



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO À CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
COORDENAÇÃO-GERAL DE MATÉRIA DE CONTROLE E SANÇÃO

PARECER n. 00312/2019/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.101061/2018-31

**INTERESSADOS: COORDENAÇÃO-GERAL DE RESPONSABILIZAÇÃO DE ENTES PRIVADOS DO
MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA - COREP/CGU E OUTROS**

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

EMENTA: 1. Direito Administrativo Sancionador. 2. Consulta acerca da possibilidade de sociedade de propósito específico ser considerada como sujeito ativo e passivo de infração capitulada na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. 3. Sociedade de Propósito Específico não compõe a Administração Pública. 4. Possibilidade de a Controladoria-Geral da União instaurar Processo Administrativo de Responsabilização nos casos em que a sociedade de propósito específico for sujeito ativo ou passivo de infração prevista na Lei Anticorrupção. 5. Possibilidade de celebração de acordo de leniência nos casos que envolvam sociedade de propósito específico. 6. Sociedade de propósito específico como sujeito passivo das infrações desde que o Estado detenha o controle material da sociedade, na forma do artigo 116, da Lei das Sociedades Anônimas.

Senhor Coordenador-Geral de Matéria de Controle e Sanção,

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta oriunda do Gabinete do Ministro, realizada por meio de mensagem eletrônica (Sei nº 0609739), sobre a competência ou não da Controladoria-Geral da União instaurar e julgar Processo Administrativo de Responsabilização - PAR - em relação a empresas contratadas por meio de Sociedades de Propósito Específico - SPE-, constituídas para realizar obras ou serviços públicos.

2. De forma subsequente à consulta, foi elaborada a Nota Técnica nº 222/2018/COREP/CRG (Sei nº 0610964) pelo Corregedor-Geral da União, em que se concluiu no sentido de que *"na hipótese de ocorrer a prática de atos lesivos em desfavor de uma SPE materialmente controlada pela Administração Pública, a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas envolvidas nas irregularidades pode e deve ser investigada em eventual acordo de leniência a ser celebrado ao amparo na Lei nº 12.846/2013."*

3. De forma complementar, após provocação do Senhor Corregedor-Geral da União, foi elaborada a Nota Técnica nº 428/2018/COREP/CRG (Sei nº 0631290), em que se concluiu que a Sociedade de Propósito Específico poderia também figurar como agente ativo da prática de ato previsto como infração na Lei Anticorrupção:

4.7. Nesse sentido, caso uma SPE pratique um ato lesivo contra a administração pública nos termos da Lei Anticorrupção, considera-se que poderá ser responsabilizada administrativamente, seja controlada ou não pelo poder público.

4.8. Não sendo controlada, tratar-se-á de uma pessoa jurídica de direito privado sujeita aos ditames da referida Lei. Na hipótese de se tratar de uma SPE materialmente controlada pela Administração Pública e, portanto, caracterizada como sociedade de economia mista de fato, a Lei 13.303/2016 estabelece em seu artigo 94, que a ela se aplicam as sanções previstas na Lei nº. 12.846/2013.

4.9. Considera-se, portanto, não haver dúvidas quanto à possibilidade de responsabilização de uma SPE com base na Lei Anticorrupção^[2], ao mesmo tempo em que uma sociedade desse tipo poderá ser figurar no polo passivo da demanda, consoante minuciosamente analisado na Nota Técnica nº. 222 (SEI nº. 0610964).

4. Após, os autos foram encaminhados a esta Consultoria Jurídica para manifestação.

5. É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

**DA NATUREZA JURÍDICA DAS SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO NO ÂMBITO
DA LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004.**

6. As sociedades de propósito específico são sociedades cuja criação foi prevista no marco legal, representado pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que estabeleceu a possibilidade de celebração de Parcerias Público-Privadas entre empresas privadas e a Administração Pública.

7. A sociedade de propósito específico deverá ser constituída para implantar e gerir o objeto da parceria público-privada estabelecida. Com efeito, a SPE é regida mais especificamente pelo artigo 9º, da Lei nº 11.079, de 2004, nos seguintes termos:

Capítulo IV

DA SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

§ 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

§ 2º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.

§ 3º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

§ 4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.

§ 5º A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.

8. Na doutrina, Marçal Justen Filho^[11] definiu, também amparado em entendimento do Tribunal de Contas da União, sobre a natureza da Sociedade de Propósito Específico. Vejamos a conceituação dada sobre a natureza da SPE:

"A condição de parceiro privado será assumida necessariamente por uma sociedade de propósito específico (SPE), que deverá ser constituída pelo licitante vencedor previamente à formalização do contrato do PPP.

A SPE é constituída usualmente sob a forma de sociedade anônima. Sua característica essencial é a restrição de sua atuação exclusivamente ao objeto de uma contratação determinada. Essa solução destina-se a impedir que os recursos provenientes da PPP sejam utilizados para outros fins ou que obrigações originadas por outros empreendimentos afetem a execução da PPP. A Lei nº 13.097/2015 alterou a redação da Lei 11.079/2004, tornando mais flexível a satisfação de credores da SPE."

9. Em seguida, o doutrinador cita trecho do Acórdão nº 2.609/2011 - Plenário, do Tribunal de Contas da União, que também traz definições acerca da SPE:

"(...)11. As SPE, embora só possuam menção genérica na Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2004), vêm sendo largamente aceitas em nosso ordenamento jurídico na estruturação de negócios.

12. As principais características de uma SPE é que esta deve ser constituída para a execução de projeto específico, delimitado com precisão. Reveste-se de uma das formas de sociedade previstas no ordenamento jurídico pátrio e responde pelos direitos e obrigações decorrentes da realização das atividades empresariais para as quais foi constituída, podendo, inclusive, ser acionada em juízo. Permite isolamento das outras atividades comerciais dos acionistas controladores e acesso direto e menos complicado aos ativos e recebíveis do empreendimento pelos agentes financiadores, nos casos de inadimplência."

10. Em suma, portanto, o conceito dado pela Lei, doutrina e Tribunal de Contas da União pode-se resumir em uma sociedade que pode assumir qualquer feição social, mas que usualmente é uma companhia aberta. Além disso, referida sociedade deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento, **bem como ficará vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo, pois do contrário, tal sociedade seria uma empresa pública ou sociedade de economia mista.**

11. Obviamente, apenas excepcionalmente, no caso de inadimplemento de contratos de financiamento, a Administração Pública (leia-se: empresas públicas e sociedades de economia mista que sejam instituições financeiras, na forma do artigo 4º, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967^[21] c/c parágrafo 5º, do artigo 9º, da Lei nº 11.079, de 2004), poderão ser controladoras das Sociedades de Propósito Específico, visto que existe vedação legal para tal controle pelo parágrafo 4º, do artigo 9º, da Lei nº 11.079, de 2004.

