



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA
CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

PARECER Nº 013 /2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.009014/2015-19

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de licitações e contratos administrativos, consoante Portaria nº 338/PGF/AGU, de 12 de maio de 2016.

CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. ALIENAÇÃO DO CONTROLE SOCIETÁRIO DA CONCESSIONÁRIA. NECESSIDADE DE ANUÊNCIA DO CONCEDENTE. AVALIAÇÃO DA IDONEIDADE DO ADQUIRENTE. DISTINÇÃO COM INSTITUTOS AFINS. SUBCONCESSÃO, TRANSFERÊNCIA DA CONCESSÃO E *STEP-IN-RIGHT*. DOS REQUISITOS DE HABILITAÇÃO NA LICITAÇÃO PARA A NOVA CONTROLADORA. DISCIPLINA NA LEI GERAL DE LICITAÇÕES. PECULIARIDADE DA CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. NECESSIDADE DE INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL. ALIENAÇÃO DO CONTROLE SOCIETÁRIO DIRETO E INDIRETO. PODER DE FATO. ESTRUTURA PIRAMIDAL. NECESSIDADE DE QUE HAJA TRANSFERÊNCIA DO BLOCO DE CONTROLE PARA UM TERCEIRO. DO CONTROLE ADQUIRIDO POR SOCIEDADE ESTRANGEIRA. NORMA DE SOBREDIREITO. *LEX LOCI ACTUS*. REGEM-SE PELA LEI BRASILEIRA AS OBRIGAÇÕES DECORRENTES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

- I. O caráter *intuitu personae* do contrato de concessão não impede a substituição do concessionário, nem a aquisição do controle societário por terceiros.
- II. Pela dicção do art. 27 da Lei de Concessões, somente poderá ocorrer a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária após a prévia anuência do concedente, sob pena de se operar a caducidade da mesma.
- III. É preciso que o novo concessionário ou controlador possua solvência, seja idôneo e capaz tecnicamente.
- IV. Quando da transferência do controle acionário, não pode haver por parte do concedente ampliação das exigências que foram cobradas do concessionário na licitação, devendo ser exigidos os requisitos de habilitação do terceiro adquirente em vista da situação no momento em que se processar a modificação.
- V. A anuência para a transferência do poder de controle apanha qualquer modalidade de transferência do poder de controle, sendo irrelevante a modalidade de negócio. Não se distinguem hipóteses de negócio gratuito ou oneroso, *inter vivos* ou *mortis causa*.
- VI. A Lei de Concessões remeteu à Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos – LLC (Lei 8666, de 1993) a disciplina dos requisitos de habilitação e condições de participação dos interessados em participar da licitação para a concessão de serviços públicos.
- VII. Somente o capital social efetivamente integralizado é que deve ser contabilizado para fins de aferição da capacidade econômico-financeira da futura controladora da concessionária.
- VIII. A abertura do capital da Sociedade de Propósito Específico - SPE gera a possibilidade de mudança do controle societário.
- IX. O controle societário é um fenômeno de poder. Controla uma sociedade quem detém o poder de comandá-la, escolhendo os seus administradores e definindo as linhas básicas de sua atuação, sendo um poder eminentemente de fato.
- X. No controle direto a sociedade controladora é titular direta de ações da controlada, aptas a permitir a maioria de votos para impor sua vontade nas deliberações sociais e para eleger a maioria dos seus administradores. Nesse caso, portanto, há uma relação direta entre a controladora e a controlada, que se opera pela participação societária preponderante em relação aos demais sócios. O controle direto exerce-se pela titularidade da controladora do bloco de controle da controlada.
- XI. No controle indireto a fonte do poder decorre das relações societárias entre as sociedades do grupo. O poder de controle não é exercido somente nas assembleias da companhia objeto, mas nos órgãos da sociedade controladora, que, em última análise, são os que tomam as decisões a respeito da sociedade controlada e sobre a escolha de seus administradores.

XII. Na alienação do controle indireto, o adquirente não controlará diretamente a concessionária, mas, por ser controlador de uma sociedade que, por sua vez, controla a companhia alienada, será indiretamente o controlador da mesma.

XIII. Somente as cessões de participação societária na concessionária que envolvam modificação do poder de controle é que necessitam da prévia anuência do concedente, e, por outro lado, as reorganizações empresariais meramente formais não são aptas a produzir qualquer modificação efetiva no poder de controle, dispensando a concordância do concedente.

XIV. A regra da *lex loci actus* ou *lex loci celebrationis* é a norma de conexão para disciplinar a lei aplicável nas obrigações decorrentes dos contratos, conforme dispõe o art. 9º da LINDB.

XV. As obrigações decorrentes do contrato de concessão de serviços públicos são regidas pela Lei brasileira, já que o negócio foi constituído no Brasil e o proponente é o Poder Público nacional.

XVI. Deve ser dado o devido tratamento à sociedade estrangeira, em respeito à isonomia, podendo ser exigidos documentos equivalentes aos que foram exigidos dos licitantes nacionais, aplicando, *mutatis mutandis*, a previsão do § 4º do art. 32 da Lei 8666, de 1993.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. Cuida o caso de manifestação da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos - CPLC, órgão integrante do Departamento de Consultoria, cujo o art. 36, §1º, da Portaria nº 338/PGF/AGU, de 12 de maio de 2016, estabelece como objetivos e competências:

Art. 36, § 1º As Câmaras Permanentes têm o objetivo de aperfeiçoar as teses jurídicas relacionadas às atividades de consultoria e assessoramento jurídico das autarquias e fundações públicas federais, bem como discutir questões jurídicas relevantes afetas à referidas atividades, competindo-lhes, no âmbito de sua atuação temática, devendo para tanto:

I - identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II - promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal; e

III - submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2. Dentre os temas que merecem uniformização, foi destacada a questão relativa à alteração indireta do controle societário de empresa titular de outorga de concessão de serviço público, com especial destaque para a necessidade ou não de que a nova sociedade controladora ou grupo controlador necessite dos requisitos de habilitação exigidos no edital de licitação.

3. Tal questão surgiu no bojo de uma correição sob a responsabilidade do Departamento de Assuntos Disciplinares da PGF, que formulou de maneira direta a seguinte indagação à CPLC:

Em caso de ocorrência de alteração indireta do controle societário da empresa titular da outorga de concessão há, de acordo com a legislação aplicável à matéria, a necessidade de que as novas empresas controladoras indiretas também preencham os requisitos exigidos no edital de licitação?

4. O presente parecer se cingirá à análise do questionamento feito, situações particulares envolvendo especificidades setoriais escapam aos limites do presente parecer.

5. Esse é o quadro.

I – CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. ALIENAÇÃO DO CONTROLE SOCIETÁRIO DA CONCESSIONÁRIA. NECESSIDADE DE ANUÊNCIA DO CONCEDENTE. AVALIAÇÃO DA IDONEIDADE DO ADQUIRENTE. DISTINÇÃO COM INSTITUTOS AFINS. SUBCONCESSÃO, TRANSFERÊNCIA DA CONCESSÃO E *STEP-IN-RIGHT*.

6. A concessão de serviço público é a delegação contratual e remunerada da execução de serviço público a particular para que, por sua conta e risco, o explore de acordo com as disposições contratuais e regulamentares por determinado prazo. O Poder Público se desonera da prestação de serviços públicos de sua titularidade em relação aos quais não tem condições financeiras ou não entende conveniente prestar diretamente. O concessionário será remunerado, em regra, pelas tarifas que os usuários lhe pagarão em razão da fruição do serviço, mantendo o Estado a titularidade e os controles sobre ele¹.

7. Os autores em geral estabelecem como característica do contrato de concessão o caráter *intuitu personae*², em particular pela exigência expressa de prévio procedimento licitatório para efetivar o contrato, em decorrência do art. 175 da Constituição Federal, que confere transparência ao processo e igualdade de oportunidade aos interessados na exploração do serviço.

8. Contudo, o caráter *intuitu personae* do contrato de concessão não impede a substituição do concessionário, nem a aquisição do controle societário por terceiros.

9. Ao tratar sobre a concessão de serviços públicos, José dos Santos Carvalho Filho explica a possibilidade de se efetuar alterações subjetivas sem que isto implique em qualquer violação ao procedimento licitatório, ou à concessão em si, conforme lição que merece ser colacionada:

Quando o concessionário é escolhido através do procedimento de licitação, tem-se a presunção de que a melhor forma de executar o serviço delegado estará a seu cargo. Presume-se também que ideal seja a estrutura interna funcional do concessionário, fator levado em conta quando do processo seletivo. Portanto, tais elementos devem perdurar, em princípio, no período de prestação do serviço.

Podem, entretanto, ocorrer fatos supervenientes que alterem a situação inicial do concessionário. Pode, por exemplo, ser necessária a transferência da concessão ou,

¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 420-421.

² CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 134.

ainda, pode ocorrer a alteração do controle societário da empresa concessionária. A lei não impede a configuração de tais ocorrências, mas, como é evidente, impõe algumas condições. Assim, deverá haver prévia anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão. Por outro lado, o novo concessionário ou os novos controladores da empresa concessionária inicial devem não somente firmar o compromisso de cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor, como também observar os requisitos de regularidade jurídica e fiscal, capacidade técnica e idoneidade financeira, imprescindíveis à execução do serviço concedido. Sem que atenda a tais requisitos, o concedente não autorizará as ocorrências e, em consequência, porá fim à delegação concessional.³

10. Não se pode negar que, como bem explica Rafael Vêras de Freitas, os contratos de concessão, malgrado veiculem prestação de um serviço afeto às necessidades elementares da sociedade – aqui, valendo-se do seu conceito material –, produzem externalidades positivas (sobretudo econômicas). Essas externalidades poderão ser absorvidas pelo concedente, pelos usuários, e, principalmente, pelo próprio concessionário. Por essa razão, o vocábulo “concessão”, à luz da sistemática da legislação brasileira, atribui a um agente uma situação de privilégio, interditando a sua exploração por uma pluralidade de interessados⁴.

11. Percebe-se que o contrato de concessão possui um valor econômico que permite sua negociação, sem que isso importe em violação ao interesse público.

12. É necessário fazer a devida distinção entre a subconcessão, a transferência da concessão e a alienação do controle acionário das concessionárias de serviço público, institutos previstos na Lei 8.987, de 1995 – Lei de Concessões, que relativizam o caráter *intuitu personae* dos contratos administrativos, previsto no art. 25 do referido diploma⁵.

