
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 10	n. 39	p. 1-256	jan./mar. 2010
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2010 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisoras: Lourdes Nascimento, Ana Flávia Inácio Ferreira
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Bruno Lopes
Bibliotecária: Paloma Fernandes Figueiredo - CRB 2751 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (UBA – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz - Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional do Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata - Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional do Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG - MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG - GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP - PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)
Profa. Dra. Vanice Lirio de Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

Sociedades em conta de participação e as licitações envolvendo concessões de transporte coletivo – Riscos e possibilidades

Carlos Henrique de Mattos Sabino

Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar e LLM em Direito Corporativo pelo IBMEC. Advogado do escritório Guilherme Gonçalves e Advogados Associados.

Resumo: O artigo versa sobre os riscos e as possibilidades da atuação de sociedades em conta de participação em contratos administrativos envolvendo concessões de transporte coletivo. Analisa-se, também, os benefícios trazidos à população e a Administração Pública, bem como as melhores formas de incrementar os serviços prestados à população a partir da utilização de investimentos oriundos de sociedades em conta de participação firmadas entre concessionários de serviços públicos e terceiros investidores.

Palavras-chave: Sociedades em conta de participação. Licitações. Serviços públicos. Transporte coletivo. Investimentos.

Sumário: 1 Introdução - 2 Das Sociedades em conta de participação - 2.1 Conceito - 2.2 Histórico - 2.3 Natureza jurídica - 2.4 Demais características - 3 Dos riscos e possibilidades de “atuação” das sociedades em conta de participação em licitações envolvendo concessões de transporte coletivo - 4 Conclusão - Referências

1 Introdução

Hodiernamente, vemos discussões e polêmicas acerca das inúmeras modificações sofridas pelo Direito Societário brasileiro, em especial pela edição do novo Código Civil que alterou algumas denominações societárias e fez ressurgir alguns tipos já esquecidos, tal como a sociedade em conta de participação.

Não obstante a aparência do surgimento de um tema relativamente novo no Direito Empresarial, a sociedade em conta de participação nada mais é do que uma nova roupagem trazida à previsão já existente na legislação brasileira desde o Código Comercial de 1850, a qual ganhou uma abordagem empresarial em função de sua relevante aplicabilidade no mundo jurídico contemporâneo.

É que no atual cenário econômico, tornou-se primordial a adoção de tipos jurídicos que tragam segurança e uma maior intelegibilidade aos negócios idealizados e implementados pelos empresários. Assim,

especialmente no ramo de transportes coletivos de passageiros, a fortificação do mercado empresarial tornou-se um requisito elementar para o desenvolvimento dos Estados e Municípios, e, para a adoção de políticas públicas que melhorem e facilitem a vida da população em geral.

Em meio a isso, buscam-se diariamente soluções jurídicas e de mercado que, além de serem de acordo com o previsto na Lei Geral de Licitações, possibilitem o crescimento e o fortalecimento dos empresários que operam no setor, e, especialmente, a proteção de seus investidores.

Com este foco é que os aspectos e paradigmas abordados neste trabalho mostram-se relevantes para qualquer empresário que atue no setor de transportes coletivos, bem como em qualquer outro setor produtivo, e que deseje sobreviver nos tempos atuais, solucionar eventuais conflitos e, por conseguinte, apresentar atrativos a investidores, à Administração Pública, e, principalmente, à população em geral.

2 Das Sociedades em conta de participação

2.1 Conceito

Apesar de certa vacilação doutrinária acerca da exata conceituação da sociedade em conta de participação como sendo uma simples associação ou uma sociedade, o Código Civil brasileiro de 2002 resolveu definitivamente a questão conceituando a conta de participação como uma sociedade.