DA QUESTÃO DO CONTROLE ACIONÁRIO DA SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO E DO PERTENCIMENTO OU NÃO DA SPE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

12. A Lei das PPP's estabelece que o controle acionário da SPE será do parceiro privado. Portanto, seja de acordo com a Lei nº 11.079, de 2004, seja de acordo com o Decreto-Lei nº 200, de 1967, ou, ainda, de acordo com a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, a SPE não poderá ser considerada como uma sociedade de economia mista ou como uma empresa pública. Vejamos as definições legais:

Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967

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

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

II - **Empresa Pública** - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. [\(Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969\)](#)

III - **Sociedade de Economia Mista** - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. [\(Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969\)](#)

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. [\(Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987\)](#)

§ 1º No caso do inciso III, quando a atividade for submetida a regime de monopólio estatal, a maioria acionária caberá apenas à União, em caráter permanente.

§ 2º O Poder Executivo enquadrará as entidades da Administração Indireta existentes nas categorias constantes deste artigo.

§ 3º As entidades de que trata o inciso IV deste artigo adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações. [\(Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987\)](#)

Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016

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

Parágrafo único. Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 4º **Sociedade de economia mista** é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

§ 1º A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na [Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976](#), e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação.

§ 2º Além das normas previstas nesta Lei, a sociedade de economia mista com registro na Comissão de Valores Mobiliários sujeita-se às disposições da [Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976](#).

13. A doutrina de Marçal Justen Filho^[3] também se manifesta acerca das sociedades com participação estatal minoritária. Em sua análise, o doutrinador estabelece que referidas sociedades não pertencem à Administração Pública. Vejamos:

Admite-se que a Administração Pública participe como sócia, ainda que de modo indireto, de sociedade privada, sem deter o seu controle. Há casos em que sociedade estatal é sócia minoritária no capital de empresa privada. Essa é uma situação excepcional, não prevista no Dec.-lei 200/1967, mas utilizada com frequência crescente pelo Estado brasileiro.

A sociedade com participação estatal minoritária não integra a Administração Pública e se subordina ao direito privado.

26.1 Definição

Sociedade com participação estatal minoritária é uma pessoa jurídica de direito privado sob controle de particulares, sujeita a regime de direito privado, de cujo capital participa minoritariamente um ente estatal.

[...]

26.4.

A opção que se tem reputado mais adequada é a de constituição de uma sociedade anônima, cujo capital votante se encontra na titularidade da iniciativa privada. Uma participação minoritária é atribuída a uma sociedade estatal. Deve surgir, então, uma sociedade de propósito específico (SPE), que é um instrumento para o Estado fomentar atividades consideradas relevantes para a economia nacional. Há um acordo de acionistas assegurando ao sócio estatal a indicação de parte dos administradores além de outros poderes jurídicos diferenciados. Algumas decisões dependem de quórum diferenciado, o que permite ao sócio estatal impedir práticas reputadas incompatíveis com os interesses coletivos.

A SPE com participação estatal minoritária não integra a Administração Pública, não desempenha atividade administrativa e não está sujeita aos controles de direito público. Os seus capitais não são públicos e não pode ser sujeita ao controle externos do Tribunal de Contas e de outros órgãos de fiscalização das sociedades estatais.

14. Desse modo, diante de uma interpretação literal e lógica, bem como de acordo com a doutrina, na forma do artigo 4º do Decreto-Lei nº 201, de 1967, **a SPE não faz parte da Administração Pública.**

15. Ademais, a Lei das Sociedades Anônimas também traz regras acerca do controle exercido em uma S.A., que também é perfeitamente aplicado em uma sociedade de economia mista. Com efeito, o artigo 116, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 dispõe o seguinte:

Acionista 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.

Art. 116-A. O acionista controlador da companhia aberta e os acionistas, ou grupo de acionistas, que elegerem membro do conselho de administração ou membro do conselho fiscal, deverão informar imediatamente as modificações em sua posição acionária na companhia à Comissão de Valores Mobiliários e às Bolsas de Valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, nas condições e na forma determinadas pela Comissão de Valores Mobiliários. [\(Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001\)](#)

16. Por outro lado, a doutrina também tem se debruçado sobre os casos em que a Administração Pública, a par de não deter a maioria do capital votante de uma SPE, detém o controle informal da sociedade com poderes societários que, na prática, lhe dão direitos que teria se realmente tivesse a maioria do capital votante. Tais práticas realizadas por empresas estatais acabam por ser uma burla à lei já que acabam por criar sociedades estatais de fato sem obediência à ritualística legal. Vejamos o entendimento de Alexandre Santos de Aragão^[4] sobre o tema:

3. Regime jurídico e sistemas de controle

Qualquer que tenha sido o móvel da participação do Estado, a empresa público-privada se diferencia das sociedades de economia mista definidas pelo art. 5º, III, do Decreto-Lei 200/1967, pois essas são apenas as empresas nas quais o Estado possui mais da metade das ações com direito a voto.

Não sendo sociedade de economia mista, e muito menos empresa pública, não integra a Administração Indireta. É, dessa forma, sociedade anônima ordinária, sujeita inteiramente ao Direito Privado.

De toda sorte, os atos do sócio público em relação a ela deverão atender aos princípios da Administração Pública (art. 37, CF),¹⁸ que incidirão com intensidade proporcional à maior ou menor influência que o Estado tenha sobre a empresa, bem como as práticas de governança e fiscalização exemplificativamente enumeradas pelo § 7º do art. 1º do Estatuto das Estatais para essas participações.

A posição de influência do Estado sobre as empresas público-privadas pode ser de duas intensidades.

Em uma **primeira posição de influência**, teríamos **as empresas público-privadas controladas de fato pelo Estado. Nelas o Estado não detém o controle no conceito do Decreto-Lei 200/1967, mas o detém no conceito da Lei das S.A.: não detém a maioria do capital votante, mas exerce de fato o controle, seja por acordo de acionistas, golden share com muitos poderes, ou em razão de as ações da**

empresa estarem pulverizadas de tal maneira que o Estado, mesmo com uma participação percentualmente pequena, é o único acionista individualmente considerado que comanda a empresa.¹⁹

Como o que importa para a integração à Administração Indireta é o conceito de controle do Decreto-Lei 200/1967, **essas empresas não são sociedades de economia mista, continuando empresas público-privadas.**

Todavia, não se pode deixar de considerar que **quem as comanda efetivamente é o Estado, de maneira que devem ser observados os princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública, constantes do art. 37 da Constituição Federal.**

Isso não significa que ela tenha o dever de licitar ou de realizar concursos públicos, como se fora uma autêntica sociedade de economia mista, já que seu regime jurídico permanece sendo integralmente o de direito privado.²⁰ Nelas o Estado não tem a maioria do capital votante, critério principal do Decreto-Lei 200/1967 para a conceituação das sociedades de economia mista.

As empresas público-privadas de fato controladas direta ou indiretamente pelo Estado se encontram no meio do caminho entre as sociedades nas quais o Estado sem autorização legislativa possui a maioria do capital votante e as sociedades nas quais o Estado possui apenas a participação minoritária, sem qualquer controle. Como o controle de fato é exercido por entidade da Administração Pública, seus atos devem pelo menos estar orientados pelos princípios que regem a atuação estatal.