13. A subconcessão é tratada no art. 26 da Lei de Concessões, nos seguintes termos:

Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§ 1º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.

§ 2º O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 325/326

⁴ FREITAS, Rafael Vêras de. Revista de Direito Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 167-196, abr./jun. 2015, p. 173.

⁵ Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

subconcedente dentro dos limites da subconcessão.

14. Como bem explica Maria Sylvia Di Pietro, a subconcessão tem a mesma natureza pública do contrato de concessão, sendo um contrato celebrado à imagem da concessão que a vincula. Implica na outorga de poderes do subconcedente para o subconcessionário, de tal modo que este assume as mesmas prerrogativas, as mesmas responsabilidades que o subconcedente, nos limites do contrato de concessão. Há, assim, a **transferência de parte** do próprio objeto concedido para outra empresa⁶.

15. Nota-se da leitura do art. 26 e de seu § 1º da Lei de Concessões, que a subcontratação somente se opera mediante previsão no edital de licitação, com autorização do concedente, e é precedida de procedimento licitatório na modalidade de concorrência.

16. Por outro lado, a Lei de Concessões disciplina no art. 27 a transferência da própria concessão para terceiro e a alienação do controle acionário da concessionária⁷, conforme dispositivo que merece ser colacionado:

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

17. A Lei de Concessões equiparou o regime jurídico da transferência da concessão com a transferência do controle acionário, mas, mesmo assim, são fenômenos jurídicos distintos, conforme será explicitado abaixo.

18. A transferência da concessão é a entrega integral do objeto da concessão, deixando a antiga concessionária de fazer parte da relação contratual com o concedente, sendo extremamente lacônica a disciplina legal a respeito do referido instituto. As únicas exigências da Lei de Concessões estão expressas no art. 27, que são a de que o concessionário obtenha a anuência do concedente, sob pena de caducidade da concessão, e que a pretendente atenda às seguintes exigências: satisfaça os requisitos de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas*. 8ª Edição, São Paulo: Atlas, 2011, p. 110.

⁷ Previsão semelhante consta da Lei n. 9.472, de 1997, Lei Geral de Telecomunicações – LGT, nos arts. 7o, § 1º, 93 e 94, que permitem à Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel estabelecer restrições ou condições a empresas ou grupos empresariais que desejam a obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações de serviços de telecomunicações.

jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e comprometa-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor⁸.

19. Dessa forma, na hipótese da transferência da concessão, o contrato administrativo é transferido para um terceiro, com a retirada do sujeito que originalmente disputou e foi o vencedor do certame, havendo a transferência de todo o contrato para terceira pessoa, alterando a posição subjetiva no negócio jurídico.

20. Tal situação enseja o que a doutrina denomina de cessão de posição contratual.

21. O tema é visto com propriedade por Sílvio de Salvo Venosa que prefere a terminologia “cessão de posição contratual” ao invés de “cessão de contrato”. Na cessão de posição contratual não se transfere apenas o objeto do contrato, mas toda uma gama de direitos e obrigações que exsurtem da relação contratual.

22. O referido mestre ensina que,

[p]referimos falar “cessão de posição contratual”, porque não é o contrato que é cedido, mas os direitos e deveres emergentes da posição de contratante (cf. Antônio da Silva Cabral, 1987:66 ss). Quem transfere sua posição contratual a um terceiro não transfere unicamente o bem de vida almejado em referido contrato, mas transfere também (e talvez o que é mais valioso que o próprio objeto imediato do contrato) toda aquela gama de esforços iniciais, as marchas e contramarchas das primeiras tratativas e, por vezes, um verdadeiro “know-how” que aquele contrato custou. Por isso, vemos na transferência da posição contratual um “plus” em relação ao próprio objeto do contrato, um valor alegado; quiçá, certo privilégio pelo acesso a determinado bem, que só a posição de contratante, em determinada situação, confere.⁹

23. Assim, certo se afirmar que são transferidos ao cessionário todo o complexo de direitos e obrigações provenientes do contrato, se verificando quando o contrato-base é transferido, com anuência do cedido, transpassando-se para o cessionário todos os direitos e obrigações dele resultantes¹⁰.

24. Há, portanto, sempre dois contratos, o contrato-base e o contrato-instrumento, sendo o primeiro o negócio gerador dos efeitos cuja transmissão se pretende e, o segundo, o negócio por via do qual esses efeitos são transmitidos ao terceiro.

25. A cessão de posição contratual possui natureza jurídica própria, não sendo uma sucessão de cessão de crédito com assunção de dívida. Na cessão de crédito

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. cit.*, p. 111.

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 310.

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Obrigações*. Vol. 2. Salvador: Juspodivm. 2014, p. 363.

verifica-se uma substituição no polo ativo da relação obrigacional, remanescendo inalterada a posição do devedor, que doravante terá de oferecer o pagamento ao novo credor. Na assunção de dívida, o que se transfere ao terceiro é a posição passiva da relação obrigacional, que não sofre qualquer alteração em seu conteúdo¹¹.

26. Na cessão de posição contratual o fenômeno é mais complexo e rico, pois implica na transferência da unidade orgânica da situação ocupada pelo cedente, possuindo natureza jurídica unitária, importando a faculdade concedida a qualquer dos contratantes de transmitir sua própria posição contratual, envolvendo a cessão de um complexo unitário de poderes próprios do titular da obrigação, inserindo-se também direitos e obrigações, ou seja, créditos e débitos¹².

27. A cessão de posição contratual não possui normatização específica, fato este que não impede que as partes no exercício da sua autonomia da vontade firmem contratos atípicos com base no art. 425 do Código Civil - CC, aplicando-se o regramento dos contratos em geral, e em especial a disciplina da cessão de crédito (art. 286 e ss., CC) e da assunção de dívida (art. 299 e ss., CC).

28. Nota-se que a cessão de posição contratual somente é cabível em contratos bilaterais, em que há direitos e obrigações recíprocas, sendo impertinente em contratos unilaterais.

29. Percebe-se que não há um novo contrato entre o concedente e o novo concessionário, já que este assume integralmente a posição do antigo concessionário, ora cedente, restando preservado o contrato originário.

30. Igualmente não há um novo contrato com a alteração do controle societário da concessionária, já que haverá apenas a mudança do controlador da sociedade, que permanece a mesma.

31. No mercado de valores mobiliários tal operação é conhecida por *takeover*, que nada mais é que a mudança do controle acionário pela transferência para um terceiro de ações ordinárias com direito de voto (bloco de controle), que conferem o controle societário.

32. Nessa operação é preciso que a transferência resulte na alienação de controle da sociedade, isto é, na transmissão de poder de exercer a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.* p. 362.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Op. cit. Loc. cit.*

administradores da sociedade¹³, tornando-se o controlador o senhor da atividade econômica da sociedade.

33. É essencial, tanto na transferência da concessão como na alienação do controle societário, a anuência do concedente, funcionando tal anuência como pressuposto de eficácia do negócio, conforme a norma do art. 27 da Lei de Concessões combinada com o art. 299 do Código Civil, conforme lição de Hamid Charaf Bdine Jr., que bem se aplica à espécie:

não se pode deixar de reconhecer que a cessão da posição contratual só será válida se houver consentimento expresso do cedido, tal como exige o art. 299. Não se pode admitir que a assunção da dívida, isoladamente, não possa ser válida sem o consentimento do credor, enquanto a cessão da posição contratual tenha validade independentemente da anuência do contratante cedido, que também é credor.¹⁴

34. Registre-se que a finalidade da manifestação do cedido reside na possibilidade de análise da capacidade econômico-financeira do cessionário, de molde a não correr o risco de eventual inadimplemento, tal como ocorre na assunção de dívida (cessão de débito) conforme bem sustentado por Arnaldo Rizzardo:

Na cessão do débito, cumpre se obtenha a aquiescência do credor. Por razões óbvias se faz necessário o seu acordo, pois do ato poderá resultar prejudicado, como na ocorrência de não ter o devedor capacidade econômica em suportar a obrigação.¹⁵

35. Pela dicção do art. 27 da Lei de Concessões, somente poderá ocorrer a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária após a prévia anuência do concedente, sob pena de se operar a caducidade da mesma.

36. O ato de anuência da transferência se materializa no bojo dos poderes de fiscalização do concedente sobre o concessionário, previsto nos artigos 3º, 23, VII, 29, I e 30, todos da Lei nº 8.987, de 1995. E isso porque, não obstante o serviço seja delegado para os particulares, a sua titularidade permanece com o Estado, o qual continuará zelando pela sua adequada prestação¹⁶.

37. É preciso que o novo concessionário ou controlador possua solvência, seja idôneo, sério e capaz tecnicamente¹⁷.

38. Dessa forma, quando da análise de anuência do pedido de transferência do concessionário, o concedente deverá aferir se serão mantidas as condições objetivas

¹³ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 110.

¹⁴ BDINE JR., Hamid Charaf. *Cessão de posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 101-102.

¹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 153.

¹⁶ FREITAS, Rafael Vêras de. *Op. Cit.*, p. 179.

¹⁷ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. Niterói: Impetus, 2011, p. 540.

da contratação, especialmente as relacionadas à manutenção da adequada prestação dos serviços públicos, conforme do disposto no artigo 6º da Lei de Concessões, do que se depreende a validade da alteração subjetiva dos contratos de concessão.

39. A razão da autorização do concedente reside na necessidade de garantir que as regras da contratação, estipuladas ainda na fase da licitação do serviço, não sejam subvertidas durante a execução do contrato pelo concessionário.

40. Quanto ao ponto, merece destaque a sempre pertinente lição de Marçal Justen Filho, no sentido de que na transferência da concessão ou do controle acionário não pode haver por parte do concedente ampliação das exigências que foram cobradas do concessionário na licitação, devendo ser exigidos os requisitos de habilitação do terceiro adquirente em vista da situação no momento em que se processar a modificação. Por sua pertinência, merece ser transcrita a expressiva passagem do referido mestre:

O que se poderá exigir do concessionário, após algum tempo da outorga, não é o mesmo que se exigiria por ocasião da outorga. E isso porque o particular já adimpliu (ao menos parcialmente) a prestação que lhe tinham sido impostas por ocasião da outorga.