Para tanto, além de obviamente incluí-la no Capítulo referente às sociedades,¹ o legislador brasileiro trouxe nos artigos 991 e seguintes do Código Civil as diretrizes básicas referentes a tal ente jurídico. Nesta esteira, seguindo os ditames existentes no Código Civil, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery conceituam e delineiam os traços marcantes da sociedade em conta de participação da seguinte forma:

É sociedade regular, sem personalidade jurídica, formada com dois tipos de sócios (sócio ostensivo e sócio oculto). O sócio ostensivo assume os negócios com terceiros, em seu nome individual e com sua inteira responsabilidade; o sócio oculto (ou participante) participa com o capital, colhendo os resultados e participando das perdas do negócio. O sócio ostensivo pode ser sociedade comercial ou comerciante individual. A característica marcante da sociedade em conta de participação é o fato de o sócio ostensivo assumir todo o negócio em seu nome individual, obrigando-se, sozinho, perante terceiros.²

¹ Segundo o art. 981 do Código Civil de 2002 “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partir, entre si, dos resultados”.

² NERY JUNIOR; NERY. Novo Código Civil e legislação extravagante anotados, p. 350.

Corroborando este entendimento, Alfredo de Assis Gonçalves Neto resume tal espécie societária como sendo a que “possui um sócio (ou mais de um) que gerencia a sociedade e que é ilimitadamente responsável pelas obrigações sociais e outro ou outros que só contribuem para a formação do capital social, respondendo, apenas, pela realização do valor dessa contribuição”,³ sendo o sócio que realiza os negócios em seu nome pessoal denominado de ostensivo e o sócio investidor denominado de oculto, pois em geral não aparece perante terceiros.

2.2 Histórico

Antes de se adentrar propriamente na forma de introdução das sociedades em conta de participação no ordenamento jurídico brasileiro, há que se fazer um breve relato sobre o surgimento do instituto em outros países.

Segundo relato de José Gabriel Assis de Almeida, a sociedade em conta de participação teve sua origem no contrato de comenda surgido na Idade Média. Tal contrato caracterizava-se pelo fato de ser basicamente marítimo e no qual o capitalista entregava ao negociante uma quantia em dinheiro ou mercadorias para serem usados em operações de compra e venda, com os lucros sendo divididos entre as partes.⁴

O contrato de comenda teve um grande desenvolvimento na época, pois os nobres eram impossibilitados pela Igreja de realizar práticas usuárias, e, ainda, havia uma reprovação moral ao exercício do comércio pela sua classe social. Assim, o contrato de comenda representava a saída existente para a obtenção de lucros por tal classe social.

Legalmente, a sociedade em conta de participação foi reconhecida pela primeira vez no Código Comercial da França editado em 1807, mas como uma forma de associação. Após isso, os códigos comerciais espanhol de 1829 e português de 1833 foram os primeiros a atribuir o caráter de sociedade à conta de participação, e, acabaram servindo como modelo à previsão contida no Código Comercial brasileiro de 1850.⁵

No Código Comercial brasileiro, a sociedade em conta de participação foi definida no artigo 325 como sendo a sociedade em que “duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem, sem firma social, para lucro comum, em uma ou mais operações de comércio determinadas, trabalhando um, alguns ou todos, em seu nome individual para o fim social”.

³ GONÇALVES NETO. Lições de direito societário, regime vigente e inovações do novo código civil, p. 177.

⁴ ALMEIDA. A sociedade em conta de participação, p. 05-15.

⁵ LOPES. A sociedade em conta de participação, p. 02- 03.

Atualmente, o Código Civil de 2002 regula inteiramente a questão, incluindo a conta de participação no capítulo referente às sociedades regulares não personificadas, e, conceituando-a da forma já delineada na sessão 2.1 acima.

2.3 Natureza jurídica

Não obstante o Código Civil de 2002 ter incluído a sociedade em conta de participação no capítulo referente às sociedades e assim, em tese, ter sepultado qualquer dúvida acerca da natureza jurídica de tal espécie societária, ainda existe uma boa parcela da doutrina que refuta tal natureza.