Não é muito diferente do que acontece com as parceiras estatais do terceiro setor, entidades privadas, não integrantes da Administração Indireta, que exercem funções de relevância pública recebendo recursos públicos para tanto, **trazendo a incidência dos princípios gerais da Administração Pública sobre essas entidades.**²¹

Nessa esteira, ainda que não subsista a obrigação de licitar para celebração de contratos, será necessária a realização de alguma forma de procedimento minimamente objetivo na escolha do contratado, respeitando a isonomia, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

A **segunda posição de influência** que o Estado pode ter seria a das **empresas público-privadas em sentido restrito**, em que o Estado tão somente participa minoritariamente do seu capital social, sem exercício do poder de controle, seja no sentido do Decreto-Lei 200/1967 (conceito formal de controle, que é que define as sociedades de economia mista), **seja no da legislação societária (conceito empírico de controle, que é o presente na primeira posição de influência acima analisada).**

Mesmo aqui, **dentro dessa segunda posição**, pode ainda haver **três gradações**: a **participação minoritária simples**, a **participação minoritária qualificada** e o **controle compartilhado**.

A **primeira gradação** seria a da simples participação minoritária, pela qual o Estado apenas detém uma quantidade do capital social votante inferior a 50% e não exerce sobre ela qualquer poder especial além daquelas prerrogativas asseguradas pela legislação societária aos sócios minoritários, conforme sua participação no capital social.

Na **segunda gradação** a participação do Estado já se intensifica qualitativamente – daí a chamarmos de participação minoritária qualificada –, **quando a Administração (aí incluídas as estatais), malgrado seja minoritária, possui instrumentos especiais de direito societário, como um acordo de acionistas ou uma golden share, que lhe dá poderes além dos assegurados a qualquer sócio pela legislação societária, mas sem que deixe de ser um acionista minoritário ou assuma parte do controle da sociedade.**

Carlos Ari Sundfeld *et al.*, cuidando de hipótese semelhante, ainda que adotando terminologia diversa, destacam, ao interpretar o art. 24, XXIII, da Lei 8.666/1993,²³ que

“(…) por ‘controlada’ há que se interpretar outra coisa. Trata-se de empresa não estatal cujo capital votante pertença majoritariamente a pessoas físicas ou a empresa não estatal – à iniciativa privada, portanto – **e minoritariamente a uma empresa estatal, sendo essa participação minoritária, todavia, relevante, de modo a assegurar à acionista minoritária estatal certo grau de compartilhamento do poder de controle, em regra disciplinado por acordo de acionistas.** Essa é a empresa ‘controlada’ para os fins do art. 24, XXIII, da Lei de Licitações. **É, em suma, uma empresa semiestatal.** Veja-se que a participação da empresa estatal na sua ‘controlada’ resulta **em mero compartilhamento, mas não em domínio absoluto do controle da empresa investida. Não tem o condão de transformar esta outra numa empresa estatal também – sua ‘subsidiária’ – mas apenas de assegurar influência singular sobre a sua gestão, mantendo-a privada (do setor privado), não estatal. Daí não se tratar de empresa estatal, mas de semiestatal.**”²⁴

Especificamente quanto à submissão dessas empresas à dispensa de licitação prevista no art. 24, XXIII, da Lei 8.666/1993, entendemos que teriam que incidir pelo menos no conceito de “controlada” da legislação societária. Não chegando essa participação societária da estatal a lhe dar o controle, não parece poderem ser beneficiárias da dispensa ali inscrita. Poderiam, a depender de cada caso concreto, ser objeto de inexigibilidade de licitação nos termos do caput do art. 25 da Lei 8.666/1993, até porque também militarão em favor desta as sinergias que provavelmente advirão da contratação de uma empresa do grupo econômico da estatal, ainda que sua participação não seja como controladora, e os dividendos que essa contratação irá lhe gerar como sócia e concomitantemente contratante da empresa público-privada.²⁵

A **terceira gradação** diz respeito ao exercício do controle compartilhado.

“Às vezes um grupo de acionistas se organiza, passando a exercer em conjunto o controle da sociedade. O poder assim ordenado tanto poderá resultar no controle majoritário, como no minoritário. (...) A constituição do grupo de controle encontrará no 'acordo de acionistas' o instrumento de sua formalização, mas, em muitos casos, fundar-se-á exclusivamente em uma situação de fato. Ora, basta que alguns acionistas se articulem, em função de determinados interesses comuns, para que acumulem o poder de fato consequente à conjugação de suas ações.”²⁶

Aqui, devemos tomar o devido cuidado para não confundir o controle compartilhado, no âmbito de empresas público-privadas, com a mitigação do controle acionário do Estado, fenômeno que vem conferindo maior participação na gestão ao sócio privado minoritário (eventualmente pode chegar (a nosso ver indevidamente) ao compartilhamento do controle da sociedade de economia mista).

Há uma linha tênue que separa as duas hipóteses, que consiste na posição prévia (antes, teoricamente, da mitigação do poder de controle ou do seu exercício compartilhado) do Estado em relação ao exercício do poder de controle.

Na mitigação do controle acionário estatal sobre sociedades de economia-mista, o Estado ocupa o centro de gravidade do poder de controle, detendo metade mais uma das ações com direito a voto, apenas oportunizando que determinados acionistas particulares participem mais ativamente da gestão da companhia – de modo a atrair maiores investimentos particulares ou se beneficiar da expertise do ator privado. Não se descaracteriza, contudo, o que se trata, nominal e formalmente, de uma sociedade de economia mista.

Ao contrário, o controle compartilhado na empresa público-privada segue o caminho inverso, em que o Estado, acionista minoritário e, portanto, sem qualquer poder de controle, alcança, normalmente via acordo de acionistas, o compartilhamento desse poder com o acionista controlador ou outro minoritário que com ele venha a formar um bloco de controle (por exemplo, estabelecendo que todas as decisões devem ser tomadas por unanimidade entre todos os acionistas).

É preciso atentar, tanto na hipótese de participação minoritária qualificada quanto na de exercício compartilhado do controle (duas últimas gradações acima), para os casos em que, ultrapassando os lindes conceituais e a teleologia dessas modalidades de participação societária, o Estado chega a exercer de fato o controle no sentido da legislação societária, comandando e ditando as diretrizes da empresa público-privada.

Caso isso ocorra, todo esse arcabouço societário possa vir a ser considerado na prática como fraude pelos órgãos de controle, como um subterfúgio em desvio de finalidade para se ter materialmente uma sociedade de economia mista, mas sem precisar se sujeitar às normas procedimentais e de controle a elas aplicáveis, como as de licitações, concursos públicos etc. Materialmente se enquadrarão é na primeira posição de influência acima vista, das empresas público-privadas controladas de fato pelo Estado.

