

**ITECPRO - INSTITUTO DE TECNOLOGIAS DE PROCESSOS
SUSTENTÁVEIS**

Presidente Sr. Adriano Sica de Campos

ASSUNTO: Solicitação de parecer sobre a possibilidade da Formação de um Consórcio de Reciclagem do Paraná.

EMENTA: possibilidade da figura jurídica de um consórcio, administrado por um SPE. Revestimento jurídico, entre uma Central de COOPERTIVAS, uma SA ou mesmo OSCIP (entidade líder); Administração de diferentes tipos de contratos.

RELATÓRIO: Trata-se de consulta formulada pelo presidente do Instituto de Tecnologias de Processos Sustentáveis, Sr. Adriano Sica de Campos que solicita parecer sobre a possibilidade da figura jurídica de um consórcio, administrado por um SPE e o revestimento jurídico, entre uma Central de COOPERTIVAS, uma SA ou mesmo OSCIP (entidade líder) que deverá administrar diferentes tipos de contratos, tais como: a) convênios públicos e privados para execução de projetos de reciclagem; b) contratos públicos para execução de serviços de reciclagem; c) contratos privados para execução de serviços de logística reversa.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO:

Referente à formação do Consórcio: Com a edição da Lei n. 11.079, de dezembro de 2004, que instituiu o regime das Parcerias Público-Privadas (PPPs), veio à tona um instituto da Sociedade de Propósito Específico (SPE).

Observar-se que a SPE tem profunda intimidade com a já conhecida *joint venture* e, também, porém em menor escala, com o consórcio.

De acordo com a lei e em vista de seu campo de aplicação, a SPE está presente em duas operações de considerável relevância para a realidade brasileira, que são: as PPPs e as recuperações judiciais de empresas.

A SPE mantém uma profunda relação com institutos há muito conhecidos dentro e fora do Brasil, que são as chamadas *joint ventures*. Há também certa proximidade com o

consórcio, mas é principalmente a análise das diferenças entre ele e a SPE, e não de suas semelhanças, que proporcionará melhor compreensão do assunto.

De início, pode-se dizer que a estrutura de uma SPE não é inteiramente nova na experiência jurídica brasileira e internacional. Não se quer afirmar que ela já existia com as mesmas características que hoje possui, porém formações similares à SPE já estavam presentes no cotidiano jurídico-empresarial de muitos países, inclusive do Brasil.

Desde 1997, já existe a criação de *consórcio-societário*, de modo que a conjugação empresarial ali elencada se fizesse mediante a constituição de um ente dotado de personalidade jurídica e revestido sob uma das formas de sociedade comercial existentes.

Sabe-se que um consórcio, em si, tem duas características fundamentais: carência de personalidade jurídica distinta da de seus consorciados e união de interesses, recursos e capacitações técnicas visando à consecução de empreendimento específico.

Além disso, constata-se que as consorciadas se obrigam nos estritos limites contratuais, ou seja, a responsabilidade de cada uma está previamente delimitada no contrato consorcial, situação essa que refletirá na exigência por estruturas negociais do tipo de uma SPE. E, apesar de não possuir personalidade jurídica, o consórcio está munido de capacidade negocial e judicial, conforme disposição prévia.

Há, por fim, consórcios de duas modalidades, quais sejam: a) os operacionais, quando o consórcio visa à agregação de meios para a realização de uma finalidade própria; e b) os instrumentais, nos casos em que o consórcio serve precipuamente para contratar obras e serviços com terceiros.

Assim, pode-se afirmar que um *consórcio-societário*, nada mais é do que um consórcio revestido de personalidade jurídica. E uma das consequências dessa personalização é a responsabilização patrimonial. Tal observação terá muita importância, principalmente no campo da segurança jurídico-contratual.

Em 1993, com a promulgação da Lei n. 8.666, que trata basicamente das licitações com a Administração Pública, esta passou a permitir que os licitantes criassem um consórcio entre si, ou melhor, o Estado passou a se contentar com a promessa, por parte dos licitantes, de constituição de um consórcio empresarial de propósito específico, com a destinação da liderança a uma das consorciadas, mas sem a formação de um ente com personalidade jurídica separada das consorciadas. Ou seja, um consórcio de características comuns. A intenção dessa medida, na época, era potencializar a concorrência e exigir, por

extensão, melhor preparo dos licitantes que eventualmente participassem dessa esfera concorrencial.