De fato, para doutrinadores como José Edwaldo Tavares Borba⁶ e Sérgio Campinho,⁷ o fato da sociedade em conta de participação não possuir personalidade jurídica e, assim, não poder adotar nome comercial próprio e patrimônio, entre outras coisas, indicariam que esta se trata de um diferente contrato entre as partes (sócios), de natureza jurídica diversa da sociedade. Representante de tal parte da doutrina, Fábio Ulhoa Coelho expõe sobre o tema em questão que:

definidas as sociedades empresárias como pessoas jurídicas, seria incorreto considerar a conta de participação uma espécie destas. Embora a maioria da doutrina conclua em sentido oposto, a conta de participação, a rigor, não passa de um contrato de investimento comum, que o legislador, impropriamente, denominou sociedade. Suas marcas características, que a afastam da sociedade empresária típica, são a despersonalização (ela não é pessoa jurídica) e natureza secreta (seu ato constitutivo não precisa ser levado a registro na Junta Comercial).⁸

Ademais, outra parte de juristas alinhados ao previsto no Código Civil de 2002, tais como Gladston Mamede⁹ e Arnold Wald,¹⁰ afirmam que existe uma confusão entre o conceito de sociedade e pessoa jurídica, e, que, portanto, a personalidade jurídica¹¹ não é requisito necessário para se definir a existência ou não de uma sociedade, pois o conceito de

⁶ BORBA. Direito societário, p. 93- 97.

⁷ CAMPINHO. O direito de empresa à luz do novo código civil, p. 82-83.

⁸ COELHO. Curso de direito comercial, v. 2, p. 476.

⁹ MAMEDE. Direito societário: sociedades simples e empresariais, p. 21-22.

¹⁰ WALD. Comentários ao novo código civil: do direito de empresa, v. XIV, livro II, p. 100.

¹¹ Ao trazer o conceito de personalidade jurídica, Rubens Requião (Curso de direito comercial. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 344-345) afirma que “formada a sociedade comercial pelo concurso de vontades individuais, que lhe propiciam os bens ou serviços, a consequência mais importante é o desabrochar de sua personalidade jurídica. A sociedade transforma-se em novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição, dominando um patrimônio próprio, possuidor de órgãos de deliberação e execução que ditam e fazem cumprir a sua vontade. Seu patrimônio, no terreno obrigacional, assegura sua responsabilidade direta em relação a terceiros. Os bens sociais, como objetos de sua propriedade, constituem a garantia dos credores, como ocorre com os de qualquer pessoa natural”.

sociedade no Código Civil não está necessariamente ligado à existência de uma pessoa jurídica.

De mais a mais, segundo aludem Mauro Brandão Lopes¹² e José Gabriel Assis de Almeida,¹³ as sociedades em geral, na realidade, são caracterizadas pelo fato de apresentarem outras três características essenciais que também estão presentes nas sociedades em conta de participação, a saber: a existência de duas ou mais pessoas; o comprometimento de combinar esforços ou recursos para o exercício das operações sociais e atendimento da finalidade comum, e, a obrigação recíproca da participação nos lucros e prejuízos.

Dessa maneira, afigurando-se possível de acordo com o próprio Código Civil de 2002 a possibilidade de existir sociedade regular não personificada, como é o caso da sociedade em conta de participação, torna-se desnecessária uma maior divagação sobre o tema, sendo, portanto, natural o reconhecimento da sociedade em conta de participação como espécie do gênero Sociedades.

2.4 Demais características

Além do contido nos tópicos acima, outras características da sociedade em conta de participação, as quais serão abaixo demonstradas, são também elementos de grande importância e que ainda as faz ser utilizada no Brasil e em outros países em diferenciados ramos de negócios e investimentos.

Pois bem, dentre das características mais destacadas, a primeira delas é o caráter oculto da sociedade em conta de participação. De fato, apesar de não ser impedida a publicização dos atos da sociedade em conta de participação através do seu registro na Junta Comercial, conforme se denota da inteligência do caput do art. 993 do Código Civil,¹⁴ esta tem em sua origem oculta e na conseqüente desnecessidade de ser “apresentada” a terceiros a sua característica mais marcante.