É nessa esteira que afirma Filipe Guedes, em dissertação sobre a participação minoritária do Estado em empresas privadas:

“Ocorre que, na prática, a existência de um efetivo controle compartilhado, com 'paridade absoluta' ou direção conjunta é de difícil verificação. A delimitação desse compartilhamento é tão difícil que, normalmente, o que se observa é que o tal controle compartilhado não é efetivamente compartilhado, pois determinados poderes de um acionista se sobressaem sobre os dos outros, ou seja, sempre pendem com mais força para um dos lados, ainda mais quando observamos que um dos ditos co-controladores é uma pessoa jurídica vinculada ao Estado. Desse modo, o que acaba ocorrendo é que o sócio privado assume o papel de “mero expectador da gestão estatal”, atuando, de fato, como um simples sócio investidor, satisfazendo-se em ter uma participação figurativa no controle e apenas colher os benefícios financeiros de ser parceiro estatal. Nessas hipóteses, é o Estado quem detém a aptidão de comandar, em última instância, as atividades empresariais. Trata-se de verdadeiro controle societário estatal disfarçado, sendo a participação pública minoritária ou paritária no capital da empresa apenas uma forma de burla ao regime jurídico aplicável às sociedades empresárias controladas pela Administração Pública.”²⁷

Nos referimos aos casos concretos em que ficar comprovado que a intenção do Estado seria mesmo controlar formalmente a empresa, tendo 50% mais uma das ações com direito de voto. Porém, sabe que, se assim proceder, a empresa privada passará a ser considerada sociedade de economia mista, sujeita às normas incidentes sobre essa espécie de entidade da Administração Indireta. Opta então por ter uma participação que não chegue a 50%, mas com poderes societários que, de fato, lhe deem os poderes que teria se realmente tivesse a maioria do capital votante.²⁸

A nosso ver, ainda que a participação do Estado seja bastante fortalecida por atos negociais societários, para não poder ser cogitada a configuração de um desvio de finalidade, deve haver no máximo o controle compartilhado entre o Estado e o sócio privado. Se chegar a lhe dar o controle propriamente dito da companhia, no sentido empírico da Lei das S.A., passarão a lhe ser aplicados os princípios da Administração Pública.

Feitas essas ressalvas, em quaisquer das três hipóteses da segunda gradação de influência (participação minoritária simples, participação minoritária qualificada e controle compartilhado), o Estado não terá poder de controle sobre a companhia, **sendo, quando muito, um minoritário integrante do bloco de controle compartilhado.** Nestes casos, observado o exposto acima, não restarão configurados nem o critério objetivo de maioria das ações ordinárias com direito a voto do Decreto-Lei 200/1967, nem o critério material da Lei das S.A., ficando fora de dúvida a natureza privada dessas empresas com participação minoritária estatal.

Com isso, o seu regime jurídico é integralmente o de direito privado, sem os hibridismos das estatais, nem a mitigada aplicação dos princípios da Administração Pública das empresas público-privadas da primeira posição de influência estatal vistas acima, sendo despidendo a licitação, o concurso público e a prestação e controle de contas.

O que não pode ser confundido é a natureza inteiramente privada da empresa com a vontade que os agentes da Administração Pública, geralmente de estatais, manifestarem em seu seio (por exemplo, ao votar em seu conselho de administração), que é uma vontade do Estado ou de uma empresa estatal e, como tal, jamais poderá ser inteiramente livre, como se da vontade de um particular se tratasse.

17. Portanto, verifica-se que a doutrina vislumbra a possibilidade de constituição de sociedade estatal de fato, nos casos em que, mesmo a Administração detendo capital social minoritário na SPE, a Administração exercer o controle de fato da sociedade, seja por meio de *golden share* ou em razão da pulverização das ações na mão do Estado^[5] de modo a, na prática, levar o Estado a ser o controlador da sociedade.

18. Nesse casos, há precedentes do Tribunal de Contas da União admitindo sua competência para o exercício da função de controle sobre referidas empresas, bem como admitindo a aplicação de alguns ônus inerentes à Administração Pública a referidas sociedades, mesmo que ela tenha participação acionária minoritária da Administração. Vejamos trechos do Acórdão nº 1.344/2015-Plenário:

Diante de todos os elementos acima enumerados, a alegação de que o projeto Gasene estaria sob a responsabilidade exclusiva da TGS não merece prosperar.

Pelo contrário, ante o exposto nos autos, chega-se à conclusão de que a responsabilidade pelo projeto recai exclusivamente sobre a Petrobras, de sorte que, nesse cenário, o debate sobre a existência, ou não, de controle acionário direto ou indireto por parte da Estatal passa a se constituir em questão meramente incidental, na medida em que a relação de comando e controle entre as sociedades vai além da mera tutela formal em porcentagem de ações, sobretudo quando se verifica que a TGS integra provisória ou permanentemente o patrimônio da [REDACTED]

[...]

Os elementos elencados nestes autos e acima resumidos evidenciam, de forma categórica e incontestada, que, a despeito dos arranjos efetivados para viabilizar o projeto, **a [REDACTED] é a pessoa jurídica que efetivamente atua como responsável pelo [REDACTED] constituindo a TGS, nesse arranjo, nada mais do que um órgão de natureza contábil da própria Estatal, responsável apenas pela realização de pagamentos”, consoante destacou a Sefid.[...]**

Destarte, corroborando as impressões externadas pelo Relator no âmbito do Acórdão 2.609/2011-Plenário, e resumindo todos os aspectos examinados nestes autos, pode-se concluir que os **fatos jurídicos efetivamente realizados no plano da existência devem servir de baliza para a efetiva aplicação da norma jurídica, não podendo ser esquecidos ou afastados pelo mero uso formal de uma sutil engenharia jurídico-financeira, sobretudo quando, dentre os propósitos, figura o de tentar afastar o exercício constitucional pelo TCU do controle externo financeiro sobre a administração da coisa pública.**

Diante disso, a presença da [REDACTED] como protagonista dos atos relacionados com o [REDACTED] define a natureza do regime jurídico que deve pautar todas as relações jurídicas envolvendo o projeto em apreço, bem como passa a servir de parâmetro para a análise de todas as questões trazidas aos autos, assim consideradas **(i) o alcance da jurisdição do TCU sobre os atos da [REDACTED] (ii) a sujeição dessa SPE ao princípio da licitação e aos mandamentos da LDO-2008, (iii) a inexistência de composições analíticas de preços unitários dos serviços dos contratos, (iv) a falta de critério de aceitabilidade de preços unitários das planilhas de preços unitários, e (v) a falta de justificativas para os preços constantes dessas planilhas acima dos praticados no mercado, do mesmo modo que serve de referência para as considerações sobre a responsabilização dos gestores ouvidos em audiência.**

Sem prejuízo das considerações a seguir sobre essas questões, adianto que, tendo por evidente essa relação em que a [REDACTED] atua como responsável pelo [REDACTED] e a [REDACTED] funciona apenas como um mero “apêndice” da Estatal, é possível concluir que, se a [REDACTED] se submete ao controle externo exercido pelo TCU e tem por dever legal observar as regras licitatórias, bem como as informadas pela LDO, o mesmo deve se aplicar, no presente caso concreto, por analogia, à [REDACTED] incluindo aí os aspectos ressaltados nos subitens (iii) a (v) do parágrafo anterior.