Ora, as exigências possíveis de impor aos terceiros não podem ser superiores àquelas impositivas aos anteriores partícipes da relação jurídica de concessão. Se uma parcela dos investimentos já foi realizada, não se admite que o concessionário da concessão seja constrangido a reiterá-la.

Ou seja, a exigência de que o terceiro apresente os mesmos requisitos de habilitação imposto ao concessionário não significa que a avaliação deva ter em vista a situação existente à época da licitação. Deve verificar-se o que era exigível em relação ao concessionário no momento em que se processar a modificação subjetiva. Nada além disso pode ser imposto ao terceiro.

Dito de outro modo, o terceiro assume a situação jurídica até então titularizada por outrem. Sua situação jurídica não é nem mais nem menos grave do que aquela ocupada pelo cedente. A transferência da participação no contrato administrativo não pode ser um instrumento para ampliação de requisitos ou exigências em favor da Administração.¹⁸ (g.n.)

41. Frise-se que a anuência apanha qualquer modalidade de transferência do poder de controle, sendo irrelevante a modalidade de negócio. Não se distinguem hipóteses de negócio gratuito ou oneroso, *inter vivos* ou *mortis causa*. Também são abrangidas situações de reorganização societária (fusão, cisão, incorporação), como a permuta de participações societárias, doação, alienação onerosa. Até mesmo transferências involuntárias, tal como as provenientes de falecimento, também se sujeitam à análise do concedente¹⁹.

42. Situação peculiar, que não se confunde com as figuras anteriores, é a

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 535-536.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 543.

transferência do controle da concessionária aos agentes financiadores, também conhecida como cláusula *step-in-right*, que se encontra disciplinada no art. 27-A da Lei de Concessões, nos seguintes termos:

Art. 27-A. Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 1º Na hipótese prevista no caput, o poder concedente exigirá dos financiadores e dos garantidores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no inciso I do parágrafo único do art. 27. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015) (g.n.)

§ 2º A assunção do controle ou da administração temporária autorizadas na forma do caput deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores para com terceiros, poder concedente e usuários dos serviços públicos. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 3º Configura-se o controle da concessionária, para os fins dispostos no caput deste artigo, a propriedade resolúvel de ações ou quotas por seus financiadores e garantidores que atendam os requisitos do art. 116 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 4º Configura-se a administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores quando, sem a transferência da propriedade de ações ou quotas, forem outorgados os seguintes poderes: (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

I - indicar os membros do Conselho de Administração, a serem eleitos em Assembleia Geral pelos acionistas, nas sociedades regidas pela Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976; ou administradores, a serem eleitos pelos quotistas, nas demais sociedades; (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

II - indicar os membros do Conselho Fiscal, a serem eleitos pelos acionistas ou quotistas controladores em Assembleia Geral; (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

III - exercer poder de veto sobre qualquer proposta submetida à votação dos acionistas ou quotistas da concessionária, que representem, ou possam representar, prejuízos aos fins previstos no caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

IV - outros poderes necessários ao alcance dos fins previstos no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 5º A administração temporária autorizada na forma deste artigo não acarretará responsabilidade aos financiadores e garantidores em relação à tributação, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros, inclusive com o poder concedente ou empregados. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 6º O Poder Concedente disciplinará sobre o prazo da administração temporária. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

43. A expressão de origem anglo-saxônica *step-in* é utilizada para transmitir a ideia de substituição no exercício das funções de alguém²⁰. "*To step into someone's shoes*" significa substituir alguém no exercício de sua função²¹. Ou ainda "*to step into somebody's shoes*" que não se distancia muito do anterior significado e quer dizer

²⁰ SILVA, Pedro dos Santos. Os Direitos de Step-In na Lei das Parcerias Público Privadas de Angola. Dissertação de Conclusão de Curso de mestrado da Universidade Católica Portuguesa. Lisboa, 2013, p. 6.

²¹ The McGraw-Hill Dictionary of American Idioms and Phrasal Verbs, 2002.

“assumir as funções de alguém”^{22 23}.

44. A cláusula de *step-in-right* nos contratos de concessão ou de permissão possibilita a transferência do controle da empresa para financiadores ou garantidores em caso de inadimplência. Tal cláusula permite aos financiadores o exercício da administração da concessionária a fim de saná-la e, com isso, conseguir retomar o pagamento das despesas financeiras do empreendimento.

45. A finalidade do *step-in-right* é reforçar as garantias aos agentes financiadores do projeto concessionário, o que concorre para a redução dos custos financeiros incidentes. Quanto maior o nível de garantias aos financiadores, tanto menor serão os custos incidentes sobre a captação do capital²⁴.

46. Diferente da cessão da concessão e da transferência do controle acionário da concessionária, a Lei de Concessões exige apenas que os financiadores atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo o concedente dispensar ou modificar as exigências de qualificação técnica ou de qualificação econômico-financeira (art. 27-A, § 1º).

47. Tal dispensa faz sentido, uma vez que o *step-in-right* não se caracteriza como uma transferência ordinária da concessão, mas, sim, uma hipótese de cessão de controle a pessoa determinada, que titulariza a condição de financiador do projeto²⁵.

48. A transferência do controle da concessionária aos agentes financiadores somente deve ser utilizado como medida de última *ratio*, já que a referida intervenção só é justificada nas situações de descumprimento grave do contrato, já que para sanar pequenas irregularidades as entidades financeiras dispõem de outros instrumentos escalonados por ordem de gravidade²⁶.

49. Feitos esses esclarecimentos, passamos ao cerne da consulta formulada, referente à necessidade de que as empresas adquirentes do controle societário indireto também tenham que preencher as condições de habilitação da concessionária.

II – DOS REQUISITOS DE HABILITAÇÃO NA LICITAÇÃO PARA A NOVA CONTROLADORA. DISCIPLINA NA LEI GERAL DE LICITAÇÕES. PECULIARIDADE DA CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. NECESSIDADE DE INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL.

²² The Cambridge Idioms Dictionary, Cambridge University Press, 2006.

²³ SILVA, Pedro dos Santos. *Op. cit., loc. cit.*

²⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 315.

²⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Op. cit., p. 316.*

²⁶ SILVA, Pedro dos Santos. *Op. cit., pp. 9-10.*

50. Cabe ao licitante demonstrar capacidade para a realização do objeto da concessão, por sua conta e risco (art. 2º, III, Lei 8.987, de 1995), de modo a executar o serviço público de forma adequada.

51. Nos termos do parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.491, de 1997, que trata do Programa Nacional de Desestatização, os princípios gerais e as diretrizes específicas aplicáveis à concessão, permissão ou autorização, elaborados pelo Poder Público, deverão constar do edital de desestatização.

52. A Lei de Concessões prevê no seu art. 18 os requisitos para a elaboração do edital de licitação, constando do inc. V que deverão constar do instrumento convocatório os requisitos de participação e habilitação dos licitantes, conforme dispositivo assim lançado:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

(...)

V - os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal; (g.n.)

53. Percebe-se que a Lei de Concessões remeteu à Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos – LLC (Lei 8666, de 1993) a disciplina dos requisitos de habilitação dos interessados em participar da licitação para a concessão de serviços públicos.

54. A LLC estabelece no seu art. 27, como fase essencial do procedimento licitatório, a etapa da habilitação, em que haverá a apresentação por parte dos licitantes de documentos nos quais será comprovada a capacidade para participar do certame, sendo avaliados os aspectos jurídico, técnico, econômico-financeiro e fiscal e trabalhista, nos seguintes termos:

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

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011)

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)

55. Caso não sejam atendidos os referidos requisitos, haverá a inabilitação, com a consequente exclusão do direito de participar das fases subsequentes, afastando a possibilidade de efetuar a contratação, conforme previsto no § 4º do art. 41 da LLC.

56. Os requisitos de habilitação consistem em exigências relacionados com a determinação da idoneidade dos licitantes. Já as condições de participação em sentido estrito não se relacionam diretamente à idoneidade do licitante, sendo requisitos formais e substanciais para o sujeito participar da disputa²⁷.

57. Contudo, não é viável pretender a importação automática da disciplina acolhida pelo regime de base às licitações para concessão de serviço público. As enormes diferenças entre a concessão e os demais contratos autorizam exegese singularizada a orientar o tratamento da questão²⁸.

58. Como bem explica Fernando Vernalha Guimarães, as discrepâncias residem especialmente no dimensionamento de requisitos de habilitação técnica e de habilitação econômico-financeira, já que as concessões perfazem um modelo de contratação que pressupõe a capacidade do concessionário em organizar e coordenar um empreendimento de proporções significativas. Para a estruturação do negócio da concessão, será necessária uma capacidade de gestão ampliada e apta a integrar financiadores, executores e gestores em prol da execução da concessão e do funcionamento da concessionária. Isso indica que o concessionário haverá de possuir capacitação técnica para o desempenho das atividades inerentes ao ramo de atividade da concessão, mas também haverá de possuir expertise na estruturação de projetos de financiamento, assim como saúde financeira compatível com a dimensão do negócio²⁹.

59. A qualificação técnica, segundo Marçal Justen Filho, é a comprovação documental da idoneidade técnica para execução do objeto do contrato licitado, mediante a demonstração de experiência anterior na execução de contrato similar e da disponibilidade do pessoal e dos equipamentos indispensáveis³⁰.

60. O requisito da capacidade econômico-financeira nos contratos administrativos possui especial relevância, tendo a legislação disciplinado a matéria de forma que os licitantes a demonstrem que poderão suportar os ônus da contratação, conforme disciplinado do art. 31 da LLC:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três)

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 536-537.

²⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Op. cit.*, p. 285.

²⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Op. cit.*, p. 285

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 471.

meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

61. Como previsto nos parágrafos do art. 31 da LLC, em se tratando o objeto do contrato de prestações a se prolongarem no tempo, como é o caso dos contratos de concessão de serviços públicos, a lei prevê a inclusão no instrumento convocatório da exigência de comprovação de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda de qualquer das garantias previstas no § 1º do art. 56 (caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública; seguro-garantia e fiança bancaria), como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

62. Ponto que merece destaque é a questão do capital social ainda não integralizado pelos sócios, quando da averiguação da capacidade econômico-financeira da empresa licitante, especialmente em relação à composição do capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo.

63. Não se pode perder de vista que, diferente dos contratos administrativos

comuns, nas concessões de serviços públicos a qualificação econômico financeira dos participantes da licitação tem importância muito superior.

