típica "conjugação de aptidões e recursos empresariais de duas ou mais sociedades mediante a constituição de uma nova companhia com o objetivo específico de levar avante o empreendimento comum." (12).

Característica comum a ambos os tipos de associação é a exploração de determinado projeto ou atividade específica, com duração limitada à execução dos objetivos, ou seja, cumpridos os objetivos, é certo que ocorreu o exaurimento do seu objeto, com o imediato término da parceria.

Da visão da joint venture agreement é que conhecemos o consórcio empresarial; da joint venture corporation é que passamos a conhecer e vislumbrar a denominada sociedade de propósito específico, que com ela guarda absoluta conexão, por conta da necessidade de constituição de uma nova pessoa jurídica, de nova sociedade, cuja finalidade é a conjugação de forças, de capitais, de conhecimentos e de habilidades entre os parceiros, público e privado, no desenvolvimento de atividade específica, na incumbência de implantar e gerir o objeto da parceria, conforme estatuído no art. 9º da Lei de Parceria Público-Privada.

A sociedade de propósito específico, na forma prevista no Capítulo IV, da Lei 11.079/2004, é típico contrato de sociedade, nos termos do art. 981 do Código Civil, que diz que: "Celebaram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados", complementado por seu parágrafo único que prevê que: "A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados".

Resta evidente que a sociedade de propósito específico, constituída por parceiros público e privado, para o desenvolvimento de determinado objetivo, este específico de implantação e gerenciamento do objeto da parceria, isto é, da concessão patrocinada ou adminis-

trativa, poderá, a rigor, ser celebrada sob qualquer regime jurídico societário previsto no Código Civil, com exceção das sociedades sem personalidade jurídica, a exemplo da sociedade em comum e a sociedade em conta de participação.

Como já dito linhas atrás, a sociedade de propósito específico tem raízes na sociedade em conta de participação, que se traduz como a origem dos conceitos e noções de associação ou parceria entre empreendedores. Embora com origem neste tipo societário, a sociedade de propósito específico jamais poderá ser constituída sob tal configuração, eis que, além de ter obrigatoriamente personalidade jurídica distinta dos seus sócios, a Lei 11.079/2005 exige padrões de governança corporativa, com a adoção de contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, exigências essas incompatíveis com aquele tipo societário despersonalizado, cujo exercício da empresa se realiza unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade.

Outra eventual inviabilidade de constituição da sociedade de propósito específico é sob o regime jurídico de sociedade em nome coletivo, porquanto o art. 1039 do Código Civil estabelece, textualmente, a proibição de pessoa jurídica ser sócia, como se vê do seu comando, "Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais". Dadas as características desse tipo societário e, ainda, a impossibilidade da Administração Pública assumir responsabilidade solidária e ilimitada como o parceiro privado perante terceiros, forçoso é reconhecer a inviabilidade de constituição da sociedade de propósito específico sob o regime jurídico de sociedade em nome coletivo.

Outra impossibilidade será a constituição de cooperativa, eis que o sistema cooperativo é incompatível com o desenvolvimento de atividade tipicamente econômica, com a partilha de resultados, isto é, com a distribuição de lucros ou dividendos advindos da realização da empresa.

Afora tais exceções, qualquer outro tipo societário poderá ser utilizado pelos parceiros público-privados na constituição da sociedade de propósito específico, po-

ARTIGO

dendo ser adotados tipos societários típicos de sociedades de pessoas, híbridas e de capitais, nestas últimas incluindo-se, ainda, a possibilidade de constituição de sociedade de capital aberto (art. 9º, § 2º, da Lei 11/079/2004), com oferta pública de títulos de investimento, ou seja, de valores mobiliários no mercado de bolsa de valores ou de balcão, mediante prévia autorização da Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

É da tradição, no direito societário brasileiro, a viabilidade de se constituir sociedade de propósito específico, ou seja, aquela constituída especificamente para desenvolver um determinado objetivo ou empresa, esta no entendimento do firme conceito lançado no Código Civil como sendo "atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

Tanto é verdade que o ordenamento jurídico autoriza a constituição de sociedade com prazo de vigência determinado ou indeterminado. Ao determinar-se o prazo de vigência, o legislador trabalhou com a clara idéia de que no prazo previamente fixado, no ato de constituição, os sócios já acertaram que o objetivo da sociedade seria ou será cumprido especificamente naquele prazo. Também, na constituição da sociedade por prazo indeterminado, ocorrendo o exaurimento do seu objetivo, é causa para a dissolução das obrigações e sua extinção, posto que sendo o seu objeto específico ou determinado, exaurido o seu fim social, extingui-se a sociedade (13).