19. Veja-se que o TCU equiparou, no caso concreto, a SPE a uma empresa estatal, considerando

possível a criação, ilegal, de uma sociedade estatal de fato, o que atrairia a competência da Corte de Contas, bem como regras constitucionais inerentes às estatais. Tal entendimento foi repetido no Acórdão nº 1.220/2016 – Plenário, citado na Nota Técnica nº 222/2018/COREP/CRG(Sei nº 0610964):

4. O exercício pelo Estado da preponderância do poder de controle numa empresa público-privada importa na sua caracterização como sociedade de economia mista de fato. O Estado não pode adotar técnicas societárias com a finalidade de burlar o regime constitucional aplicável às empresas estatais. 5. Para fins de aplicação do art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/1993, entende-se por controlada a empresa em que a União, direta ou indiretamente, detenha a preponderância pela titularidade de direitos de sócio que lhe assegurem o domínio nas deliberações sociais ou o poder de eleger a maioria dos administradores.

20. A doutrina de Marçal Justen Filho^[6] também admite a existência das sociedades estatais de fato, definidas da seguinte forma:

Existem casos concretos de sociedades estatais de fato, inclusive surgidas em momento anterior à vigência da CF/1988. São empresas privadas sob controle estatal, cuja criação não atendeu ao princípio da legalidade. Foram instituídas tal como se o Estado pudesse atuar de modo semelhante aos particulares ou resultaram das circunstâncias (tal como a hipótese de herança vacante, abrangendo participações em sociedades privadas). Apesar dessa irregularidade inicial, tais empresas acabam exercendo atividades de modo contínuo, gerando relações jurídicas de direito privado.

[...]

Um sociedade estatal criada de fato integra a Administração Pública, sujeitando-se ao regime próprio das sociedades estatais regulares. Identificada a situação de irregularidade, é dever jurídico da autoridade competente adotar providências destinadas a reconduzir a entidade no âmbito da licitude. Se for verificado o descabimento da sua existência, surge o dever jurídico de promover a sua extinção, com a prévia liquidação de todas as suas obrigações. Deverá dar-se um destino ao seu patrimônio. Entendendo-se viável a manutenção da existência da entidade, caberá a edição de lei autorizando as providências necessárias e adequadas à sua regularização.

[...]

Por outro lado, não é cabível reputar que a sociedade controlada criada irregularmente não teria natureza administrativa e nem se sujeitaria às imposições adotadas pelas sociedades estatais regulares. Segundo esse enfoque, a sociedade irregular não integraria a Administração pública. Esse entendimento é descabido e equivale a produzir um resultado que não poderia ser obtido nem mesmo por via direta. **Afinal, toda e qualquer sociedade controlada pelo Estado integra a Administração Pública. Por isso mesmo as sociedades controladas constituídas irregularmente submetem-se ao regime das sociedades estatais.** Não teria cabimento que uma sociedade constituída irregularmente se submetesse a um regime tipicamente privado. Aquilo que não pode ser instituído diretamente por lei não pode ser produzido por via da violação à lei.

21. Evidencia-se, portanto, que a doutrina admite a existência de uma sociedade estatal de fato, ou seja, se eventualmente a Administração Pública passar a ter o controle material de uma sociedade, ela poderá ser equiparada a uma estatal, inclusive, submetendo-se a uma série de determinações legais aplicáveis às empresas estatais de direito.^[7]

22. As conclusões acima elencadas possuem reflexos nos limites subjetivos da Lei Anticorrupção, ou seja, nas pessoas jurídicas sobre as quais incidem a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que serão adiante explanados.

DOS LIMITES SUBJETIVOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO E A SUA APLICAÇÃO OU NÃO SOBRE AS SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO.

23. Os limites subjetivos, como parte de seu âmbito de aplicação, de determinada lei devem estar dispostos no primeiro artigo de uma norma. E assim foi feito na Lei Anticorrupção, que assim dispõe:

Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

24. Vasta doutrina já se debruçou sobre a Lei Anticorrupção, bem como seu âmbito de aplicação. Gilson Dipp e Manoel Volkmer de Castilho^[8], por exemplo, manifestaram-se mais

especificamente sobre a eficácia subjetiva da lei no seguinte sentido:

"Cabe assinalar desde logo que, nesse dispositivo, **o legislador ordinário fez assentar um preceito capital para a aplicação do seu conjunto normativo dado que se refere expressamente às pessoas jurídicas mas, sobretudo, às pessoas jurídicas de natureza privada, ou não públicas, estatais ou mistas, - ressalvando, em princípio(haverá exceções explícitas), portanto, como se verá, as pessoas físicas.** É que o art. 1º menciona claramente a prática por pessoas jurídicas de atos contra a administração pública **e é consenso técnico o de que a administração direta ou indireta não pode, e assim por definição, praticar atos contra a própria Administração, sendo que os eventuais desvios, equívocos, ilícitos ou delitos assim caracterizados, que se pudessem atribuir a essas pessoas jurídicas, logicamente, só poderiam incriminar os agentes ou servidores que as administram, e então, só a esses, por elas, se poderiam responsabilizar.** Parece indiscutível essa assertiva por aplicação sistemática das regras de organização administrativa e principalmente por efeito da organicidade do sistema e natureza do poder de administração, o qual sempre está necessariamente vocacionado ao bem público. Os administrativistas afirmam que administrar é aplicar a lei de ofício, isto é, cuida-se do poder-dever da administração pública sempre propor e produzir resultados positivos de interesse público e relativos ao bem comum, o que é logicamente incompatível com resultados ilegais ou ilícitos e contrários à lei e à administração, os quais, por essa razão, não lhe podem ser atribuídos juridicamente. **Daí a afirmação possível de que as autarquias, empresas públicas, empresas de economia mista ou fundações de direito ou natureza pública que desempenham, exercem ou respondem pelo bem público, e até mesmo as concessionárias de serviço público no que diz respeito às cláusulas de serviço, encarnam o interesse público e não podem sistematicamente ser compreendidas no contexto do art. 1º da lei, pois não podem logicamente atuar contra a administração pública.**"

25. Maria Sylvia Zanella Di Pietro^[9], por sua vez, também leciona acerca da abrangência da Lei nº 12.846, de 2013, mas em sentido contrário, admitindo as empresas estatais como sujeito ativo para fins da prática de infração punida pela LAC:

"No que diz respeito às pessoas jurídicas, que são os sujeitos ativos do ato lesivo causador, elas podem ser nacionais ou estrangeiras e abrangem, nos termos do parágrafo único do artigo 1º, as sociedades empresárias e as sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente; **há que se entender que as empresas estatais que prestem atividade econômica estão sujeitas à lei, embora esta não o preveja expressamente, tendo em vista que, pelo artigo 173, § 1º, II, da Constituição Federal, elas submetem-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.**

[...]

Quanto ao sujeito passivo do ato lesivo, pode ser a Administração Pública nacional ou estrangeira; pelo artigo 5º, § 1º, consideram-se Administração Pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível de esfera de governo, bem como pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro; a elas se equiparam as organizações públicas internacionais.

Note-se que a lei fala em "atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira" (art. 1º) e em "atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira"(art. 5º), sem distinguir a Administração Direta e a Indireta. No entanto, como objetivo da lei é o de punir as pessoas jurídicas que pratiquem atos "que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da Administração Pública ou contra os compromissos internacionais", não há dúvida de que as normas da lei abrangem também os atos danosos às entidades da Administração Indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e consórcios públicos), porque estas também dispõem se patrimônio público e também estão sujeitas aos princípios da Administração Pública."