Eis que, ao contrário das demais sociedades, a sociedade em conta de participação não precisa ser publicizada, ou seja, a sua existência não precisa ser e geralmente não é do conhecimento de terceiros, haja vista que a contratação sempre se dará entre a sócia ostensiva, pessoal e exclusivamente responsável pelos seus atos, e o terceiro interessado.

Dessa forma, preserva-se a identidade da sócia oculta que adota esta espécie societária com vistas a dar cabo aos seus investimentos e interesses

¹² LOPES, op. cit., p. 35.

¹³ ALMEIDA, op. cit., p. 31.

¹⁴ “Art. 993. O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade.

empresariais, e, que não participa da administração de tal sociedade, da sua relação com interessados e muito menos possui qualquer obrigação perante terceiros, segundo o externado pelo parágrafo único do artigo 991 do Código Civil.¹⁵

Nesta esteira, assiste à sócia oculta o direito de fiscalizar a gestão dos negócios praticados pela sócia ostensiva nos interesses da sociedade em conta de participação. Entretanto, nunca poderá fazer parte da administração direta ou da relação com terceiros interessados, conforme bem disposto pelo parágrafo único do artigo 993 do Código Civil,¹⁶ sob pena de passar a responder de forma solidária com a sócia ostensiva pelas obrigações que contenham sua participação direta e pessoal.

Outra característica marcante da sociedade em conta de participação e devidamente prevista no art. 992 do Código Civil¹⁷ é a ampla liberdade que esta pode adotar na sua constituição e a possibilidade dos sócios e terceiros interessados poderem provar sua existência de todas as formas em direito admitidas, inclusive testemunhal.

Neste sentido, admite-se até mesmo a existência de sociedade em conta de participação com contrato verbal, e, também, sua constituição poderá ser realizada por pessoas físicas e/ou jurídicas. Contudo, “é necessária a presença de dois outros requisitos para a validade do negócio jurídico: a) capacidade das partes contratantes e objeto lícito; b) mútuo consenso (*affectio societatis*)”.¹⁸ Assim, resta evidentemente proibida a participação de pessoas que não tenham capacidade para figurarem como quotistas de sociedades.

Contabilmente a sociedade em conta de participação materializa-se nos livros comerciais do sócio ostensivo, o qual abrirá conta específica em seu livro para fazer os lançamentos da conta de participação, tais como aporte dos sócios, prejuízos, despesas, e, principalmente, os lucros.

Na seara fiscal, vê-se que a sociedade em conta de participação era usada até 1986 como forma de planejamento, pois até 31 de dezembro de 1986 a conta de participação não tinha qualquer obrigação com o Fisco, não sofrendo incidência tributária. Entretanto, após, 1º de janeiro de 1987, a situação modificou-sesensivelmente. Com efeito, a partir de tal data as sociedades em conta de participação passaram a ser equiparadas às pessoas jurídicas para fins de imposto de renda, e, com base na Instrução Normativa nº 179/87 da Receita Federal foi estabelecido que, em princípio, tais sociedades seriam

¹⁵ “Art. 991. (...) Parágrafo único: Obriga-se perante terceiro tão somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social”.

¹⁶ “Art. 993. (...) Parágrafo único. Sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o sócio participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier”.

¹⁷ “Art. 992. A constituição da sociedade em conta de participação independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito”.

¹⁸ NERY JUNIOR; NERY, op. cit., p. 351.

tributadas com base em seu lucro real. Após isso, em 02 de abril de 2001, foi publicada a Instrução Normativa nº 31/2001 que possibilitou às sociedades em conta de participação adotarem a opção que bem entendessem, inclusive, o regime de tributação com base no lucro presumido.

Não obstante, vê-se que os resultados das sociedades em conta de participação deverão ser apurados pelo sócio ostensivo, o qual será responsável pela declaração de rendimentos e pelo recolhimento dos tributos (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS) devidos pela sociedade.