Entretanto, esse cenário ainda representava grande risco, principalmente para a Administração Pública, pois, no caso de ocorrência de qualquer descumprimento das cláusulas contratuais ou de qualquer incidente que envolvesse responsabilidade civil, por exemplo, o Poder Público poderia acionar, em princípio e diretamente, somente a líder do consórcio, com quem efetivamente celebrou o contrato. Em relação às demais consorciadas, havia certa dificuldade em responsabilizá-las, visto que a responsabilidade estava restrita pelas linhas contratuais. Percebe-se aí a insegurança decorrente da falta de personalidade jurídica do ente consorcial, pois a possibilidade de responsabilização patrimonial das consorciadas apresentava-se, em regra, fortemente reduzida.

Dessa forma, surgiu a Lei n. 9.074, de 1995, posterior e complementar à referida Lei de licitações e à Lei n. 8.987, também de 1995, sendo que o conteúdo desta última faz alusão à prestação e concessão de serviços públicos.

De acordo com a Lei n. 9.074/95, deve haver, no âmbito das operações de licitação, a constituição de um consórcio de natureza instrumental, ou seja, de um consórcio que servirá de meio para estabelecer contato com terceiros (que, no caso, compreendem a Administração Pública), *sendo que (e é aqui que se encontra a inovação!), uma vez vencedor, o consórcio extinguir-se-á a fim de que se constitua, em seu lugar, uma SPE. Enfim, o consórcio vencedor será transformado numa sociedade personalizada e de objetivo determinado.*

Conclui-se, que a Administração Pública brasileira caminha ultimamente na busca por maior credibilidade no tocante à celebração de seus contratos. Diante dos problemas trazidos pela ausência de personalidade jurídica dos consórcios, o Estado passou a determinar a criação de entes personalizados, a fim de maior segurança e transparência quanto à execução do negócio contratado, cuja extensão deve ser específica. Vê-se, portanto, uma postura que se volta para a implantação definitiva das SPEs no cenário brasileiro.

As *Joint ventures*, de origem norte-americana, correspondem a uma associação de pessoas que combinam seus bens, dinheiro, esforços, habilidades e conhecimentos com o propósito de executar uma única operação comercial lucrativa, tendo usualmente, embora não necessariamente, curta duração.

Existem, a saber, duas espécies de *joint venture*: a *agreement* e a *corporation*. Esta, ao contrário daquela, realiza seu empreendimento mediante a constituição de nova pessoa jurídica, de objetivo específico. Seria o chamado **consórcio-societário**, referido anteriormente. Pode-se adiantar que é com a *joint venture corporation* que a SPE guarda profunda conexão e similitude.

A *joint venture* não compreende uma forma legal de associação societária prevista na legislação nacional. Sendo assim, a sua constituição dar-se-á sob o manto de qualquer um dos modelos societários personificáveis, caso de uma sociedade anônima (S/A) ou de uma limitada (Ltda.). E é justamente esse revestimento que fornecerá à *joint venture corporation* personalidade jurídica. Isso porque tal instituto, em si, é despersonalizado.

O número mínimo de participantes de uma *joint venture* é, obviamente, 2 (dois), não havendo, por outro lado, uma fixação quanto ao número máximo. Porém, é comum observar que esse instituto não comporta grande número de membros. Estes, por sua vez, podem ser tanto **peçoas jurídicas como peçoas físicas**. Isto é, o contrato poderá ser estabelecido entre peçoas jurídicas ou entre uma peçoas jurídica e uma física (ou mais de uma). **A participação de peçoas físicas não é usual; porém, inexistem impedimentos plausíveis.**

As características relativas à SPE estão muito próximas da já mencionada *joint venture corporation*. Não há praticamente diferenças. Existe verdadeira unanimidade doutrinária em colocar a SPE como espécie de desdobramento da *joint venture*, num processo de evolução. Seria um verdadeiro exemplar da citada *corporation*.

Diante disso, mostra-se importante a enumeração das principais características de uma SPE: 1) tem por base a chamada *joint venture*; 2) não constitui um novo modelo societário; 3) deve revestir-se por meio de tipo societário personificável, que lhe conferirá personalidade jurídica; 4) é formada pela reunião de peçoas, sejam elas físicas ou jurídicas; 5) nela conjugam-se interesses, recursos e habilidades; e 6) tem por finalidade a execução de atividade específica e determinada.