26. Também manifestando-se sobre os sujeitos ativos a passivos previstos na Lei anticorrupção, manifestaram-se Fabrício Motta e Spiridon Anyfantis^[10]:

"Sujeitos ativos são as pessoas cujo comportamento, tipificado pela norma, é pressuposto da aplicação da sanção. O caput do art. 5º identifica os sujeitos ativos fazendo remissão ao parágrafo único do art. 1º:

Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Ao remeter o leitor aos comentários feitos ao referido dispositivo, é importante colacionar o

entendimento de Modesto Carvalhosa:

quando a lei fala de sociedades empresariais, não está identificando aquelas com fins lucrativos que organizam os fatores de produção, no conceito clássico de empresa. Está a lei se referindo à forma de organização e de governança da pessoa jurídica, independentemente de ter ela fins lucrativos ou associativos, benemérito, assistências etc."

27. Desse modo, a primeira premissa para que a lei seja aplicada é que a vítima da infração pertença à Administração Pública, nacional ou estrangeira. Ou seja, é necessário que o ato praticado e previsto como infração na Lei nº 12.846, de 2013, **tenha sido praticado contra organismo integrante da Administração Pública (órgãos da União, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista).**

28. Portanto, como regra, recomenda-se a consulta às definições previstas no artigo 4º, do Decreto-Lei nº 200, de 1967 para definição se determinado ente faz parte ou não da Administração Pública. Sendo o órgão atingido pela infração pertencente à Administração Pública, ele pode ser sujeito passivo da infração, sendo aplicável a Lei Anticorrupção^[11].

29. Por outro lado, conforme demonstrado acima, havia polêmica recente sobre se o espectro de aplicação da Lei Anticorrupção **alcançaria ou não as empresas estatais que, porventura, pratiquem atos contra a Administração Pública**, ou seja, **se as empresas estatais não podem ser sujeito ativo de infração para fins da LAC.**

30. Tal polêmica residia no fato de que, conforme muito bem lecionou o ex-Ministro Gilson Dipp, uma empresa estatal, por ser pertencente à Administração, não poderia, por lógica, praticar atos contra a própria Administração. Em razão disso, nenhum ente pertencente à Administração Pública poderia ser sujeito ativo de um ato lesivo em face da Administração.

31. Contudo, a Lei nº 13.303, de 2016, veio para sanar a controvérsia ao deixar claro que a Lei Anticorrupção é aplicável às empresas estatais como sujeito ativo, conforme determina seu artigo 94: "*Art. 94. Aplicam-se à empresa pública, à sociedade de economia mista e às suas subsidiárias as sanções previstas na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, salvo as previstas nos incisos II, III e IV do caput do art. 19 da referida Lei.*". Portanto, a legislação brasileira decidiu por aplicar, com ressalvas em relação ao tipo de penalidade, a Lei Anticorrupção às empresas estatais e, saliente-se, sem distinguir se a estatal exerceria atividade econômica ou se seria prestadora de serviço público.

32. Ultrapassada a definição sobre a aplicação das Lei Anticorrupção às empresas estatais, como sujeito ativo e passivo, **digressão esta feita apenas para realização de uma análise comparativa com as Sociedades de Propósito Específico, passemos à análise sobre a aplicação da Lei nº 12.846, de 2013, às SPE's.**

33. Conforme já salientado na presente manifestação, as SPE's não fazem parte da Administração Pública. Portanto, não poderiam elas ser sujeito passivo da infração prevista na Lei Anticorrupção. Por outro lado, assim como as estatais, não resta dúvida sobre a possibilidade de uma SPE poder ser sujeito ativo de uma infração prevista na Lei Anticorrupção, tendo em vista a amplitude do artigo 1º, da Lei nº 12.846, de 2013.

34. Também conforme já enfrentado no presente parecer, há de analisar qual a incidência da LAC no caso de uma SPE que venha a se constituir como uma estatal de fato, nos casos em que o Estado exerce o controle material da sociedade. Conforme, já verificado, há precedentes do Tribunal de Contas da União admitindo sua competência para auditar SPE, mesmo não sendo ente da Administração Pública, em razão de referida sociedade ser materialmente controlada pelo Estado.

35. Este parecerista alia-se a referido entendimento no que diz respeito à admissão das SPE's como sujeito passivo da infração prevista na LAC. Com efeito, o controle material do Estado sobre uma SPE faz com que ela possa, de fato, **fazer as vezes de uma estatal, visto que, mesmo que contra legem, é controlada pelo Estado.** Referida tese foi defendida pela Secretaria Federal de Controle Interno, por meio da Nota Técnica nº 222/2018/COREP/CRG (Sei nº 0610964):

61. Diante disso, considera-se que uma Sociedade de Propósito deve ser incluída no polo passivo para fins da LAC, ou seja, no escopo de empreendimento declarado e contaminados pela prática de atos lesivos à Administração Pública, em eventual acordo de leniência a ser celebrado ao amparo na Lei nº 12.846/2013, desde que seja controlada materialmente, nos termos da Lei nº 6.404/76, por pessoa ou grupo de pessoas jurídicas pertencente à Administração Pública Federal.

62. Caso uma SPE seja materialmente controlada pela Administração Pública Federal, aproximar-se-á mais das empresas estatais do que das empresas privadas. Essa preponderância do poder de controle na SPE importa na sua caracterização como sociedade de economia mista de fato. **Na realidade trata-se de uma típica companhia pública na forma de SPE.**

63. A determinação do regime jurídico não é a existência de uma sociedade de economia mista ou não, **e sim a existência ou não de controle estatal da entidade.** Sempre que existir controle acionário detido pelo Estado, haverá um regime mais aproximado ao das empresas estatais, e não das empresas privadas.

64. O próprio Tribunal de Contas da União, como já dito anteriormente, decidiu no caso do Grupo [REDACTED] que este exercia o poder de determinar as decisões da assembleia geral de acionistas e de eleger a maior parte dos membros da administração, inclusive as nomeações do Diretor Presidente e dos diretores responsáveis por mais de 80% dos investimentos, o que poderia resultar na predominância dos seus interesses, numa situação típica de poder de controle, em que havia um regime jurídico com maior influência do direito público, de modo a demonstrar o alto grau de comando do Grupo sobre a SPE, o que era capaz de qualificá-la como uma sociedade de economia mista de fato.

65. Destacou a Corte de Contas, nesse caso, que o Grupo [REDACTED] com seus 49,98% do capital da sociedade com direito a voto, somado à participação do grupo [REDACTED] com seus 9,77%, revelava que a maioria do capital social votante da SPE [REDACTED] estava, na realidade, nas mãos da Administração Pública, não obstante de entes federados distintos, aliado ao fato de que fora identificado pelo TCU, que o volume de recursos investidos na SPE [REDACTED] atingia montante superior a 75% de origem pública, com potencial possibilidade de ocorrência de fraudes entre controlador e as empresas construtoras.

36. O raciocínio implementado pela Corregedoria-Geral da União é absolutamente pertinente, tendo em vista que o conceito de controle societário dado pela Lei das S.A.(de 1973), apesar de divergente do Decreto Lei nº 200, de 1967, na prática, tem o mesmo efeito que o legislador de 1967 quis implementar. Ou seja, caso o Estado controle determinada sociedade, a sociedade poderá ser equiparada a uma estatal.