Por fim, cabe destacar ainda que as sociedades em conta de participação não se liquidam da mesma forma que as demais espécies de sociedade prevista em lei. De fato, a tal espécie societária não se aplicam os capítulos referentes à dissolução e liquidação das demais espécies societárias, sendo esta definitivamente extinta pela falência da sócia ostensiva e/ou, principalmente, através do processo específico de prestação de contas previsto no Código de Processo Civil brasileiro.

3 Dos riscos e possibilidades de “atuação” das sociedades em conta de participação em licitações envolvendo concessões de transporte coletivo

Apesar do enfoque do presente artigo não ser o diretamente vislumbrado pelo Direito Administrativo, há que se fazer algumas breves considerações acerca da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93) antes de se adentrar no tema central, com vistas principalmente a bem situar as sociedades em conta de participação no âmbito dos contratos firmados por particulares com o Poder Público no concernente às concessões de transporte coletivo (contratos administrativos).

Analisando-se o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal,¹⁹ bem como a Lei nº 8.666/93, tem-se claro, inicialmente, que todos os contratos envolvendo concessões públicas de “linhas” de transporte coletivo terão como base os preceitos contidos em tais normas, sendo necessariamente precedidas de licitação. Conforme previsto no caput do art. 3º da Lei nº 8.666/93, a licitação é assim definida:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da

¹⁹ “Art. 37. (...) 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”.

moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Com base em tal artigo, verifica-se que todas as pessoas (físicas e jurídicas) nacionais ou estrangeiras, estando em situação regular e apresentando capacitação para o serviço, poderão participar de licitações com vistas a firmarem futuros contratos com a Administração Pública.

Contudo, o direito de contratar não é absoluto, somente sendo “reconhecido ao particular cuja proposta foi classificada como vencedora, desde que a Administração decida efetivar a contratação.”²⁰ Nesta toada, antes de efetivar qualquer contratação, a Administração realiza o exame das condições e requisitos necessários para o exercício do direito de licitar, e, posteriormente, contratar com o Poder Público. Tal exame é comumente denominado de habilitação e resta devidamente previsto no art. 27 da Lei nº 8.666/93, com a seguinte redação:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômica-financeira;

IV - regularidade fiscal;

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

A habilitação jurídica “é pressuposto inafastável de qualquer contratação”²¹ constituindo requisito de validade do ato jurídico. No artigo 28 da Lei de Licitações restam delimitados os documentos necessários à habilitação jurídica do pretendente que, no caso das sociedades, deve apresentar, entre outras coisas, o seu “contrato social em vigor, devidamente registrado” (artigo 28, inciso III), e, no caso das pessoas físicas, a “cédula de identidade” (artigo 28, inciso I).

A qualificação técnica consiste nas condições do postulante em contratar e executar o objeto do contrato administrativo. O artigo 30 da Lei de Licitações indica que o interessado deverá comprovar a aptidão para o desempenho da atividade, bem como a “indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação” (artigo, 30, inciso II).

A qualificação econômico-financeira “corresponde à disponibilidade de recursos para satisfatória execução do objeto da contratação.”²² O artigo 31

²⁰ JUSTEN FILHO. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, p. 302.

²¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 309.

²² JUSTEN FILHO, op. cit., p. 351.

da Lei de Licitações exige, entre outros documentos, que o postulante apresente “balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício” (artigo 31, inciso I), “certidão negativa de falência” (artigo 31, inciso II).

Assim, da simples análise dos artigos acima, resta extrema de dúvidas que as sociedades em conta de participação, apesar de serem personificadas, de terem a possibilidade de serem registradas em órgãos de registro público e poderem contar com inscrição no cadastro nacional de pessoas jurídicas, conforme demonstrado nas sessões anteriores, não apresentam requisitos jurídicos, econômicos e técnicos mínimos para se habilitarem em processos licitatórios.

Como anteriormente exemplificado, as sociedades em conta de participação não possuem patrimônio próprio e muito menos personalidade jurídica. Assim, não se sujeitam ao processo falimentar, não possuem demonstrativos contábeis, e, ainda, não comprovam a existência de instalações e aparelhamento técnico necessários para o empreendimento.