64. O capital social pode ser subscrito ou integralizado. O capital social subscrito é a parcela em que o sócio se compromete no futuro restituir para a formação da sociedade. O capital social integralizado é a parcela total restituída para o patrimônio social³¹.

65. O Código Civil, no art. 997, III e IV, prevê que o capital social subscrito pelos sócios na formação da sociedade pode ser composto de uma parcela integralizada e de uma parcela a integralizar, vindo a compor o patrimônio da sociedade, nos termos do contrato social, ou do boletim de subscrição, no caso de sociedade anônima.

66. O art. 1.052 do CC de 2002 estabelece que na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pelo total a ser integralizado. Já o art. 1º da Lei das Sociedades por Ações – LSA (Lei 6.404, de 1976) dispõe que os acionistas da companhia têm responsabilidade limitada ao preço de emissão das ações subscritas.

67. A parcela não integralizada do capital social integra o patrimônio da sociedade, figurando como crédito, da qual o sócio é devedor.

68. Contudo, embora nas demonstrações contábeis a parcela do capital social ainda não integralizada figure como crédito a realizar, sendo o sócio devedor e a sociedade sua credora, tal valor não integra efetivamente a sociedade, havendo apenas como uma mera expectativa patrimonial, com a possibilidade de nunca vir a ser integralizado³².

69. Por ser o acionista ou sócio em mora um devedor da sociedade, esta tem o direito de cobrar o crédito do remisso, conforme prevê o Código Civil, e a LSA, respectivamente:

CÓDIGO CIVIL:

Art. 1.004. Os sócios são obrigados, na forma e prazo previstos, às contribuições estabelecidas no contrato social, e aquele que deixar de fazê-lo, nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora.

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 159.

³² BARROS, Clemilson da Silva. *O capital social não integralizado e aferição da capacidade econômico-financeira da empresa nos procedimentos licitatórios*. Revista Virtual da AGU Ano VIII nº 73, de fevereiro de 2008, p. 7.

Parágrafo único. Verificada a mora, poderá a maioria dos demais sócios preferir, à indenização, a exclusão do sócio remisso, ou reduzir-lhe a quota ao montante já realizado, aplicando-se, em ambos os casos, o disposto no § 1º do art. 1.031.

LSA:

Art. 106. O acionista é obrigado a realizar, nas condições previstas no estatuto ou no boletim de subscrição, a prestação correspondente às ações subscritas ou adquiridas.

§ 1º Se o estatuto e o boletim forem omissos quanto ao montante da prestação e ao prazo ou data do pagamento, caberá aos órgãos da administração efetuar chamada, mediante avisos publicados na imprensa, por 3 (três) vezes, no mínimo, fixando prazo, não inferior a 30 (trinta) dias, para o pagamento.

§ 2º O acionista que não fizer o pagamento nas condições previstas no estatuto ou boletim, ou na chamada, ficará de pleno direito constituído em mora, sujeitando-se ao pagamento dos juros, da correção monetária e da multa que o estatuto determinar, esta não superior a 10% (dez por cento) do valor da prestação.

Art. 107. Verificada a mora do acionista, a companhia pode, à sua escolha:

I - promover contra o acionista, e os que com ele forem solidariamente responsáveis (artigo 108), processo de execução para cobrar as importâncias devidas, servindo o boletim de subscrição e o aviso de chamada como título extrajudicial nos termos do Código de Processo Civil; ou

II - mandar vender as ações em bolsa de valores, por conta e risco do acionista.

(...)

70. Dessa forma, mesmo que haja subscrição, é possível que o capital social nunca seja integralizado, não servindo para fins de demonstração da capacidade econômico-financeira da sociedade.

71. Tal assertiva é confirmada pelo disposto no caput art. 182 da LSA, que expressamente afasta a contabilização do capital social a parcela ainda não integralizada (realizada):

Art. 182. A conta do capital social discriminará o montante subscrito e, por dedução, a parcela ainda não realizada.

72. Como bem pondera Clemilson Barros, o comando do caput art. 182 da LSA vem apenas confirmar, no plano normativo, o entendimento corrente no plano das concretudes, excluindo da conta do capital social e, pois, do patrimônio líquido, a parcela não integralizada pelos sócios. Enquanto assim permanecer, tal parcela não estará disponível no patrimônio da empresa. Será mera expectativa patrimonial³³.

73. Sobre o tema, cabe trazer à colação precedente do E. Superior Tribunal de Justiça, lembrado por Clemilson Barros³⁴, que bem se aplica à espécie:

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - IDONEIDADE FINANCEIRA DE LICITANTE
IMPUGNADA - RECURSO ADMINISTRATIVO PENDENTE.

³³ BARROS, Clemilson da Silva. *Op. cit.*, p. 8.

³⁴ Idem.

1. A fase inicial da licitação, consubstanciada na habilitação das concorrentes, sofreu impugnação com a interposição de três recursos administrativos, não examinados.
2. Procedimento licitatório que, em continuidade, seguiu os seus trâmites até a abertura das propostas, sem solucionar o recurso administrativo pendente.
3. Afasta-se a tese da prescrição porque o termo inicial só passa a fluir da data do julgamento do recurso que impugnou ato pretérito.
4. Na apuração do capital social de uma empresa em licitação, considera-se inclusive o capital a ser integralizado, porque figura os créditos da sociedade como ativo.
5. Entretanto, se a parte integralizada do contrato não atende ao mínimo exigido no edital, considera-se a empresa, financeiramente, inidônea.
6. Situação da empresa apelante que, de um capital de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), só tinha como capital integralizado R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em desobediência ao mínimo exigido, 10 % (dez por cento).
7. Segurança concedida.
(MS 12.592/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2007, DJ 10/09/2007, p. 178, g.n.)

74. Registre-se que é usual nos editais de licitação de concessão constar a exigência de capital mínimo devidamente integralizado, como requisito de qualificação econômico-financeira, conforme constou no EDITAL DE CONCESSÃO - ANTT nº 001/2008 – VIA BAHIA, que serve como paradigma:

Proponente Individual - Qualificação econômico-financeira

7 A Proponente deverá apresentar, para a comprovação da sua qualificação econômico-financeira, os seguintes documentos:

Tabela V - Documentos relativos à qualificação econômico-financeira	
Nº	Documento
17	Comprovação do valor do patrimônio líquido da Proponente de, no mínimo, R\$ 52.000.000,00 (cinquenta e dois milhões de Reais), com base nos princípios contábeis aceitos no Brasil.

(...)

17 Homologação, Adjudicação e Assinatura do Contrato

(...)

17.3 Em até 45 (quarenta e cinco) dias após a publicação do ato de homologação, mas em qualquer hipótese, antes da assinatura do Contrato, a adjudicatária deverá apresentar à ANTT:

(...)

17.3.2 prova de constituição da SPE, nos exatos termos da minuta apresentada pela Proponente na fase de Qualificação, com a correspondente certidão do registro empresarial competente, bem como o respectivo comprovante de inscrição perante o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas;

17.3.3 comprovação de integralização em moeda corrente nacional de, no mínimo, R\$ 52.000.000,00 (cinquenta e dois milhões de reais) do capital social da SPE;

(...)

Parte VI – A Concessionária

19 Concessionária

19.1 A Concessionária será uma SPE, na forma de sociedade por ações, constituída de acordo com a lei brasileira, com a finalidade exclusiva de explorar a Concessão.

19.2 O capital social inicial da Concessionária, integralizado em moeda corrente nacional, na data da assinatura do Contrato será de, no mínimo, R\$ 52.000.000,00 (cinquenta e dois milhões de reais).

19.2.1 A Concessionária não poderá, durante o Prazo da Concessão, reduzir o seu capital social abaixo do valor mínimo sem prévia e expressa autorização da ANTT. (g.n.)

75. O próprio Tribunal de Contas da União reconheceu que é possível, no caso empreendimentos da magnitude dos contratos de concessão, exigir capital social devidamente integralizado, conforme o Acórdão nº 1.379/2006 – TCU – Plenário (arrendamento de área portuária no Porto de Aratu), em que tal exigência não configurou intenção de direcionamento da licitação, nem restrição da competitividade.

76. Assim, somente o capital social efetivamente integralizado é que deve ser contabilizado para fins de aferição da capacidade econômico-financeira da concessionária, nos mesmos moldes exigidos no edital de licitação.

77. O mesmo entendimento se aplicaria à futura controladora da concessionária, em por força do que dispõe o art. 27, § 1º, da Lei de Concessões.

III – DO MODELO DE CONCESSÕES DO ÂMBITO FEDERAL. PREVISÃO DE CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO PELA GANHADORA DA LICITAÇÃO. NATUREZA DE SOCIEDADE ANÔNIMA.

78. Percebe-se do Inc. II do art. 2º da Lei de Concessões que a concessionária será sempre uma pessoa jurídica ou um consórcio de empresas.

79. A figura do consórcio está prevista nos arts. 278 a 279 da Lei das S/A, sendo um modo de organização empresarial, que estabelece uma coordenação de interesses autônomos entre empresas, visando um fim comum. Não há pelo consórcio a constituição de uma nova pessoa jurídica, sendo uma associação de interesses, visando objetivo certo e dirigido, na busca de benefícios individuais às pessoas que o constituem³⁵.

80. As pessoas jurídicas, por sua vez, podem adotar qualquer forma societária, e geralmente se constituem em sociedades anônimas ou sociedades limitadas.

81. Nas sociedades anônimas, que tem o capital social dividido em ações (art. 1º, LSA), são as ações ordinárias, ou com direito a voto, que determinam o controle da companhia, já que atribuem a seus titulares os direitos usuais de acionistas, sejam patrimoniais como políticos, tal como previstos no art. 109 da LSA. Diferentemente das ações preferenciais, que, por causa de vantagens geralmente de ordem patrimonial, não conferem ao seu titular direito de voto (arts. 17, 18, e 111 da LSA).

82. Nas sociedades empresárias limitadas, o capital social é dividido em quotas,

³⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público – Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 105.

que são distribuídas entre os sócios na medida de suas contribuições sociais (art. 1.055, CC), sendo o controle definido pelo sócio que detiver a maioria das quotas do capital social.

83. A constituição de sociedades anônimas é mais vantajosa já que, como explica Marçal Justen Filho, a dinamização da economia e o florescimento do capitalismo financeiro importam no incremento da negociação das participações societárias das concessionárias, podendo envolver o ingresso no mercado aberto, em especial pela negociação dos valores mobiliários emitidos pela companhia³⁶.