Resta claro, pois, que a sociedade de propósito específico, embora equivocadamente tida como novo tipo societário no direito brasileiro, é modelo de sociedade que há muito permeia o ordenamento jurídico mercantil, quer na configuração de sociedade de propósito específico, de onde originou-se, quer na configuração de sociedade celebrada por prazo determinado ou indeterminado no cumprimento regular e específico de seu objeto social, quer, ainda, na feição de qualquer dos tipos societários previstos no Código Civil ou na legislação esparsa, com exceção daqueles aqui indicados.

4 PROTEÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA PARA O PODER PÚBLICO

O consórcio empresarial, de tímida regência no direito societário brasileiro, como previsto nos arts. 278 e

279 da Lei 6.404/76, é modalidade de parceria entre agentes econômicos, que deve ser constituído por escrito, sem personalidade jurídica, para a execução de determinado empreendimento, sendo certo que as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

Sabe-se que o Poder Público, nos procedimentos licitatórios, dadas as exigências contidas nos editais, não raras de complexa qualificação técnica, passou a permitir a formação de consórcio empresarial entre os licitantes, com o objetivo de potencializar a concorrência, com maior número de interessados no objeto da licitação, e, ainda, exigir melhor preparo dos licitantes no atendimento das especificações técnico-jurídico-econômicas previstas no edital, tudo em prol do interesse público.

Com a autorização de formação de consórcio empresarial nos procedimentos licitatórios, novos parceiros surgiram no mercado, somando esforços, capitais, conhecimentos e habilidades técnicas, para atender aos interesses da Administração Pública.

O líder do consórcio, vencedor da licitação, celebra o contrato administrativo com a Administração Pública e se dá início ao serviço ou à obra pública, nos exatos moldes do edital. Operações como tais, amplamente utilizadas pela Administração Pública, a rigor, revelam-se como sendo de risco, eis que, no caso de descumprimento ou inexecução do contrato ou mesmo de responsabilidade civil ante os serviços executados com defeito ou obras realizadas com má qualidade, a Administração, em princípio, somente poderá buscar a responsabilidade do líder do consórcio, com quem celebrou o contrato, salvo se dele, ajuste, o co-consorciado também participou. Ao revés, se o co-consorciado, embora tenha participado da licitação, integrando a formação do consórcio, não celebrou o contrato administrativo, é certo que a Administração Pública terá dificuldades em alcançar a responsabilidade deste, mormente porque a solidariedade entre os consorciados não se presume e as obrigações de cada um estarão previstas no contrato de consórcio – que é regra de conduta entre eles.

Maior dificuldade se tem em relação à responsabilidade dos consorciados, em solidariedade, porquanto o consórcio, não tendo personalidade jurídica e não se

presumindo responsabilidade entre eles, deverá a Administração Pública provar a culpa de cada qual no cumprimento do objeto da licitação, verificando-se o que cada qual realizou, o que nem sempre é tarefa fácil e tecnicamente viável de provar.

Dentro desta perspectiva, tratando-se de parceria público-privada, com a celebração de contrato administrativo de concessão, nas modalidades patrocinada ou administrativa, o legislador, querendo imprimir, maior segurança jurídica nas relações com a Administração Pública, embora tenha autorizado a formação de consórcio empresarial, exigiu, nos termos da Lei 11.079/2004, que seja constituída, antes da celebração do contrato, a sociedade de propósito específico, formada pelos agentes público e privado, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria (art. 9º).

Neste particular, Modesto Carvalhosa, citado por Rubens Edmundo Requião, diz que "A Administração Pública evoluiu para a exigência de constituição de uma sociedade que pudesse nitidamente separar os capitais, os recursos e as aptidões, voltada unicamente para a execução do contrato público celebrado". Ademais, continua o articulista dizendo que: "Haverá a presença de uma pessoa jurídica especializada, em substituição do consórcio despersonalizado, com vantagem daquela representar maior estabilidade, dado que os contratos de concessão públicos são muito complexos e celebrados com prazos muito longos. A pessoa jurídica, ainda, segregando obrigações, patrimônio, riscos, operações e contabilidade, permite melhor fiscalização por parte do concedente, deixando mais nítida a responsabilidade da empresa concessionária e de seus sócios componentes". (14).