37. Saliento que aqui não se advoga que a sociedade de propósito específico seja efetivamente uma empresa estatal, pois lhe faltam rituais legais necessários para tal. No entanto, entende-se ser possível a equiparação de uma sociedade controlada na forma da Lei das S.A. às estatais. Assim, tendo em vista referida equiparação, seriam aplicáveis alguns ônus previstos na legislação às estatais, dentre os quais se coloca a possibilidade de enquadramento da SPE como sujeito passivo de infração da LAC.

38. Nesse ponto, recomenda-se que se entenda determinada sociedade como controlada pelo Estado^[12] quando o Estado satisfizer as condições previstas no artigo 116 da Lei das S.A., ou seja, se o Estado, vinculado por acordo de votos ou individualmente, for titular de direito de sócio que lhe assegurem de modo permanente a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; ou se o Estado usar efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

39. Tendo, portanto, o artigo 116 da Lei das S.A. como parâmetro para definição do que seja uma sociedade controlada pelo Estado, opinamos que caso uma sociedade de propósito específico tenha essa característica, ela poderá ser equiparada a uma empresa estatal para os fins de ser considerada sujeito passivo da infração prevista na LAC.

DA COMPETÊNCIA DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO EM FACE DA EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO COMO SUJEITO ATIVO OU PASSIVO DE INFRAÇÃO PREVISTA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

40. Caso envolvida sociedade de propósito específico como sujeito ativo de infração prevista na LAC e esta infração tenha como vítima o Poder Executivo Federal, na forma do seu parágrafo 2º, do artigo 8º, a Controladoria-Geral da União terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização ou para avocar os processos já instaurados para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.

41. De outra banda, caso a sociedade de propósito específico seja sujeito passivo de infração prevista na LAC, na qualidade de estatal equiparada, sendo o parceiro público a União, por intermédio do Poder Executivo, opinamos que a Controladoria-Geral da União também terá competência para a instauração e avocação de processo administrativo de responsabilização - PAR.

42. Nesse caso, tendo em vista que se trata de uma sociedade de propósito específico apenas equiparada a uma estatal, não haverá dentro da SPE uma autoridade máxima para os fins de competência para instauração de PAR. Desse modo, recomenda-se que o órgão que representa o poder Executivo federal na SPE seja considerado a autoridade máxima de que trata o parágrafo 1º, do artigo 8º, da Lei nº 12.846, de 2013. Assim, por exemplo, se determinada licitação conduzida pelo Ministério da Infraestrutura tem como resultado a criação de uma SPE para a execução do objeto, tendo a União como parceiro público, a autoridade máxima da SPE, para os fins de instauração, deverá se considerada o Ministro da Infraestrutura.

43. Ademais, também nesse caso, permanecerá a competência da CGU prevista no parágrafo 2º, do artigo 8º, da Lei nº 12.846, de 2013, para instaurar e avocar os processos instaurados.

44. Nesse ponto, a Instrução Normativa nº 13, de 8 de agosto de 2019, dispôs sobre a competência da Controladoria-Geral da União no que diz respeito à instauração e processamento dos processos administrativos de responsabilização. Em razão de ter sido editada após a consulta, vale a pena colacionar trecho de suas disposições:

CAPÍTULO II

DA COMPETÊNCIA PARA INSTAURAR, AVOCAR E JULGAR

Art. 4º A competência para instaurar e julgar o Processo Administrativo de Responsabilização - PAR é da autoridade máxima de cada órgão ou entidade do Poder Executivo federal em face do qual foi praticado o ato lesivo, cabendo:

I - ao respectivo Ministro de Estado, no caso de órgão integrante da Administração Direta; e

II - ao respectivo Presidente, Diretor-Presidente, Diretor-Geral, Reitor ou autoridade equivalente, no caso de entidade compreendida na Administração Indireta.

§ 1º A competência de que trata o **caput** será exercida de ofício ou mediante provocação e poderá ser delegada à corregedoria ou, na inexistência desta, às unidades diretamente responsáveis pelas atividades de correição, vedada a subdelegação.

§ 2º As empresas públicas e sociedades de economia mista poderão dispor em regulamento interno que a competência de que trata o **caput** será exercida de forma colegiada por órgão de sua estrutura societária, previsto em estatuto.

Art. 5º A Controladoria-Geral da União - CGU tem competência:

I - concorrente para instaurar e julgar PAR; e

II - exclusiva para avocar PAR instaurado por outro órgão ou entidade do Poder Executivo federal para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhe o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível.

§ 1º A competência prevista nos incisos I e II poderá ser exercida, à critério da CGU, se presente uma ou mais das seguintes circunstâncias:

I - caracterização de omissão da autoridade originariamente competente, que ocorrerá quando esta não tomar nenhuma ação tendente à apuração da infração no prazo de cento e oitenta dias a contar da ciência pela referida autoridade;

II - inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade lesada;

III - complexidade, repercussão e relevância da matéria;

IV - valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade lesada; ou

V - apuração que envolva atos e fatos relacionados a mais de um órgão ou entidade do Poder Executivo federal.

§ 2º O PAR avocado poderá ter continuidade a partir da fase em que se encontra, com aproveitamento de todas as provas já carreadas aos autos, podendo ser designada nova comissão.

§ 3º Caracterizada a omissão prevista no inciso I do § 1º, a CGU instaurará procedimento disciplinar para apurar a conduta da autoridade omissa ou, quando for o caso, representará ao Presidente da República para que apure a responsabilidade disciplinar pela omissão.

Art. 6º Compete exclusivamente à CGU instaurar, apurar e julgar PAR pela prática de atos lesivos contra a administração pública estrangeira.

Parágrafo único. Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal deverão reportar à CGU quando do conhecimento ou recebimento de indícios da ocorrência de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

45. Dessa forma, a Controladoria-Geral da União possui competência para instaurar, avocar e julgar processos em que sejam sujeitos passivos de infrações previstas na LAC SPE's, equiparadas a estatais, na forma discriminada neste parecer, bem como para instaurar, avocar e julgar processos quando SPE's sejam sujeitos ativos de infrações tipificada na LAC.

46. Por fim, as mesmas conclusões acerca do PAR são aplicáveis aos acordos de leniência, por força do parágrafo 10, do artigo 16, da Lei nº 12.846, de 2013.