Ressalta-se ainda que referente a contratação de parceria público-privada o *caput* do art. 9º da Lei n. 11.079/04 estabelece que, antes da celebração do contrato, deverá ser constituída uma SPE, cuja função será implantar e gerir o objeto da parceria. Ou seja, a SPE será formada entre a entrega do objeto do certame ao vencedor e a assinatura do contrato, sendo que ela, e aqui está um dado importante, figurará como parte. O

parceiro privado em si, vencedor da licitação, não aparecerá como parte contratual, mas, sim, a SPE.

Referente às Organizações da Sociedade Civil: Em 2014 foi editada a Lei nº 13.019 a fim de estabelecer regras gerais aplicáveis a todos os entes federados, para as parcerias firmadas entre a Administração Pública e quaisquer OSC. Diferentemente do que ocorre quanto às Leis nº 9.637/1998 e 9.790/1999, que estabelecem os critérios para a qualificação de entidades sem fins lucrativos, no âmbito federal, como OS e OSCIP, a Lei nº 13.019/2014 estabelece regras gerais para a efetivação de parcerias voluntárias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, aplicável a toda a Administração, direta e indireta, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, estando compreendida na competência da União para legislar sobre normas gerais de contratação, prevista no artigo 22, XXVII da Constituição Federal. Uma vez que cabe à União editar apenas normas gerais sobre contratação, nada impede que Estados, Distrito Federal e Municípios editem normas específicas para as suas parcerias, contanto que não contrariem as normas da Lei nº 13.019/2014.

Assim, a Administração qualifica uma entidade filantrópica como OS ou OSCIP, no âmbito da respectiva esfera de governo, por ato administrativo. A partir daí a Administração firmará contrato de gestão ou termo de parceria com a entidade já qualificada como OS ou OSCIP, respectivamente.

A *Lei nº 13.019/2014, de forma diversa*, não prevê qualquer qualificação formal da entidade como OSC. A referida lei apenas dispõe que se considera: Organização da sociedade civil: *pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva*. A partir daí, trata a lei de definir regras gerais para as parcerias voluntárias que venham a ser firmadas com qualquer entidade considerada OSC, preocupando-se em definir critérios rígidos de fiscalização, controle e prestação de contas referentes a essas parcerias.

A lei das OSC dispõe expressamente que suas normas não são aplicáveis aos contratos de gestão firmados com as OS federais e que são aplicáveis, no que couber, aos termos de parceria firmados com as OSCIP federais, ou seja, a Lei nº 13.019/2014 se aplica de forma subsidiária à OSCIP (que é, na verdade, uma espécie de OSC), no que não contrariar a Lei nº 9.790/1999.

Vê-se, portanto, que o objetivo do governo é incentivar as OS, e não fiscalizá-las. *As OSC não poderão exercer “funções de regulação, de fiscalização, do exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas do Estado” (atividades que só podem ser exercidas por pessoas jurídicas de direito público), nem prestar serviços “cujo destinatário seja o aparelho administrativo do Estado” (uma vez que as OSC devem prestar serviços sociais à comunidade, e não ao Poder Público), “serviços de consultoria” ou “apoio administrativo”.*

O vínculo jurídico formado entre a Administração e a OSC pode ser de dois tipos, quais sejam, o termo de colaboração e o termo de fomento, conforme definição legal: O termo de colaboração deve ser adotado pela administração pública em caso de transferências voluntárias de recursos para consecução de planos de trabalho propostos pela administração pública, em regime de mútua cooperação com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público. O termo de fomento deve ser adotado pela administração pública em caso de transferências voluntárias de recursos para consecução de planos de trabalho propostos pelas organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação com a administração pública, selecionadas por meio de chamamento público. Conforme se percebe, a única diferença entre eles é que, no primeiro caso, a parceria é proposta pela Administração, e no segundo caso a parceria é proposta pelas organizações da sociedade civil. Em ambos os casos, no entanto, será necessária uma espécie de procedimento licitatório específico para a escolha da OSC, denominada chamamento público.

CONCLUSÃO: Assim, diante do que foi sucintamente exposto, o parecer é pela constituição de uma *joint venture* no lugar de um *consórcio*, tendo em vista que a *joint venture* (que nada mais é do que uma SPE) terá personalidade jurídica e os sócios pessoas físicas e jurídicas. A *joint venture* poderá participar de licitações públicas fazendo parcerias com o poder público e também com instituições privadas, inclusive com SCP. No

que tange OSC já constituída esta deverá fazer parcerias diretas através de contratos de colaboração ou de fomento com o poder público.

É o parecer.

São Paulo, 19 de novembro de 2015.

Maria Bernadete Miranda

OAB/SP 83.873