Na mesma linha de pensamento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, comentando a Lei 8.987, diz que "Merece menção a norma do art. 20 da Lei 8.987 que permite ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, constitua-se em empresa antes da celebração do contrato". Continua a administrativista, citando Arnaldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald, dizendo que, segundo os festejados doutrinadores: "justifica-se a previsão pelo fato de que a organização societária oferece como vantagem a estabilidade maior nas relações internas entre as diversas consorciadas, que passarão a ser

sócias, e, igualmente, entre o poder concedente e a sociedade (que consolida os direitos, interesses e obrigações de todos os consorciados), tornando, ainda, desnecessário o recurso da previsão de solidariedade, para a responsabilização civil pelas faltas cometidas na prestação do serviço, cuja reparação será havida diretamente da empresa concessionária" (15).

Surge, então, a sociedade de propósito específico como a alternativa de segurança jurídico-contratual, para a Administração Pública, de que o objeto da parceria público-privada, sob a regência da Lei 11.079/2004, de fato, será fielmente cumprido, nos termos do edital e do contrato administrativo, sem risco de inexecução dos objetivos sociais previstos para o desenvolvimento da atividade econômica a que se propôs especificamente a constituição da sociedade.

Sabendo-se que a sociedade de propósito específico poderá ser constituída sob qualquer modalidade societária, inclusive sob o regime de companhia aberta, com a oferta de valores mobiliários, devendo ter por único e exclusivo objetivo social a gestão e execução do Contrato Administrativo decorrente da licitação, nos termos do edital, forçoso é reconhecer que tal configuração jurídica trouxe vantagens para o Estado, com total segurança ao cumprimento regular e fiel dos objetivos da parceria, eis que a transferência do controle da sociedade estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública.

Com efeito, o § 1º, do art. 9º da Lei de Parceria Público-Privada traduz-se como verdadeira segurança jurídica à Administração Pública ao condicionar prévia autorização expressa à transferência do controle acionário da sociedade de propósito específico. A plataforma da sociedade de propósito específico está construída sob o pilar da parceria formada pelos agentes econômicos público e privado, isto é, a sociedade constituída, obrigatoriamente, terá como sócios ou acionistas, se adotar a forma de sociedades por ações, o vencedor da licitação (agente privado) e o Estado (agente público), representado pelos entes que compõem a Administração Pública direta ou indireta, conforme o caso.

Em verdade, tal previsão assegura à Administração Pública realizar prévio controle técnico sobre aquele que, eventualmente, se interessar pela aquisição do con-

ARTIGO

trole da sociedade de propósito específico, quando a hipótese, por si só, não excluir tal possibilidade, como sói ocorrer com as obrigações personalíssimas, que, por sua natureza, são intransferíveis. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, comentando o assunto, diz que: "O § 1º do artigo 9º permite a transferência do controle da sociedade de propósito específico, mediante autorização da Administração Pública, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei 8.987/95, ou seja, o pretendente deve atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço (inciso I) e comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor (inciso II)". (16).

Continua a mestre dizendo que: "Constitui exceção ao inciso I dessa norma a hipótese prevista no artigo 5º, § 2º, que trata da transferência do controle acionário da sociedade de propósito específico para os financiadores; nesse caso, quando assumirem o controle da sociedade, os financiadores não precisam demonstrar capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço. Trata-se, evidentemente, de um absurdo, pois se, nos termos do dispositivo, essa capacidade é necessária à assunção dos serviços, não se pode admitir que a transferência seja feita a quem não demonstre essa capacidade. A norma contraria o princípio do interesse público, sujeito aos princípios da continuidade, eficiência, adequação e outros previstos no artigo 6º da Lei 8.987/95, indispensáveis para que se tenha um serviço adequado. Contraria o princípio da moralidade administrativa, porque a norma contempla hipótese típica de desvio de poder por parte do legislador, na medida em que prevê uma medida contrária ao interesse público. Infringe o princípio da isonomia, porque outorga um privilégio injustificável ao financiador, não assegurado a outros possíveis interessados em transferência de concessão. Ofende o princípio da razoabilidade, uma vez que estabelece uma discriminação inaceitável em relação aos fins objetivados pelos contratos de concessão, em todas as modalidades, que são a prestação de serviço adequado; por outras palavras, a norma legal é irrazoável na medida em que não observa a necessária adequação entre meios e fins". (17).