3. CONCLUSÃO

47. Diante do exposto e do que dos autos consta, concorda-se com o entendimento esposado na Nota Técnica nº 222/2018/COREP/CRG(Sei nº 0610964) e na Nota Técnica nº 428/2018/COREP/CRG(Sei nº 0631290), para concluir o seguinte:

40.1. A sociedade de propósito específico não faz parte da Administração Pública. Portanto, em regra, a SPE não pode ser sujeito passivo das infrações previstas na Lei nº 12.846, de 2013;

40.2. A sociedade de propósito específico pode ser sujeito ativo das infrações previstas na Lei nº 12.846, de 2013;

40.3. Excepcionalmente, nos casos em que a sociedade de propósito específico for controlada pelo Estado, na forma do artigo 116 da Lei das S.A., opinamos que ela pode ser equiparada à uma empresa estatal, podendo ser considerada sujeito passivo das infrações previstas na Lei nº 12.846, de 2013;

40.4. Caso a SPE equiparada à estatal, na forma do artigo 116, da Lei das S.A., seja sujeito ativo de infração prevista na LAC, opinamos que deva ser aplicado o artigo 94, da Lei nº 13.303, de 2016;

40.5.. A Controladoria-Geral da União tem competência para a celebração de acordo de leniência e para a instauração, avocação e julgamento de processos administrativos de responsabilização envolvendo sociedades de propósito específico, seja como sujeito ativo, seja como sujeito passivo, na forma da Instrução Normativa CGU nº 13 , de 8 de agosto de 2019, e dos parágrafos 41 a 47 do presente parecer.

À consideração do Senhor Coordenador-Geral de Matéria de Controle e Sanção.

Brasília, 22 de novembro de 2019.

ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA
ADVOGADO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190101061201831 e da chave de acesso 13fe3d92

Notas

1. [^] *Justen Filho, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 745.*
2. [^] *Art. 4º A Administração Federal compreende:I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:a) Autarquias;b) Empresas Públicas;c) Sociedades de Economia Mista.d) fundações públicas. [\(Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987\)](#)*
3. [^] *Marçal Justen Filho, op. cit. p. 200*
4. [^] *de Aragão, Alexandre Santos. Empresas Público-Privadas. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/79/edicao-1/empresas-publico-privadas>. Acesso em: 11.11.2019.*
5. [^] *Por exemplo, se várias empresas estatais adquirirem ações da SPE*
6. [^] *Justin Filho, Marçal. Op. cit.. p.205.*
7. [^] *Nesse ponto, não aderimos ao entendimento do doutrinador no sentido de que as sociedades estatais de fato integraria a Administração Pública, pois faltaria as formalidades legais para tanto como autorização legal.*
8. [^] *Dipp, Gilson. Comentários sobre a Lei Anticorrupção/ Gilson Dipp, Manoel L. Volkmer de Castilho - São Paulo: Saraiva, 2016. - (Séria IDP: Linha doutrina), p.28.*
9. [^] *Di Pietro, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo, 30. ed. Rev. atual. e ampl. _ Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1037.*
10. [^] *Motta, Frabício. Anyfantis, Spiridon Nicofotis. Comentários ao artigo 5º. In: Di Pietro , Maria Sylvania Zanella . Marrara, Thiago (Coord.). Lei Anticorrupção comentada. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 91.*
11. [^] *Nesse ponto, vale esclarecer que, conforme a doutrina majoritária, os consórcios públicos também devem ser enquadrados nessa condição, tendo em vista que podem assumir a forma de verdadeiras autarquias quando forem enquadradas como associação pública, conforme parágrafo 1º, do artigo 1º, da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005..*
12. [^] *Nesse conceito incluídas as empresas estatais.*

Documento assinado eletronicamente por ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 339595909 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA. Data e Hora: 22-11-2019 14:54. Número de Série: 1748014. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO À CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
COORDENAÇÃO-GERAL DE MATÉRIA DE CONTROLE E SANÇÃO

DESPACHO n. 00688/2019/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.101061/2018-31

**INTERESSADOS: COORDENAÇÃO-GERAL DE RESPONSABILIZAÇÃO DE ENTES PRIVADOS DO
MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA - COREP/CGU E OUTROS**

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

1. Aprovo, por seus fundamentos fático e jurídicos, o **PARECER n. 00312/2019/CONJUR-CGU/CGU/AGU**, da lavra do Advogado da União, ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA.

2. Com efeito, tratando-se de **Sociedade de Propósito Específico (SPE)** a doutrina -- baseada em decisões do TCU, na legislação e na prática empresarial -- entende que ela não é entidade estatal, mas, na prática, pode vir a ter controle acionário pelas entidades estatais que a compõem, logo, natural chegarmos à conclusão de que ela possa ser sujeito ativo ou passivo de processos administrativos de responsabilização (PAR) e, inclusive, haver acordos de leniência.

3. Assim, devem ser seguidas as seguintes conclusões do Parecer ora aprovado:

1. A sociedade de propósito específico não faz parte da Administração Pública. Portanto, em regra, a SPE não pode ser sujeito passivo das infrações previstas na Lei nº 12.846, de 2013;

2. A sociedade de propósito específico pode ser **sujeito ativo** das infrações previstas na Lei nº 12.846, de 2013;

3. Excepcionalmente, nos casos em que a sociedade de propósito específico for controlada pelo Estado, na forma do artigo 116 da Lei das S.A., ela pode ser equiparada a uma empresa estatal, podendo ser considerada **sujeito passivo** das infrações previstas na Lei nº 12.846, de 2013;

4. Por outro lado, caso a SPE equiparada à estatal, na forma do artigo 116, da Lei das S.A., seja **sujeito ativo** de infração prevista na LAC, deve ser aplicado o artigo 94, da Lei nº 13.303, de 2016, o qual exclui a aplicação de algumas penalidades que as empresas estatais não estão sujeitas;

5. A Controladoria-Geral da União tem competência para a celebração de acordo de leniência e para a instauração, avocação e julgamento de processos administrativos de responsabilização envolvendo sociedades de propósito específico, seja como sujeito ativo, seja como sujeito passivo, na forma da Instrução Normativa CGU nº 13, de 8 de agosto de 2019, e dos parágrafos 41 a 47 do parecer ora aprovado.

À Consideração Superior.

Brasília, 26 de novembro de 2019.

VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA
PROCURADOR FEDERAL
COORDENADOR-GERAL DE MATÉRIA DE CONTROLE E SANÇÃO
CONJUR/CGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190101061201831 e da chave de acesso 13fe3d92

Documento assinado eletronicamente por VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o

código 349026670 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA. Data e Hora: 26-11-2019 16:30. Número de Série: 17223246. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO À CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
GABINETE

DESPACHO n. 00692/2019/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.101061/2018-31

**INTERESSADOS: COORDENAÇÃO-GERAL DE RESPONSABILIZAÇÃO DE ENTES PRIVADOS DO
MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA - COREP/CGU E OUTROS**

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

1. Concordo com os fundamentos, e, portanto, APROVO, nos termos do DESPACHO n. 688/2019/CONJUR-CGU/CGU/AGU, o PARECER n. 312/2019/CONJUR-CGU/CGU/AGU.

2. Ao Protocolo, para:

2.1 Trâmite via SEI à SCC e CRG, para ciência;

2.2 Trâmite via SAPIENS ao DPP/PGU/AGU, para ciência; e

2.3 Inclusão na Base de Conhecimento da CGU.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

FELIPE DANTAS DE ARAÚJO
Consultor Jurídico

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190101061201831 e da chave de acesso 13fe3d92

Documento assinado eletronicamente por FELIPE DANTAS DE ARAUJO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 349883609 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FELIPE DANTAS DE ARAUJO. Data e Hora: 28-11-2019 10:17. Número de Série: 17308126. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