Ademais, mesmo que não houvesse tais empecilhos legais, ainda assim seria desnecessária qualquer discussão acerca da eventual possibilidade das sociedades em conta de participação participarem de licitações com o objetivo de se tornarem prestadoras de serviços públicos. Isto porque, uma das características essenciais das sociedades em conta de participação é justamente o seu caráter oculto, ou seja, tal sociedade é voltada primordialmente para o seu âmbito interno, de relacionamento entre seus sócios, do que propriamente ao âmbito externo, normalmente desconhecido de terceiros.

Assim, afastada a possibilidade, mesmo que remota, das sociedades em conta de participação firmarem diretamente contratos com a Administração Pública, o que realmente importa no caso é estabelecer as possibilidades e os eventuais riscos da existência ou formação de tal sociedade durante ou após o período licitatório pelo licitante ou, eventualmente, pelo próprio concessionário do serviço público.

Tendo em vista os breves ensinamentos acima, verifica-se que a sociedade em conta de participação atua em seu âmbito externo por intermédio de sua sócia ostensiva, a qual se obrigará pessoalmente perante terceiros e terá que apresentar todos os requisitos mínimos para se habilitar no processo de licitação, e, posteriormente, para contratar com o Poder Público.

Diante disso, no caso da licitação envolvendo transportes coletivos, a empresa licitante e futura contratante deverá ser própria e unicamente a sócia ostensiva, a qual deverá atender todos os requisitos mínimos contidos no edital de convocação, e, também na Lei Geral de Licitações.

Assim, caso saia vencedora do certame, a Administração Pública estará contratando unicamente a sócia ostensiva, e, não a sociedade em conta de participação de que ela, porventura, faça parte.

Dessa forma, surgem indubitavelmente as seguintes perguntas no caso em questão:

- a) O fato da empresa concessionária do serviço público fazer parte, prévia ou posteriormente, de uma sociedade em conta de participação viola de alguma maneira os princípios constitucionais e/ou legais previstos na Lei Geral de Licitações?
- b) A circunstância de existir uma sociedade “oculta” envolvendo a empresa licitante ou concessionária pode prejudicar o seu contrato com a Administração Pública?
- c) A sociedade em conta de participação pode caracterizar a existência de uma forma disfarçada de consórcio entre suas sócias?

Ab initio, há que se esclarecer que a sociedade em conta de participação não pode, de forma alguma, ser confundida com a figura do consórcio prevista nos artigos 278²³ e 279²⁴ da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações).

Isto porque, muito embora ambas as figuras jurídicas em questão não possuam personalidade jurídica e apresentem certa similaridade na sua constituição, não se confundem na prática.

Em verdade, o consórcio trata-se de nítido pacto temporário de coordenação de sociedades ou, no entender de Rubens Requião, “modalidade técnica de concentração de empresas”²⁵ em que seus participantes conservam sua autonomia e personalidade jurídica,²⁶ permanecendo separados os seus patrimônios para o exercício de determinado empreendimento previamente definido. Além do mais, o contrato de constituição do consórcio não pode ser oculto, já que existe determinação legal própria que obriga seu arquivamento.

²³ “Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo. §1º. O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade. §2º. A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio”.

²⁴ “Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo permanente, do qual constarão: I - a designação do consórcio, se houver; II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio; III - a duração, endereço e foro; IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas; V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados; VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver; VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado; VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver. Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada”.

²⁵ REQUIÃO. Curso de direito comercial. v. 1, p. 265.

²⁶ LAZZARESCHI NETO. Lei das sociedades por ações anotada, p. 523.

De mais a mais, tem-se que no caso específico envolvendo as concessões de transporte coletivo, as empresas consorciadas, caso assim autorizadas a atuarem pelo edital de licitação, responderão necessariamente de forma solidária junto à Administração Pública, conforme previsto no art. 33, inciso V,²⁷ da Lei Geral de Licitações.

Corroborando o exposto acima, ou seja, a natural diferenciação entre as sociedades em conta de participação e os consórcios, ressalta Alfredo de Assis Gonçalves Neto que:

Também não se confunde essa sociedade com o consórcio, de que trata a Lei das Sociedades por Ações, já que essa última espécie de associação não é oculta, possui uma administração própria e é considerada como centro de imputação de interesses autônomo para muitas relações jurídicas. Ao contrário do que ocorre com a sociedade em conta de participação, o contrato de consórcio deve ser arquivado na Junta Comercial e publicada na imprensa, devendo nele figurar normas sobre administração, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver (art. 279, inciso VI, e parágrafo único da Lei nº 6.404, de 1976).²⁸

Diante disso, resta superada qualquer dúvida que possa existir acerca da possível similaridade entre a sociedade em conta de participação e o consórcio, não servindo a eventual proibição da participação de consórcio em licitações como óbices a existência e/ou constituição de sociedade em conta de participação pela empresa licitante/concessionária do serviço público.

Da mesma forma, vê-se que, a priori, o fato da empresa licitante já participar de sociedade em conta de participação ou, após a contratação com o Poder Público, constituir tal espécie de ente jurídico não é proibido pela legislação, não viola as regras do edital de licitação ou do contrato administrativo, e, em nada prejudica o ente estatal. Os requisitos de habilitação técnica, jurídica e econômico-financeira sempre serão atendidos única e exclusivamente pela sócia ostensiva, a qual foi devidamente verificada pelo Poder Público.

Ademais, para efeitos de licitação e para o conhecimento de terceiros, não há nenhuma contribuição financeira direta ou de experiência técnica que, formalmente, seja dada pelos sócios ocultos para garantir a habilitação e/ou a vitória da empresa na licitação.

No entanto, diz-se acima “a priori”, pois obviamente a realização do contrato de sociedade não poderá implicar em alteração do contrato social do sócio ostensivo, em transferência de concessão sem prévia anuência

²⁷ “Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (...) V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase da licitação quanto na de execução do contrato”.

²⁸ GONÇALVES NETO, op. cit., p. 182.

do Poder Público ou mudança de controle acionário da concessionária. Além disso, por uma questão de interpretação teleológica e não literal do ordenamento jurídico, a constituição de uma sociedade em conta de participação não pode jamais servir como meio de burlar as regras do regime jurídico da concessão ou os impedimentos definidos pela lei, pelo edital de licitação ou pelo contrato firmado com a Administração Pública.

Assim, o sócio ostensivo (contratante) não poderá firmar sociedade, mesmo que oculta, com alguém que esteja impedido, de qualquer forma, de figurar como sócio de uma concessionária de serviço público de transporte coletivo.

Da mesma forma, a sociedade em conta de participação ou o sócio oculto não podem compartilhar atividades fins da empresa concessionária do serviço público relativas ao cumprimento do contrato de concessão, sem a prévia anuência do Poder Concedente. Pois, além de desnaturar o objetivo da sociedade em conta de participação e acarretar a responsabilidade solidária do sócio oculto por todas as suas obrigações, configurar-se-á hipótese de associação para cumprimento do objeto (atividade fim) da concessão, aplicando-se, nesse caso, o disposto no artigo 78, incisos VI e XI²⁹ da Lei nº 8.666/93, que determina a rescisão do contrato em tais casos.

Por fim, observa-se ainda que o fato da empresa licitante/concessionária fazer parte ou constituir sociedade em conta de participação após o início da vigência do contrato administrativo, em nada fere os princípios vigentes contidos tanto na Constituição Federal quanto na Lei Geral de Licitação, tais como o princípio da "legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos".

De fato, atuando o sócio ostensivo (licitante) da forma proposta no processo licitatório, ou seja, diretamente, sem a interferência de terceiros (nem mesmo seu sócio oculto), sem o objetivo de burlar as normas legais e sem redundar na modificação das condições da concessionária e/ou da concessão, não existirá qualquer ofensa aos princípios citados.

Na realidade, vê-se que se a sociedade em conta de participação for utilizada para os fins pelas quais ela foi concebida, além de não contrariar aos ditames contidos em lei, trará inúmeras vantagens aos seus sócios.

Inicialmente, a sociedade em conta de participação permitirá que o sócio ostensivo obtenha recursos e investimentos para a concretização de suas finalidades contratuais, e, permitirá que seu investidor aplique seu

²⁹ "Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contrato com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato; (...) XI - a alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato".

dinheiro sem ser conhecido e, de certa forma, sem ser molestado por pessoas ou grupos com interesses contrários. Na mesma esteira, vê-se que a simplicidade e a rapidez da constituição³⁰ da sociedade em conta de participação é extremamente vantajosa para a aplicação de recursos por investidores interessados em empregar seu dinheiro sem a burocracia estatal.

Além disso, o fato do sócio oculto (investidor) não ter qualquer responsabilidade perante terceiros, também favorece a constituição e existência de sociedades em conta de participação, revelando-se um atrativo definitivo tanto para aqueles que precisam de sócios investidores e querem se capitalizar, como para as sociedades que buscam aplicar seus recursos em atividades produtivas e lucrativas.

4 Conclusão

Ante o exposto anteriormente, com o objetivo de elucidar as ideias descritas no presente trabalho, conclui-se fundamentalmente que, apesar de não existir uma sistematização que permita de forma inequívoca a utilização ou contratação das sociedades em conta de participação por licitantes ou concessionárias/permissionárias de serviços públicos, em especial na área de transportes coletivos, vê-se que da análise sistemática da doutrina e legislação sobre o assunto não há qualquer vedação neste sentido.

Ao contrário disso, tem-se que a utilização de tal tipo societário em investimentos de vulto, como o usualmente realizado em contratos firmados com a Administração Pública voltados para a área de transportes coletivos, revela-se de grande utilidade não só para a parte que poderá se financiar adequadamente para a melhora na prestação do serviço contratado, como também para o investidor que poderá empregar seus recursos em investimento com certa segurança e de forma altamente rentável.

Aliado a tais fatos, vê-se que a própria população e a Administração Pública também podem ser beneficiadas com o fortalecimento financeiro do concessionário, o que poderá redundar na melhoria dos serviços e na modernização da frota de veículos colocado à disposição dos usuários do sistema de transporte coletivo.

Diante disso, observa-se que, muito embora a matéria exposta no presente trabalho necessite de maiores estudos e discussões do meio jurídico, sua interpretação pode e deve ser realizada sob a luz dos princípios atualmente vigentes na Constituição Federal e na Lei Geral de Licitações, garantindo-se e privilegiando-se o investimento produtivo e a melhoria dos serviços públicos prestados mediante concessão.

³⁰ ALMEIDA, op. cit., p. 194.

Unincorporated Joint Venture and Biddings of Public Transport Concession – Risks and Possibilities

Abstract: This article deals about risks and possibilities for an unincorporated joint venture in a bidding of public transport concession and as mechanism of investments in ongoing concession of public transport utility. This article tries to demonstrate the benefits for users and for Administration when a public concessionaire company creates a partnership with an investor by this Brazilian legal kind of unincorporated joint venture to bring investments and increases the quality of the services offered.

Key words: Unincorporated joint venture. Biddings. Administrative contracts. Concession. Public transport utility. Investments.

Referências

- ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *A sociedade em conta de participação*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- BORBA, José Edwaldo Tavares Borba. *Direito societário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 5. ed. revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000.
- LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MAMEDE, Gladston. *Direito societário: sociedades simples e empresariais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário, regime vigente e inovações do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das sociedades por ações anotada*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.
- WALD, Arnold. *Comentários ao novo código civil: do direito de empresa*. Rio de Janeiro: Forense, v. XIV, livro II, 2005.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SABINO, Carlos Henrique de Mattos. *Sociedades em conta de participação e as licitações envolvendo concessões de transporte coletivo: riscos e possibilidades*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 183-196, jan./mar. 2010.

Recebido em: 12.07.09

Aprovado em: 22.02.10