Se, de um lado, a Administração Pública não pode, na sociedade de propósito específico, deter a maioria

do capital votante ou mesmo exercer o poder de controle, nos termos do art. 116 da Lei de Sociedade por Ações (18), sob pena de descaracterização da figura jurídica da sociedade de propósito específico em sociedade de economia mista (19); de outro, a Lei 11.079/2004, garantiu à Administração Pública o direito de veto na transferência do controle acionário por parte do agente privado, vencedor da licitação, a terceiro interessado. Trata-se, em verdade, de excepcional poder de controle indireto exercido pela Administração Pública, porquanto a autorização para a transferência do controle acionário a terceiro garantirá o fiel cumprimento ao objetivo único e exclusivo da sociedade.

Ademais, para melhor controle por parte da Administração Pública, no desempenho do objetivo único e exclusivo da sociedade de propósito específico, o § 3º, do art. 9º da lei, exige que os administradores adotem nos atos de gestão padrões de governança corporativa, inclusive com a adoção de contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas.

Sabido que governança corporativa é o conjunto de condutas, posturas e regras próprias de administração moderna, estas desenhadas pelo legislador na expectativa de ocorrência da devida transparência no desempenho da empresa. O art. 153 da LSA bem indica a postura que o administrador deve adotar na gestão do empreendimento, quando diz: "O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios".

Assim, espera-se do administrador conduta proba e ilibada, com o cuidado necessário no desempenho das atividades econômicas, na expectativa de bem gerir a sociedade para a consecução dos objetivos sociais, no atendimento do fim social e na preservação dos interesses dos sócios ou acionistas, como bem indica o caput do art. 154 da LSA: "O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e o interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa".

Daí por que recomenda-se que a sociedade estruture-se adequadamente, com organização interna capaz de atender aos objetivos sociais, razão pela qual a Lei das

Sociedades por Ações indica a estrutura formada por Conselho de Administração, Diretoria e Conselho Fiscal, além das Assembléias, de modo que cada órgão societário bem desenvolva suas atribuições, nos termos do contrato social ou estatuto e respectiva lei de regência, conforme o caso.

A contabilidade padronizada diz respeito à obrigatoriedade da escrituração contábil correta e adequada à luz da lei tributária-fiscal, com a adoção de livros obrigatórios e facultativos, revestidos de formalidades legais, como prevêem os arts. 100 a 105 da LSA. Já as demonstrações financeiras, a igual modo padronizadas, deverão ser levantadas anualmente pela Diretoria através dos balanços patrimonial e de resultado econômico, como se vê da redação do art. 176 da LSA: "Ao fim de cada exercício social, a diretoria fará elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício: I – balanço patrimonial; II – demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados; III – demonstração do resultado do exercício; e IV – demonstração das origens e aplicações de recursos. § 1º As demonstrações de cada exercício serão publicadas com a indicação dos valores correspondentes das demonstrações do exercício anterior. (...)". Na mesma linha de orientação temos a Escrituração Contábil prevista nos arts. 1.179 a 1.195 do Código Civil, na hipótese de constituição da sociedade de propósito específico por uma das modalidades societárias regidas pelo mencionado diploma.

Quanto ao § 4º, do art. 9º da Lei de Parceria Público-Privada, cabe apenas dizer, como já mencionado linhas atrás, que a proibição da Administração Pública ser titular da maioria do capital votante na sociedade tem por finalidade evitar o desvirtuamento e a descaracterização da sociedade de propósito específico, sob pena de sua transformação em sociedade de economia mista, tendo o ente público como o maior acionista.

Finalmente, na firme idéia de preservação dos interesses envolvidos, da garantia da consecução dos objetivos da parceria e da efetiva proteção da Administração Pública, o § 5º, do art. 9º da lei, excepcionou a vedação contida no aludido § 4º, na hipótese de inadimplemento de contrato de financiamento, de mútuo em di-

nheiro, por parte da sociedade, obrigação esta contratada para atender ao objeto único e exclusivo da sociedade de propósito específico, quando, então, a instituição financeira controlada pelo Poder Público excepcionalmente poderá adquirir a maioria do capital votante. Neste caso, ter-se-á a concentração da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico nas mãos do Poder Público.