84. A abertura do capital das concessionárias propicia vantagens de ordem econômica para os usuários e ao Estado, já que assegura a obtenção de recursos com custos menos onerosos. Ao lançar suas ações no mercado, uma concessionária obtém capitais cuja remuneração é mais reduzida do que a devida em financiamentos de outra ordem³⁷.

85. A natureza empresarial da atividade de concessão de serviços públicos propicia o ingresso superveniente de terceiros no âmbito da concessão, em particular pela modificação da identidade dos sócios da concessionária, podendo chegar ao ponto da alienação do seu controle societário.

86. A Lei de Concessões prevê no art. 20 a possibilidade estipulação no edital para a criação de SPE pelo consórcio de empresas ganhador da licitação. Tal previsão é extensível às sociedades que participarem isoladamente do certame³⁸.

87. O modelo de concessão utilizado no âmbito federal tem exigido a constituição de concessionárias na forma de sociedades por ação de capital aberto, conforme se observa, exemplificativamente, dos editais de licitação da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, que preveem a obrigatoriedade de criação de Sociedade de Propósito Específico – SPE pela vencedora do certame, que é quem irá executar o objeto da concessão, conforme instrumentos assim lançados:

EDITAL DE CONCESSÃO nº 001/2008 – VIA BAHIA

Parte II – Definições

Para os fins do presente Edital, e sem prejuízo de outras definições aqui estabelecidas, as seguintes definições aplicam-se às respectivas expressões:

[...]

(xxxix) SPE: sociedade de propósito específico a ser constituída, pela Proponente vencedora, **sob a forma de sociedade por ações**, que celebrará o Contrato com a União, representada pelo Ministério dos Transportes e a ANTT.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. Cit.*, p. 540.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit., loc. cit.*

³⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público – Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). Cit.*, p. 107.

[...]

Parte VI – A Concessionária

19 Concessionária

19.1 A Concessionária será uma SPE, na forma de sociedade por ações, constituída de acordo com a lei brasileira, com a finalidade exclusiva de explorar a Concessão. (g.n.)

EDITAL DE CONCESSÃO Nº 003/2013 – CRO – Concessionária Rota do Oeste S. A. (CONTRATO)

1 Disposições Iniciais

1.1 Definições

1.1.1 Para os fins do presente Contrato, e sem prejuízo de outras definições aqui estabelecidas, as seguintes definições aplicam-se as respectivas expressões:

[...]

(xlili) SPE: Sociedade de Propósito Específico constituída, pela Proponente vencedora, sob a forma de sociedade por ações, que celebra o presente Contrato com a União, representada pela ANTT.

[...]

24 Capital Social

24.1 A Concessionária será uma SPE, na forma de sociedade por ações, constituída de acordo com a lei brasileira, com a finalidade exclusiva de explorar a Concessão.

[...]

23.4 A Concessionária deverá registrar-se como companhia de capital aberto junto à CVM, em até 2 (dois) anos a partir da Data de Assunção, mantendo tal condição durante todo o Prazo da Concessão. (g.n.)

EDITAL DE CONCESSÃO nº 01/2015 - CONCESSIONÁRIA PONTE RIO-NITERÓI S.A. - ECOPONTE (CONTRATO)

1 Disposições Iniciais

1.1 Definições

1.1.1 Para os fins do presente Contrato, e sem prejuízo de outras definições aqui estabelecidas, as seguintes definições aplicam-se as respectivas expressões:

[...]

(xliv) SPE: Sociedade de Propósito Específico constituída, pela Proponente vencedora, sob a forma de sociedade por ações, que celebra o presente Contrato com a União, representada pela ANTT.

[...]

23 Capital Social

23.1 A Concessionária será uma SPE, na forma de sociedade por ações, constituída de acordo com a lei brasileira, com a finalidade exclusiva de explorar a Concessão.

[...]

23.4 A Concessionária deverá registrar-se como companhia de capital aberto junto à CVM, em até 2 (dois) anos a partir da Data de Assunção, mantendo tal condição durante todo o Prazo da Concessão. (g.n.)

88. A possibilidade de formação de SPE está disciplinada no parágrafo único do artigo 981, do Código Civil de 2002. A referida norma permitiu que a atividade social possa se restringir à realização de um ou mais negócios determinados, conforme dispositivo assim lançado:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

89. A principal característica da SPE é a sua existência estar adstrita à realização de um negócio determinado, mantendo, por conseguinte, a SPE interesses

próprios e absolutamente destacados dos interesses de seus controladores. A SPE é uma sociedade empresária constituída única e exclusivamente para cumprir um negócio específico.

90. José Edwaldo Tavares Borba³⁹, discorrendo sobre a SPE, afirma:

A S.P.E. não tem interesse próprio, não cumpre um objeto social próprio, não se destina a desenvolver uma vida social. Trata-se do que se poderia chamar uma sociedade ancilar, mero instrumento de sua controladora.

A rigor, essas sociedades nascem para prestar um serviço a sua controladora, para cumprir uma simples etapa de um projeto, ou até mesmo para desenvolver um projeto da controladora. Normalmente, cumprido esse projeto, o seu destino é a liquidação. Nascem, normalmente, já marcadas para morrer. (g.n.)

91. A constituição da SPE para a prestação de serviços públicos facilita a solução de controvérsias específicas, como a relativa ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e à fiscalização executada pela administração pública, sendo possível identificar o fluxo de caixa daquela sociedade de propósito específico, confrontando entradas e saídas de capital, o que seria inviável em uma sociedade que desenvolvesse outras atividades além da exploração daquele serviço público, diante da inexistência de isolamento do fluxo de capitais.

92. Assim, a SPE já nasce com seu controle acionário nas mãos da sociedade vencedora da licitação (*dominant stockholder*).

93. Nesse quadro, a sociedade licitante vencedora funciona como *holding*, sendo a SPE uma sociedade anônima unipessoal (subsidiária integral), dotada de personalidade jurídica e patrimônio próprios, cujas ações pertencem, em sua totalidade, à controladora (art. 251, da LSA).

94. A abertura do capital da SPE gera a possibilidade de mudança do controle societário, tema que será mais bem desenvolvido no item seguinte.

IV – ALIENAÇÃO DO CONTROLE SOCIETÁRIO DIRETO E INDIRETO. PODER DE FATO. ESTRUTURA PIRAMIDAL. NECESSIDADE DE QUE HAJA TRANSFERÊNCIA DO BLOCO DE CONTROLE PARA UM TERCEIRO.

95. O estudo do controle societário demanda a leitura conjunta do Código Civil com a Lei 6.404, de 1976, Lei das Sociedades por Ações - LSA.

96. A LSA definiu o acionista controlador, explicitando seus deveres e responsabilidades, conforme consta do art. 116:

³⁹ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 518.

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.

97. Conforme explica José Edwaldo Tavares Borba, o controle societário é um fenômeno de poder⁴⁰. Controla uma sociedade quem detém o poder de comandá-la, escolhendo os seus administradores e definindo as linhas básicas de sua atuação⁴¹, sendo um poder eminentemente de fato.

98. O controle é, pois, o direito de dispor dos bens alheios como um proprietário. Controlar uma empresa significa poder dispor dos bens que lhe são destinados, de tal arte que o controlador se torna senhor de sua atividade econômica⁴².

99. Esse poder funda-se no voto e se manifesta, basicamente, nas assembleias-gerais, onde se exerce de forma ostensiva o controle. Mas, mesmo fora das assembleias, continua a se exercer, de forma indireta, face à dependência em que se colocam os administradores diante do titular do poder de controle⁴³.

100. Modesto Carvalhosa doutrina que o controle societário está evidentemente ligado aos negócios societários e ao procedimento empresarial que decorre da consecução do seu objeto. Ainda que o controlador não possa dispor dos bens como um proprietário, todas as decisões societárias e a atividade empresarial dependem de sua vontade, manifestada de forma permanente⁴⁴.

101. Segundo o estudo de Fabio Konder Comparato⁴⁵, são as seguintes as modalidades de controle fundadas na titularidade das ações votantes da companhia: totalitário, majoritário, minoritário e gerencial.

⁴⁰ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347.

⁴¹ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Op. cit.* p. 348.

⁴² COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 110.

⁴³ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Op. cit., loc. cit.*

⁴⁴ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 429.

⁴⁵ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 67. 

102. O controle totalitário se dá quando a totalidade das ações se concentra nas mãos de um único acionista ou grupo de acionistas (*dominant stockholder*), vinculados por acordo de votos. Há um único controlador e proprietário das ações, não havendo maiores problemas quanto à alienação do controle acionário⁴⁶.

103. No controle majoritário, um acionista ou grupo de acionistas é proprietário de mais da metade das ações votantes da companhia, permitindo fazer prevalecer a sua vontade nas assembleias gerais, havendo dissociação entre a propriedade e o controle⁴⁷.

104. Haverá controle minoritário, por sua vez, quando um acionista ou grupo de acionistas consegue controlar a companhia sendo titular de menos da metade das ações votantes. Tal situação ocorre quando há grande pulverização das ações em circulação da companhia, somado ao elevado absentéismo natural dos acionistas nas assembleias. Em tal circunstância, um acionista com reduzido número de ações consegue eleger a maioria dos administradores, prevalecendo sua vontade nas assembleias⁴⁸.

105. Além do controle exercido por força da titularidade acionária, Comparato registra a existência do controle gerencial, quando há uma extrema pulverização de ações, e os administradores acabam comandando a companhia por força de acordos, ou de procurações dos acionistas.⁴⁹ Tal espécie de controle não apresenta relevância para fins de alienação do controle acionário.

106. Pela LSA, houve a quebra da proporção entre capital e poder societário. Estabeleceu a lei o regime de concentração de poder em mãos de acionistas simplesmente organizados para a tomada e o exercício do controle, e não em mãos daqueles que se dispunham, para tanto, a arriscar investimentos no capital social superiores a 50% das ações ordinárias⁵⁰.

107. As ações detidas em conjunto pelo acionista controlador constituem o bloco de controle.

108. O bloco de controle constitui uma universalidade de fato (art. 90, Código Civil), que se forma a partir da reunião na titularidade de uma pessoa da pluralidade de ações, independentes entre si, que lhe possibilitam a prática do controle. Nesse

⁴⁶ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, pp. 46 e ss.

⁴⁷ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, pp. 50 e ss.

⁴⁸ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, pp. 54 e ss.

⁴⁹ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, pp. 60 e ss.

⁵⁰ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 474.

cenário, a fonte do poder de controle não advém de cada ação considerada isoladamente, mas sim do bloco, como universalidade de fato.

109. Frise-se que o bloco de controle não se confunde com o poder de controle. O bloco, como universalidade, é objeto de direito, integrando patrimônio de seu titular, que pode ser transferido para terceiros. **Já o poder de controle não é bem do patrimônio do acionista, constituindo um dado fático e não jurídico.** Um acionista não poderá ser considerado proprietário do poder de controle de uma companhia, mas poderá exercer esse poder enquanto mantiver a titularidade das ações que, reunidas, compõem o bloco de controle⁵¹.

110. O controle não é um bem jurídico, e sim a decorrência da titularidade do bloco de controle, que confere ao acionista o potencial controle da companhia, já que

(a) não há norma legal que confira ou assegure o poder de controle: ele nasce da formação do bloco de controle e deixa de existir com a sua dissolução; (b) o poder de controle não é objeto de direito: não pode ser adquirido nem transferido independentemente do bloco de controle, que é a sua fonte; e (c) o poder de controle não é subjetivo: o controlador não pode pedir a tutela do Estado para obter que esse poder seja respeitado, a não ser quando se manifesta por meio do exercício regular do direito (ou poder jurídico) de voto nas deliberações da Assembleia Geral.⁵²

111. Dessa forma, para que exista poder de controle não basta verificar a quantidade de ações de determinado acionista ou acionistas vinculados, sendo necessário analisar, no caso concreto, se está presente o uso efetivo e permanente desse poder, em determinar e decidir os rumos e orientações da companhia controlada, por meio da votação em assuntos de competência da assembleia⁵³, incluindo o poder de eleger a maioria dos membros do conselho de administração da controlada.

112. Nesse diapasão, a definição de controlada guarda inevitáveis correlações com a definição de acionista controlador (art. 116, LSA), porquanto uma e outra representam os dois lados de uma mesma realidade – a relação de controle⁵⁴, cabendo colacionar o art. 243, § 2º, LSA:

Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

§ 1º (...).

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou

⁵¹ PENNA, Paulo Eduardo. *Alienação de Controle de Companhia Aberta*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 25-26.

⁵² LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, Jose Luiz Bulhões. *Apud* PENNA, Paulo Eduardo. *Op. cit.*, p. 25.

⁵³ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 74.

⁵⁴ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Op. cit.*, p. 515.

através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.(...)

113. Em complemento à LSA, o art. 1.098 do Código Civil explicitou a distinção que deve haver entre a sociedade controlada direta e a controlada indireta, conforme consta dos seus incisos I e II respectivamente:

Art. 1.098. É controlada:

I - a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores;

II - a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.

114. Segundo Modesto Carvalhosa, o art. 1.098 do Código Civil traz uma definição legal de controlada, dividindo a respectiva situação jurídica em duas hipóteses: a primeira de *controle direto* de outra pessoa jurídica, e a segunda de *controle indireto* pelo encadeamento de sociedades⁵⁵.

115. No controle direto, a sociedade controladora é titular direta de ações da controlada, aptas a permitir a maioria de votos para impor sua vontade nas deliberações sociais e para eleger a maioria dos seus administradores. Nesse caso, portanto, há uma relação direta entre a controladora e a controlada, que se opera pela participação societária preponderante em relação aos demais sócios. O controle direto exerce-se pela titularidade da controladora do bloco de controle da controlada⁵⁶.

116. Já o controle indireto das sociedades do Grupo, deve ser cogitado o regime de *holding* controladora de todo o grupo empresarial, que ramifica esse mesmo controle para outras sociedades operacionais, que, por sua vez, controlam verticalmente, no organograma do grupo, outras sociedades também operacionais⁵⁷.

117. A respeito do fenômeno do controle indireto, com destaque para o fenômeno da estrutura piramidal de controle, Modesto Carvalhosa esclarece:

A estrutura piramidal de controle é geralmente adotada nos ramos empresariais de grande porte. Assim, existe a holding-mãe, que controla outras holdings, que, por sua vez, controlam determinadas empresas operacionais. Esse sistema piramidal de holdings sucessivas de controle setorial tem como função acomodar participações diversas em nível intermediário. [...] O fundamental é que, em todas as holdings intermediárias, o controle pertence à holding-mãe.⁵⁸

⁵⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 13, p. 423.

⁵⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. *Cit.*, p. 424.

⁵⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. *Cit.*, p. 424.

⁵⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, Vol. 4, t. II. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 16.

118. Para Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira o controle indireto é modalidade de poder própria de um grupo ou estrutura de sociedades. A relação de poder não é parte da organização interna de uma das sociedades, mas do grupo, pois vincula o papel de acionista controlador de uma sociedade aos órgãos sociais de outra. A fonte do poder são as relações societárias entre as sociedades, e o poder é exercido indiretamente, através dos órgãos sociais de outra sociedade⁵⁹.
119. O controle indireto é, assim, típico de grupo de sociedades, presente quando há uma cadeia hierarquizada composta de duas ou mais sociedades, em que uma controla o capital da outra, e o controlador final não é, ele próprio, acionista da companhia objeto, embora a controle de forma indireta. A fonte do poder decorre das relações societárias entre as sociedades do grupo. O poder de controle não é exercido somente nas assembleias da companhia objeto, mas nos órgãos da sociedade controladora, que, em última análise, são os que tomam as decisões a respeito da sociedade controlada e sobre a escolha de seus administradores⁶⁰.
120. O grupo pode ser composto apenas de duas sociedades – controladora e controlada -, sendo o controlador final uma pessoa física. É possível também que abarque um elevado número de sociedades espalhadas por uma complexa teia de participações societárias⁶¹.
121. Pondera Fabio Konder Comparato que, na hipótese de incidência definida no art. 116, o controle é sempre direto e as sociedades sob controle comum são tidas, com conjunto, por controladoras. No art. 243, § 2º, despreza-se o escalão intermédio, buscando-se a sociedade controladora em último grau⁶².
122. Quando o controlador aliena ações do bloco de controle de uma *holding*, a qual, por seu turno, controla uma companhia aberta, há a alienação do controle indireto desta última.
123. Na alienação do bloco de controle indireto, por tanto, o adquirente não controlará diretamente a concessionária, mas, por ser controlador de uma sociedade que, por sua vez, controla a companhia alienada, será indiretamente o controlador da mesma.
124. Eis o motivo pelo qual é impróprio falar em um “controle intermediário”, já

⁵⁹ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, Jose Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 625.

⁶⁰ PENNA, Paulo Eduardo. *Op. cit.*, pp. 125-126.

⁶¹ PENNA, Paulo Eduardo. *Op. cit.*, p. 126.

⁶² COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 72.

que a sociedade intermediária não possui autonomia em relação à sua controladora, que é a verdadeira titular do controle de todo o grupo.

125. Enquanto existir a *holding*, as suas ações possuem um sobrevalor, relativamente aos bens individuais constituintes do patrimônio de cada sociedade controlada, e que corresponde, precisamente, ao poder de controle, ou dominação soberana dessa organização empresarial⁶³.

126. Alienar o controle significa, na prática, alienar as ações que, reunidas, conferem ao seu titular o **poder em potencial** de comandar a atividade empresarial. Não descaracteriza o negócio de alienação do controle o fato de o alienante não estar fazendo uso dessa prerrogativa, da mesma forma que não o descaracteriza o fato de o adquirente decidir posteriormente não exercer o direito de voto proveniente das ações do bloco de controle adquiridas⁶⁴.

127. Este foi o entendimento da Comissão de Valores Imobiliários – CVM, em caso reportado por Paulo Eduardo Penna⁶⁵, que deixou claro que o efetivo exercício do controle, conquanto necessário para definir o acionista controlador, para os propósitos do art. 116 da LSA, é prescindível para caracterizar o negócio de alienação de controle:

Caso CBD (Pão de Açúcar):

Voto do relator: Se o alienante é titular de mais da metade das ações com direito a voto da companhia aberta, mas não exerce seu direito de voto, ele não é considerado, para fins do art. 116, como acionista controlador. Nada obstante, caso ele aliene essas ações e o terceiro adquirente tenha interesse em exercer o controle da companhia, esse adquirente estará apto a exercê-lo e deveria estar disposto a pagar o mesmo prêmio de controle que pagaria a um acionista controlador propriamente dito, dado que o bloco de ações de um (acionista controlador) ou de outro (acionistas com ações suficientes para ser considerado acionista controlador, mas que não exerce o controle) concederá ao adquirente os mesmos direitos. (Processo CVM RJ 2005/4069)

128. Dessa forma, havendo alienação do bloco de controle da concessionária, por qualquer meio que acarrete a transferência, **mesmo que potencial**, do poder de controle **direto** ou **indireto** (art. 243, § 2º, LSA c/c art. 1098, II, Código Civil), haverá a incidência do art. 27 da Lei de Concessões, com a necessária anuência do concedente.

129. Cabe o registo que normas de regulação setorial, tal como Resolução nº 484, de 2012, da ANEEL, expressamente preveem a necessidade de que haja autorização do concedente no caso de alienação do controle tanto direto como indireto da concessionária, conforme dispositivo que ora colocamos:

⁶³ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 143.

⁶⁴ PENNA, Paulo Eduardo. *Op. cit.*, p. 99.

⁶⁵ PENNA, Paulo Eduardo. *Op. cit.*, p. 99-100.

Art. 1º Estabelecer os procedimentos a serem adotados pelas concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica para obtenção de anuência à transferência de controle societário. Parágrafo único. A assunção ou ampliação, total ou parcial, do controle societário direto ou indireto de concessionária, permissionária e autorizada de serviços ou instalações de energia elétrica, vincula-se ao atendimento, pelos pretendentes a exercer o controle societário, dos requisitos dispostos na Lei, nos termos desta Resolução.

Art. 2º Caracteriza o controle societário o poder de imposição de vontade aos atos da sociedade, exercido pela pessoa natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

I - é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da sociedade e o poder de eleger a maioria dos administradores; e

II - usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da sociedade.

Art. 3º Para os fins do disposto nesta Resolução, considera-se que:
(...)

II - a transferência do controle societário ocorre por qualquer operação, inclusive de reestruturação societária, cujo resultado seja a assunção ou ampliação do controle societário por terceiro;

III - o controle societário direto é aquele exercido pela(s) pessoa(s) detentora(s) dos direitos de voto da delegatária, caracterizado nos termos do art. 2º;

IV - o controle societário indireto é aquele exercido por pessoa(s) no ápice da estrutura do grupo societário, que influencie(m) de forma efetiva e substancial a gestão e consecução do objeto social da delegatária por meio de outras controladas, que exercem controle societário intermediário;

V - o controle societário intermediário é espécie de controle de influência de natureza indireta que estabelece a relação entre os controladores indiretos e diretos do agente setorial, exercido pela(s) pessoa(s) que figura(m) como controladora(s) e controlada(s) no nível intermédio da estrutura do grupo societário e que não detém poder de controle direto, caracterizado nos termos do inciso III deste artigo, e que não exerce o controle indireto no ápice da estrutura do grupo societário, caracterizado nos termos do inciso IV deste artigo
(...)

Art. 5º Depende de prévia anuência da ANEEL a transferência de controle societário direto e indireto:

(...)

Art. 6º Fica previamente anuída pela ANEEL a transferência de controle societário:

I - intermediário dos agentes setoriais referidos no art. 5º, desde que ocorrida exclusivamente

no âmbito do próprio grupo societário e que não tenha como consequência a transferência de seu controle societário indireto;

II - intermediário de autorizadas para geração de energia elétrica não referidas no art. 5º; (...).

130. Na mesma linha é a resolução 101, de 1999, da ANATEL:

Art. 1º No exercício das funções de órgão regulador e de órgão competente para controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, no setor de telecomunicações, a Anatel, com vistas à apuração de controle e de transferência de controle que sejam objeto de vedação, restrição, limites ou condicionamentos, adotará os seguintes conceitos:

I - Controladora: pessoa natural ou jurídica ou ainda o grupo de pessoas que detiver, isolada ou conjuntamente, o poder de controle sobre pessoa jurídica;

II - Controle: poder de dirigir, de forma direta ou indireta, interna ou externa, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais ou o funcionamento da empresa.

(...)

131. Ressalte-se que é preciso que efetivamente haja a transferência do

controle acionário para um terceiro, na medida em que,

tratando-se de mera transferência de ações entre empresas do mesmo grupo controlador, não se aplica à espécie a disciplina prevista no *caput* do art. 27 da Lei nº 8.987/1995, bem como no art. 30, § 1º, da Lei nº 10.233/2001, que exige prévia anuência do poder concedente para a hipótese de transferência do controle societário. Considero, assim, elidida essa irregularidade.⁶⁶

132. A Comissão de Valores Mobiliários – CVM, em atendimento do determinado pelo § 3º do art. 254-A da LSA⁶⁷, editou a Instrução CVM nº 361/2002 que considera haver alteração de controle somente nos casos de ingresso de um novo acionista controlador ou de formação de um novo grupo de controle, conforme § 4º do art. 29 da referida norma, que ora colaciono:

Art. 29. A OPA por alienação de controle de companhia aberta será obrigatória, na forma do art. 254-A da Lei 6.404/76, sempre que houver alienação, de forma direta ou indireta, do controle de companhia aberta, e terá por objeto todas as ações de emissão da companhia às quais seja atribuído o pleno e permanente direito de voto, por disposição legal ou estatutária.

(...)

§ 4º Para os efeitos desta instrução, entende-se por alienação de controle a operação, ou o conjunto de operações, de alienação de valores mobiliários com direito a voto, ou neles conversíveis, ou de cessão onerosa de direitos de subscrição desses valores mobiliários, realizada pelo acionista controlador ou por pessoas integrantes do grupo de controle, pelas quais um terceiro, ou um conjunto de terceiros representando o mesmo interesse, adquira o poder de controle da companhia, como definido no art. 116 da Lei 6.404/76. (g.n.)

133. Mais uma vez nos valem das sempre judiciosas lições de Modesto Carvalhosa, que bem se aplicam à espécie:

Ocorrendo transferência de posições acionárias dentro do acordo de acionistas, ou entre pessoas que constituem o bloco de controle, mesmo sem acordo de acionistas, não há alienação do controle para os efeitos do art. 254-A, uma vez que, da operação, ainda que onerosa, não resultará o surgimento de um novo acionista controlador. No caso, pode eventualmente ocorrer uma troca de posições dentro de um bloco de controle (art. 118) que não caracteriza a alienação de controle acionário.⁶⁸

134. Assim, somente as alienações de participação societária na concessionária que envolvam modificação do seu poder de controle é que necessitam da prévia anuência do concedente. Por outro lado, as reorganizações empresariais meramente formais, que não alterem o bloco de controle, não são aptas a produzir qualquer modificação efetiva no poder de controle, dispensando a concordância do concedente.

⁶⁶ Voto do Relator Guilherme Palmeira, no corpo do Acórdão nº 140/2006 - TCU – PLENÁRIO.

⁶⁷ O art. 254-A da LSA criou uma condição legal obrigatória para a concretização da alienação do controle societário nas companhias abertas, que é conhecida por *tag along*, que pode ser traduzida literalmente por "fim conjunto", com vistas a designar o encerramento da sociedade entre controladores e não-controladores com a venda simultânea de suas ações, sendo uma forma de proteger os acionistas minoritários. Configurada a alienação onerosa do controle da companhia aberta, o adquirente do controle está obrigado a realizar uma oferta pública de aquisição (OPA) das ações votantes dos demais acionistas da companhia (cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 485; PENNA, Paulo Eduardo. *Op. cit.*, p. 171).

⁶⁸ Modesto Carvalhosa. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. II. São Paulo: Saraiva, 1998, p.

135. Tal constatação se aplica inclusive se houver alienação de controle indireto exercido por companhias domiciliadas no exterior, já que não há exceções por parte da Lei, situação esta que demanda a análise da lei aplicável em relação à sociedade estrangeira controladora.

V – DO CONTROLE ADQUIRIDO POR SOCIEDADE ESTRANGEIRA. NORMA DE SOBREDIREITO. LEX LOCI ACTUS. REGEM-SE PELA LEI BRASILEIRA AS OBRIGAÇÕES DECORRENTES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.

136. É possível que no bojo de uma operação de transferência de controle societário, o adquirente do bloco de controle seja uma sociedade estrangeira, podendo surgir indagações a respeito da lei aplicável ao funcionamento da adquirente do controle, e ao próprio regime jurídico da alienação.

137. O Código Civil definiu no art. 1.126 a sociedade nacional, que é aquela organizada de acordo com as leis nacionais e com sede no Brasil, independente de quem sejam seus sócios, conforme dispositivo assim lançado:

Art. 1.126. É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração.

138. Por outro lado, caso não tenha sede no Brasil e não for estruturada em conformidade com a legislação brasileira, a sociedade empresária será considerada estrangeira, e somente poderá explorar a atividade empresarial no País se for regularmente autorizada pelo Poder Executivo Federal. Isso, entretanto, não a impede de ser acionista de companhia brasileira, conforme previsto no art. 1.134 da Lei Civil:

Art. 1.134. A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira.

139. Tais dispositivos são reproduções dos arts. 60 e 64 da antiga Lei das S/A (Decreto-Lei n. 2.627, de 1940), que foram mantidos pelo art. 300 da LSA, que assim dispõem:

Art. 60. São nacionais as sociedades organizadas na conformidade da lei brasileira e que têm no país a sede de sua administração.

Art. 64. As sociedades anônimas ou companhias estrangeiras, qualquer que seja o seu objeto, não podem, sem autorização do Governo Federal, funcionar no país, por si mesmas, ou por filiais, sucursais, agências, ou estabelecimentos que as representem, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionistas de sociedade anônima brasileira (art. 60).

140. O direito brasileiro reconhece, assim, a personalidade das sociedades

estrangeiras, ressalvando que as mesmas somente podem funcionar no país caso obtenham autorização do governo federal, ou, caso não desejem obter tal autorização, que sejam acionistas de sociedade nacional.

141. Na seara do direito internacional privado, o conflito de leis é um problema resultante da necessidade de se definir a lei aplicável à relação jurídica, quando houver a presença de um elemento de internacionalidade (estraneidade). Para resolver o conflito, o ordenamento jurídico prevê as regras de conexão, que são regras para resolver tais conflitos de leis no espaço, mediante a indicação da lei qualificadora aplicável, seja uma lei nacional ou uma lei estrangeira⁶⁹.

142. São as chamadas normas de sobredireito, já que não resolvem diretamente o caso, mas indiretamente, já que indicam a lei que incidirá sobre a questão posta.

143. A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, para solucionar o problema da lei regeadora do funcionamento das pessoas jurídicas, previu no seu art. 11, *caput*, a aplicação do direito vigente no local da constituição da pessoa jurídica, pouco importando o lugar onde se dá o exercício de sua atividade, conforme dispositivo assim lançado:

Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.

144. A LINDB, ao estipular a lei do Estado em que as sociedades se constituírem, adotou, segundo Maria Helena Diniz, o critério mais adequado por ser o do local onde a pessoa jurídica se formou (*lex loci actus*), obedecendo às formalidades legais que lhe dão existência. A pessoa jurídica submeter-se-á à Lei do Estado em que se constitui, que irá determinar as condições de sua existência ou do reconhecimento de sua personalidade jurídica. Assim sendo, se se tratar de pessoa jurídica de direito privado, como os sócios podem ter nacionalidade e domicílios diversos, como pode haver subscrição do capital social em vários Estados, como a sociedade pode ter diferentes centros de exploração, o art. 11, *caput*, manda aplicar o direito que vigorar no local da constituição da pessoa jurídica⁷⁰.

145. A lei de regência de funcionamento da sociedade estrangeira é a do local de sua constituição, e não a lei brasileira.

146. Por força dessa constatação, não é possível submeter a sociedade

⁶⁹ ARAÚJO, Nadia. *Contratos internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 8.

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução do Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 363.

estrangeira a reger suas formalidades internas pela lei brasileira. Os atos constitutivos da pessoa jurídica submetem-se ao país de sua nacionalidade.

147. Por outro lado, não se pode olvidar que a regra da *lex loci actus* ou *lex loci celebrationis* também é norma de conexão para disciplinar a lei aplicável nas obrigações decorrentes dos contratos, conforme dispõe o art. 9º da LINDB, nos seguintes termos:

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

148. As obrigações decorrentes do contrato de concessão de serviços públicos são regidas pela Lei brasileira, já que o negócio foi constituído no Brasil, e o proponente é o Poder Público nacional.

149. Assim, as regras aplicáveis à autorização para a transferência do controle acionário serão as da Lei de Concessões e do edital, mesmo sendo a adquirente do bloco de controle da concessionária uma sociedade estrangeira.

150. Como se trata de pessoa jurídica estrangeira adquirente do bloco de controle, deve ser dado o devido tratamento à mesma, em respeito à isonomia, podendo ser exigidos documentos equivalentes aos que foram exigidos os licitantes nacionais, aplicando, *mutatis mutandis*, a previsão do § 4º do art. 32 da LLC, que dispõe da seguinte forma:

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

(...)

§ 4º As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.

151. Tal solução foi expressamente adotada pela Resolução 484, de 2012, da ANEEL, conforme consta de seu art. 13, que assim reza:

Art. 13. Quando a pretensa controladora tratar-se de sociedade estrangeira ou fundo de investimento em participação constituído segundo a lei estrangeira, a exigência dos documentos dispostos no inciso VI do art. 11 e do art. 12 deverá ser atendida mediante documentos equivalentes,

declarados equivalentes e autenticados pelo respectivo consulado e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal na República Federativa do Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa e judicialmente.

§ 1o No caso de inexistir documento equivalente, o agente setorial deverá apresentar a declaração da entidade consular que ateste tal condição.

§ 2o Comprovada a impossibilidade de apresentação das declarações previstas no §1o e caput, a unidade organizacional instrutora do processo na ANEEL, considerando o caso concreto, estipulará condições subsidiárias para o cumprimento da obrigação.

152. Quanto à demonstração da aptidão para a execução do objeto licitado e da qualificação econômico-financeira, a sociedade estrangeira embora não tenha obrigação de elaborar balanços segundo a lei brasileira, está obrigada a evidenciar sua boa situação econômico-financeira de acordo com os critérios escolhidos pelo edital. Assim, se o edital subordinou a habilitação à demonstração de certo índice, à sociedade estrangeira será exigida a elaboração de balanço para demonstrar sua saúde financeira. Tal demonstração deverá seguir as regras básicas da Lei nº 6.404, de 1976 - LSA, para os fins do enquadramento contábil⁷¹.

153. Com base nessas premissas, mesmo que a adquirente do bloco de controle societário seja uma sociedade estrangeira, serão exigidos dela os requisitos de habilitação previstos no edital do vencedor da licitação, podendo ser apresentados documentos equivalentes.

VI – CONCLUSÃO:

154. Face ao exposto, opinamos no sentido de que:

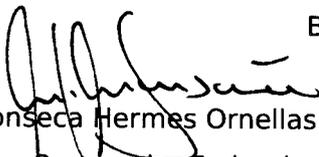
- a) a anuência de que trata o art. 27, lei 8.987, de 1995 - Lei de Concessões - incide em qualquer caso de transferência do poder de controle acionário, sendo irrelevante a modalidade de negócio jurídico utilizado para efetivar a operação;
- b) ao avaliar o ato de transferência do controle acionário da concessionária, o concedente não deve instituir novos requisitos habilitação que não os exigidos no momento da licitação, cabendo-lhe cobrar do terceiro adquirente do controle as mesmas comprovações do certame, inclusive no que toca à integralização do capital social;
- c) nas concessões, é lícito ao concedente exigir como requisito de habilitação capital social efetivamente integralizado;

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. Cit.*, p. 227.

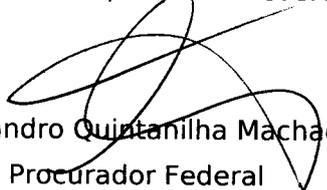
- d) o controle de que trata o art. 27 da lei de concessões é tanto o direto como o indireto (art. 243, § 2º, da Lei 6.404, de 1976, c/c art. 1098, II, do Código Civil);
- e) não descaracteriza o negócio de alienação do controle o fato de o alienante não estar fazendo uso dessa prerrogativa, bastando o poder em potencial de comandar a atividade empresarial para incidir o art. 27 da Lei de Concessões;
- f) somente é necessária a anuência do concedente quando houver a transferência do controle societário a um terceiro;
- g) as regras aplicáveis à autorização para a transferência do controle acionário serão as da Lei de Concessões e do edital, pois as obrigações decorrentes do contrato de concessão de serviços públicos são regidas pela Lei brasileira, já que mesmo é constituído no Brasil, e o proponente é o Poder Público nacional, conforme dispõe o art. 9º da LINDB (*lex loci celebrationis*).
- h) a pessoa jurídica estrangeira que se torne controladora de uma concessionária deve apresentar documentos equivalentes àqueles exigidos dos licitantes nacionais, aplicando-se, *mutatis mutandis*, a previsão do § 4º do art. 32 da lei 8.666, de 1993.

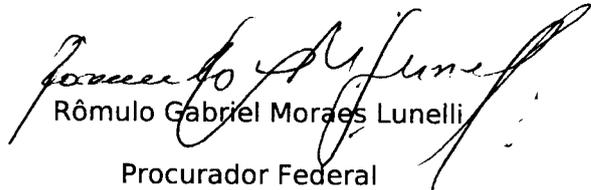
À consideração superior

Brasília, 5 de dezembro de 2016.


Diego da Fonseca Hermes Ornellas de Gusmão
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

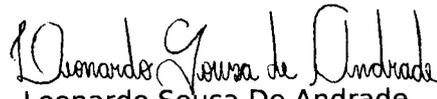

Alessandro Quintanilha Machado
Procurador Federal

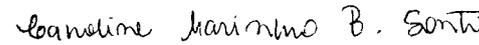

Rômulo Gabriel Moraes Lunelli
Procurador Federal

Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

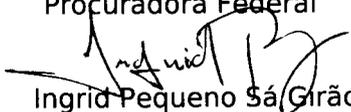

Gabriella Carvalho Da Costa
Procuradora Federal

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal


Leonardo Sousa De Andrade
Procurador Federal

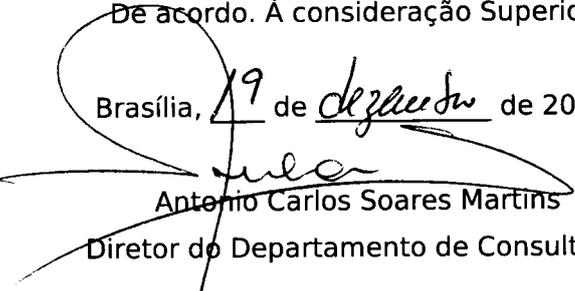

Caroline Marinho Boaventura Santos
Procuradora Federal

Renata Cedraz Ramos Felzemburg
Procuradora Federal


Ingrid Pequeno Sá Girão
Procuradora Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 19 de dezembro de 2016.

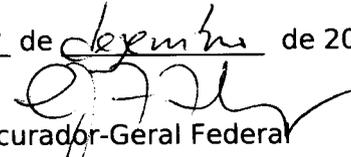

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER Nº 013 /2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 30 de dezembro de 2016.


Procurador-Geral Federal
CLESO JOSÉ DA FONSECA FILHO



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA
CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N¹²⁹/2016

- I. A ANUÊNCIA DE QUE TRATA O ART. 27, LEI 8.987, DE 1995 - LEI DE CONCESSÕES - INCIDE EM QUALQUER CASO DE TRANSFERÊNCIA DO PODER DE CONTROLE ACIONÁRIO, SENDO IRRELEVANTE A MODALIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO UTILIZADO PARA EFETIVAR A OPERAÇÃO;
- II. AO AVALIAR O ATO DE TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE ACIONÁRIO DA CONCESSIONÁRIA, O CONCEDENTE NÃO DEVE INSTITUIR NOVOS REQUISITOS HABILITAÇÃO QUE NÃO OS EXIGIDOS NO MOMENTO DA LICITAÇÃO, CABENDO-LHE COBRAR DO TERCEIRO ADQUIRENTE DO CONTROLE AS MESMAS COMPROVAÇÕES DO CERTAME, INCLUSIVE NO QUE TOCA À INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL;
- III. NAS CONCESSÕES, É LÍCITO AO CONCEDENTE EXIGIR COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO CAPITAL SOCIAL EFETIVAMENTE INTEGRALIZADO;
- IV. O CONTROLE DE QUE TRATA O ART. 27 DA LEI DE CONCESSÕES É TANTO O DIRETO COMO O INDIRETO (ART. 243, § 2º, DA LEI 6.404, DE 1976, C/C ART. 1098, II, DO CÓDIGO CIVIL);
- V. NÃO DESCARACTERIZA O NEGÓCIO DE ALIENAÇÃO DO CONTROLE O FATO DE O ALIENANTE NÃO ESTAR FAZENDO USO DESSA PRERROGATIVA, BASTANDO O PODER EM POTENCIAL DE COMANDAR A ATIVIDADE EMPRESARIAL PARA INCIDIR O ART. 27 DA LEI DE CONCESSÕES;
- VI. SOMENTE É NECESSÁRIA A ANUÊNCIA DO CONCEDENTE QUANDO HOVER A TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE SOCIETÁRIO A UM TERCEIRO;
- VII. AS REGRAS APLICÁVEIS À AUTORIZAÇÃO PARA A TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE ACIONÁRIO SERÃO AS DA LEI DE CONCESSÕES E DO EDITAL, POIS AS OBRIGAÇÕES DECORRENTES DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS SÃO REGIDAS PELA LEI BRASILEIRA, JÁ QUE MESMO É CONSTITUÍDO NO BRASIL, E O PROPONENTE É O PODER PÚBLICO NACIONAL, CONFORME DISPÕE O ART. 9º DA LINDB (LEX LOCI CELEBRATIONIS).
- VIII. A PESSOA JURÍDICA ESTRANGEIRA QUE SE TORNE CONTROLADORA DE UMA CONCESSIONÁRIA DEVE APRESENTAR DOCUMENTOS EQUIVALENTES ÀQUELES EXIGIDOS DOS LICITANTES NACIONAIS, APLICANDO-SE, *MUTATIS MUTANDIS*, A PREVISÃO DO § 4º DO ART. 32 DA LEI 8.666, DE 1993.