Concluindo, impende dizer que o art. 14 da Lei 11.079/2005 prevê, dentre as normas aplicáveis exclusivamente à União, a instituição, por decreto, de órgão gestor de parcerias público-privadas. O referido Órgão Gestor de Parceria Público-Privada atuará precedentemente à abertura do procedimento licitatório, bem assim no acompanhamento da execução do contrato administrativo, inclusive exercendo fiscalização sobre a administração empreendida na sociedade de propósito específico, tendo as seguintes atribuições: I – definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada; II – disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos; III – autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital; e IV – apreciar os relatórios de execução dos contratos.

A nosso juízo, boa medida, por parte do legislador, foi a criação do Órgão Gestor, posto que no desempenho de suas atribuições imprimirá moralidade na definição dos serviços e obras sob o regime de parceria público-privada e, ainda, imporá maior controle na execução do contrato e conseqüentemente na administração levada a efeito pelo particular na sociedade de propósito específico, com vigilância permanente, funcionando quase como um Conselho Fiscal, no regular e fiel cumprimento do objetivo único, exclusivo e específico da parceria.

Ademais, o Órgão Gestor, em verdade, funcionará como verdadeiro controle externo do Tribunal de Contas da União, eis que o § 5º, do art. 14 da Lei de Parceria Público-Privada determina, expressamente, que o referido Órgão remeterá ao Congresso Nacional e ao TCU, anualmente, relatórios de desempenho dos contratos de parceria, evitando-se, assim, desperdício e desvio de recursos públicos mediante fiscalização direta na execução do contrato administrativo e no cumprimento do objetivo da sociedade de propósito específico objeto da parceria.

ARTIGO

5 CONCLUSÃO

De todo o exposto neste tímido ensaio, concluímos que: a) a sociedade de propósito específico tem origem na sociedade em conta de participação, nas chamadas sociedades marítimas (*societatis maris*), em que o Estado investia, em parceria com o agente privado (navegador), nas explorações além-fronteiras; b) que a sociedade em conta de participação deu ensejo ao conceito de joint venture (associação ou parceria); c) que o conceito de joint venture fora adotado pelo Estado na concepção da chamada parceria público-privada; d) que a sociedade de propósito específico nada mais é do que verdadeira parceria entre os agentes público e privado, revelada sob a constituição de nova sociedade (joint venture corporation); e) que a sociedade de propósito específico poderá ser constituída sob o regime jurídico societário de qualquer das sociedades previstas no Código Civil ou na LSA, com exceção das sociedades não personificadas, da sociedade em nome coletivo e do sistema cooperativo; f) a constituição da sociedade de propósito específico é de longa tradição no direito societário brasileiro, embora reconhecida com outro nome/nomenclatura; e g) a sociedade de propósito específico, nos moldes de sua tímida regulação na Lei 11.079/2004, revela-se como garantia e proteção segura em favor da Administração Pública no cumprimento fiel e regular do objetivo único e exclusivo de implantação e execução do objeto da parceria.

NOTAS EXPLICATIVAS

(1) A Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (DOU de 31.12.04), institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 1º, caput), sendo certo que referida lei destina-se aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (parágrafo único, do art. 1º). Ainda cabe esclarecer que o art. 2º da mencionada lei define parceria público-privada como sendo "o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa".

(2) O art. 9º da Lei 11.079/2004, no Capítulo IV, trata da Sociedade de Propósito Específico, impondo ao(s) agente(s) econômico(s) vencedor(es) do certame, no procedimento de licitação de obras

ou de serviços públicos, antes da celebração do contrato de parceria público-privada, a constituição de sociedade de propósito específico, cujo objetivo social será, obrigatoriamente, a implantação ou gestão do objeto da própria licitação, ou seja, da parceria.

(3) De acordo com a redação do art. 9º e respectivos parágrafos, da Lei de Parceria Público-Privada, a sociedade de propósito específico poderá ser constituída sob o regime jurídico de qualquer tipo societário, com personalidade jurídica, previsto no Código Civil Brasileiro, de 2002, sociedade simples (arts. 982, segunda parte, e 997) ou sociedade empresária (arts. 966 e 982, primeira parte), esta podendo ser nas modalidades de: sociedade em nome coletivo (art. 1.039 e segts), sociedade em comandita simples (art. 1.045 e segts), sociedade limitada (art. 1.052 e segts), sociedade em comandita por ações (art. 1.090 e segts. e art. 280 e segts. da Lei 6.404/76) e sociedade anônima (art. 1.088 e segts. e art. 1º e segts. da Lei 6.404/76), esta podendo adotar a forma de fechada ou aberta, mediante a oferta pública de valores mobiliários no mercado de capitais (bolsa de valores ou balcão) após autorização da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), eis que a sociedade de propósito específico, após a sua regular constituição, será sujeita a direitos e obrigações no desenvolvimento do objetivo social específico para o qual fora formada.

(4) A Lei 11.079/2004 define no art. 2º, §§ 1º e 2º, as concessões patrocinada e administrativa. "Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado". Já "Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens".

(5) cf. nota 2.

(6) O Livro II, Parte Especial, do Código Civil/2002, cuida do Direito de Empresa, apresentando os tipos societários de sociedade empresária no direito positivo, além da Lei 6.404/76 – que cuida das sociedades por ações (sociedade em comandita por ações, sociedade anônima, subsidiária integral e sociedade de economia mista).

(7) Factoring ou faturização é operação de fomento mercantil, que se opera mediante aquisição de direitos creditórios e prestação de serviços a pequenas e médias empresas que não têm acesso ao crédito. A operação de factoring não se confunde com operação bancária, eis que a instituição financeira atua no segmento de concessão de crédito, utilizando-se da captação de poupança popular.

(8) Leasing é operação de arrendamento mercantil utilizada, no mercado, como forma de facilitação de aquisição de bens móveis duráveis, via arrendamento, com opção de venda do bem ao arrendatário mediante o pagamento do preço residual do bem ou mesmo se diluído ao longo do prazo de vigência. O arrendatário tem a posse direta do bem, porém com domínio resolúvel.

(9) Franchising é operação de cessão de sistema de marcas de produtos ou de serviços que o franqueador faz em favor do franqueado, por determinado tempo, podendo ser gratuita ou onerosa, a depender das condições. O franchising é regulado pela Lei 8.955/94.

(10) NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 296. "As sociedades em conta de participação e as sociedades em comandita – estas objeto de estudo nos próximos capítulos – têm a mesma origem e é possível que sejam as precursoras entre as sociedades regulamentadas: foram encontrados documentos datados entre 1155 e 1164, de lavra de notários genoveses e marselheses². Chamadas inicialmente de *societas maris* (sociedade marítima), *societas vera* (sociedade verdadeira), *collegantia* ou *commenda*, essas sociedades traziam em sua composição um sócio *stans* (sócio que permanece no local) e um sócio *tractator* (sócio que embarca no navio para efetivamente exercer as operações mercantis), e eram constituídas em geral para uma única viagem, que, conforme lembra Braudel, estendia-se por vários meses".

(11) REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 423.

(12) CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. v. II. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 344.

(13) Código Comercial Imperial, de 1850. Seção VII – Da Dissolução da Sociedade. "Art. 336 – As mesmas sociedades podem ser dissolvidas judicialmente, antes do período marcado no contrato, a requerimento de qualquer dos sócios: 1 – mostrando-se que é impossível a continuação da sociedade por não preencher o intui-

to e fim social, como nos casos de perda inteira do capital social, ou deste não ser suficiente;". Código Civil, de 2002. "Art. 1034. A sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios, quando: I – anulada a sua constituição; II – exaurido o fim social, ou verificada a sua inexecutabilidade".

(14) REQUIÃO, Rubens Edmundo. *A Joint Venture e a sociedade de propósito específico*. Disponível em: www.requiaomiro.adv.br/artigo13.htm – www.google.com

(15) PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.136.

(16) Cf. nota de rodapé nº 16, p. 180.

(17) Cf. nota de rodapé, p. 180.

(18) Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Seção IV – AÇIONISTA CONTROLADOR. Deveres. "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".

(19) Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Capítulo XIX – SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. Acionista Controlador. "Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação".