

E-BOOK

UMA DÉCADA DA LEI DAS ESTATAIS

A construção da jurisprudência do TCU e seus reflexos para o setor privado

Este é um informativo produzido pela área de Direito Administrativo e Projetos Governamentais de TozziniFreire Advogados.

SUMÁRIO

10 ANOS QUE TRANSFORMARAM O CENÁRIO DE OPORTUNIDADES JUNTO A ESTATAIS

A Lei nº 13.303 (Lei das Estatais), de 30 de junho de 2016, nasceu de uma promessa constitucional que levou quase duas décadas para se concretizar. Desde a Emenda Constitucional 19/1998, que inseriu no art. 173, § 1º, da Constituição a determinação de que uma lei estabeleceria o estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, o país operou num vácuo normativo que relegava às empresas estatais a um regime geral de contratações, incompatível e ineficiente com a sua atuação empresarial.

Quando finalmente promulgada, a Lei das Estatais inaugurou um regime que pretendeu conciliar a eficiência esperada de quem atua em mercado competitivo com as exigências de transparência e controle inerentes ao emprego de recursos públicos.

O regime jurídico das estatais é frequentemente descrito como híbrido. Seus contratos com particulares são regulados pelo direito privado, por força do art. 68 da Lei das Estatais, sem todo o

conjunto das tradicionais cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos. Contudo, esses mesmos contratos serão, em princípio, precedidos de licitação e estarão sujeitos ao escrutínio dos tribunais de contas. Essa dualidade gera complexidades sobre as quais tem se debruçado a jurisprudência do controle externo, com crescente consistência.

Nesse período, o Tribunal de Contas da União (TCU) exerceu papel determinante na conformação desse regime. Caso a caso, o TCU definiu os contornos de conceitos abertos como “oportunidade de negócio” e “controle material”. O entendimento da corte afeta diretamente, assim, as empresas privadas que negociam parcerias com estatais, participam de processos de desinvestimento, disputam contratos ou integram joint ventures com sócios públicos.

O universo de estatais no Brasil é expressivo. Apenas no âmbito das estatais vinculadas à União, os números (base 2024) impressionam¹:

122

empresas estatais federais, sendo 44 destas controladas diretamente pela União e as demais submetidas ao seu controle indireto.

5,4%

do Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil.

R\$ 1,3

trilhão de faturamento.

R\$ 116

bilhões de lucro líquido.

¹ Conforme o [Relatório Agregado das Empresas Estatais Federais](#).



Qualquer empresa ou investidor que atue no mercado brasileiro e que, de alguma forma, se relacione com esse ecossistema precisa compreender as normas e os procedimentos de contratação aplicáveis às estatais e, também por isso, estar atento a como o TCU interpreta as regras do jogo.

Este e-book apresenta uma visão organizada e acessível dos principais posicionamentos do TCU ao longo dessa primeira década. Destacamos os temas de maior impacto prático e os riscos que merecem atenção prioritária, especialmente no tocante à relação de atores privados com as empresas estatais.

É com esse propósito que este informativo se organiza em cinco grandes blocos temáticos, cada um deles ilustrado por temas concretos enfrentados pelo TCU e acompanhado de indicações objetivas sobre riscos e boas práticas a serem observados nesses cenários.

A LEI DAS ESTATAIS NA VISÃO DO TCU

Inaplicabilidade da licitação: atividade-fim e oportunidades de negócio

Uma das inovações mais significativas da Lei das Estatais foi a chamada “inaplicabilidade de licitação”, que não se confunde com a dispensa (art. 29) e a inexigibilidade (art. 30), presentes no regime geral e repetidos no regime das estatais. A inaplicabilidade de licitação, conforme prevista no § 3º do art. 28 da Lei das Estatais ocorre nas hipóteses em que as regras gerais de licitação simplesmente não incidem, pois são incompatíveis com as atividades das estatais.

Na prática, o dispositivo contempla duas situações:



» **Atividades diretamente relacionadas ao objeto social da estatal²**

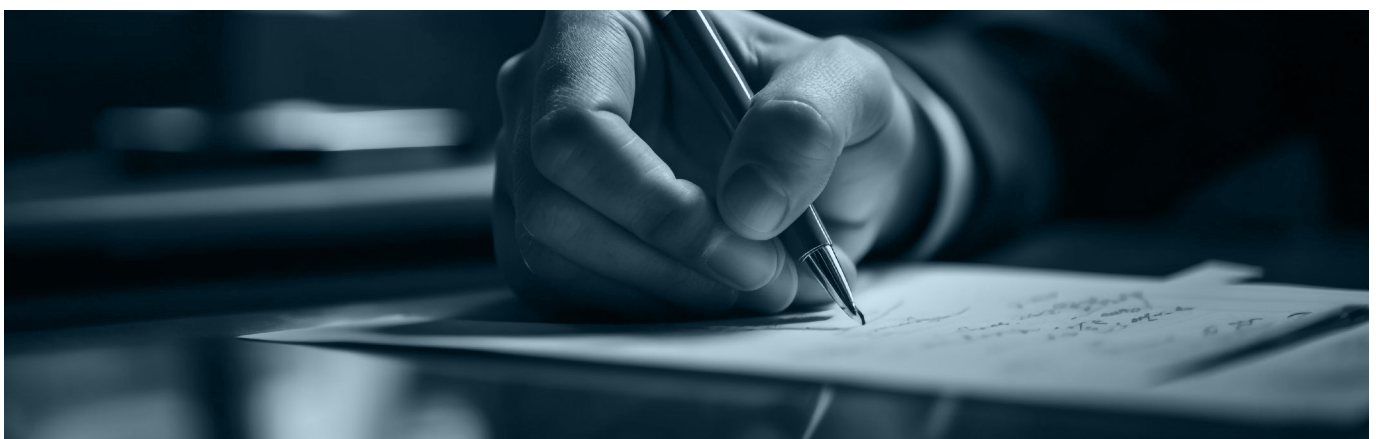
Quando uma empresa pública comercializa, presta ou executa, de forma direta, produtos, serviços ou obras que integram seu próprio objeto social, não é necessário licitar. O raciocínio é intuitivo, pois exigir que uma estatal atuante em mercado competitivo licite cada operação de venda de seus próprios serviços equivaleria a inviabilizá-la comercialmente.

O TCU enfrentou essa questão ao tratar da contratação de consultores especializados em estruturação de projetos de desestatização pelo BNDES, no âmbito do Acórdão nº 1.744/2021 – Plenário³. A tese discutida era que a estruturação de desestatizações constitui atividade integrante do objeto social do BNDES, conforme preveem o art. 18,

IV, da Lei 9.491/1997 e o estatuto social da instituição, o que conferiria margem para inaplicabilidade da licitação na contratação dos consultores.

O Acórdão acolheu essa interpretação, reconhecendo que a contratação estava especificamente relacionada ao objeto social do BNDES, atendendo aos requisitos legais. Contudo, o Tribunal fez uma ressalva fundamental, no sentido de que, mesmo dispensada a licitação formal, o BNDES deveria conferir lisura e transparência a essas contratações, em atenção aos princípios que regem a atuação da Administração Pública, selecionando seus parceiros por meio de processo competitivo, isonômico, impessoal e transparente.

Esse ponto merece atenção especial do setor privado. A inaplicabilidade da licitação não significa a ausência de parâmetros mínimos de seleção. Significa que o processo seguirá regras próprias, diferentes do processo licitatório, mas que exigem, especialmente, a comprovação formal pela estatal contratante quanto ao atendimento dos requisitos legais para o afastamento da licitação e quanto à observância da impessoalidade na escolha.



²Lei nº 13.303/2016, Art. 28, § 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações: I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;

³TCU, Acórdão nº 1744/2021 – Plenário, Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, j. em 21/07/2021.

» Oportunidade de negócios⁴

A segunda hipótese de inaplicabilidade de licitação, prevista no inciso II é a “oportunidade de negócios”, mais complexa e que tem gerado maior controvérsia. Ela ocorre quando a escolha do parceiro está associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades definidas e específicas, e justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

O § 4º do art. 28 da Lei das Estatais estabelece alguns dos mecanismos para materializar as oportunidades de negócio, incluindo:

- ✓ parcerias contratuais;
- ✓ aquisição e alienação de participação em sociedades; e
- ✓ operações no mercado de capitais.

A lei confere, portanto, ampla discricionariedade à estatal. Contudo o TCU tem sido enfático em apontar que essa discricionariedade não é irrestrita, pelo que é importante conhecer as premissas utilizadas pelo Tribunal

Um dos *leading cases* foi decidido pelo Acórdão nº 2.488/2018 – Plenário, sobre alegadas irregularidades na celebração do acordo de parceria entre a Telebras e a Viasat Inc., com a finalidade de estabelecer o compartilhamento da receita decorrente da utilização da capacidade do Satélite Geoestacionário de Defesa e de Comunicações Estratégicas (SGDC).

Na ocasião, o TCU reforçou a aplicabilidade dos princípios gerais da Administração Pública, e esclareceu que a contratação depende da verificação cumulativa de quatro requisitos, conforme o voto de relatoria:

- caracterização da oportunidade de negócios, por um dos meios estabelecidos pelo art. 28, § 4º, da Lei das Estatais;

- demonstração da vantagem comercial para a empresa estatal;
- demonstração de que o parceiro escolhido apresenta condições peculiares que evidenciem sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e
- demonstração da inviabilidade de processo competitivo.

As empresas que queiram ser parceiras de estatais precisam, portanto, estar preparadas para demonstrar, com evidências robustas, que suas características são de fato singulares. Argumentos genéricos de sinergia ou conveniência não atendem ao crivo firmado pelo TCU.

É, sobretudo importante, estabelecer parcerias reais, e não mera prestação de serviços. O TCU tem sido bastante combativo aos modelos de parceria que não tenham características próprias de um empreendimento colaborativo, em que as partes compartilhem riscos, obrigações e resultados.



⁵ TCU, Acórdão nº 2488/2018 – Plenário, Relator: Min. Benjamin Zymler, j. em 31/10/2018.

⁶ Telecomunicações Brasileiras S.A.

Quem escolher e como justificar a escolha: a seleção de parcerias privadas x a contratação de prestadores de serviço

Se a Lei das Estatais permite que, em determinadas circunstâncias, a empresa pública ou sociedade de economia mista forme uma parceria com uma empresa de mercado sem a necessidade de licitar, surge a pergunta inevitável: como essa escolha deve ser conduzida para observar o escrutínio do controle externo? A jurisprudência construída ao longo da última década pelo TCU oferece respostas bastante concretas.

Um dos casos mais paradigmáticos foi o da formação da joint venture entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e a Azul Linhas Aéreas, analisada no Acórdão nº 585/2019 – Plenário⁷. A ECT buscava substituir o modelo da Rede Postal Noturna (RPN), que operava com aviões cargueiros dedicados sob contratos “*take or pay*”, por uma parceria mais eficiente. A conclusão dos estudos foi que transportar cargas postais nas barrigas de aeronaves de passageiros reduziria significativamente os custos, já que os porões dos voos comerciais operam com baixo fator de carga. O modelo de joint venture, além disso, permitiria à ECT capturar dividendos de novos negócios.

A ECT contratou consultoria especializada que avaliou todas as companhias aéreas relevantes em operação no Brasil. O processo de seleção teve duas etapas. Na primeira, aplicaram-se filtros de exclusão, que eliminaram empresas dedicadas exclusivamente a cargas, companhias de atuação apenas regional e empresas em situação financeira precária. Na segunda, as companhias remanescentes foram avaliadas por critérios de priorização, como o crescimento de receita e retorno sobre capital. A Azul obteve as melhores notas globais, destacando-se em critérios de alta relevância.

O TCU validou essa metodologia, concluindo que a escolha da Azul observou os já discutidos critérios para inaplicabilidade de licitação pela via da oportunidade de negócios (art. 28, § 3º, II). Um ponto sensível, no entanto, foi a ausência de manifestação formal de interesse por parte das demais companhias.

O Tribunal rejeitou essa alegação, entendendo que a análise de todas as empresas com base em dados públicos supria essa necessidade. Ao entender do TCU, restou demonstrado, assim, que a parceria não se revestia de mero contrato de prestação de serviço, mas envolvia elementos subjetivos que não comportavam a licitação clássica, como gestão conjunta, know-how, política de custos e perspectiva de longo prazo.

Há, portanto, uma diferença de tratamento conforme a natureza da relação. Para joint ventures e parcerias societárias de longo prazo qualificadas como “oportunidades de negócio”, o TCU admite a escolha direta do parceiro sem que se proceda a um procedimento licitatório, desde que esta esteja amparada em estudo técnico robusto e haja a observância aos critérios previstos no art. 28, §§ 3º, II, e 4º da Lei das Estatais.

A inviabilidade de competição, vale frisar, não deriva da mera existência de vários concorrentes no mercado. O que a torna justificável é a singularidade do objeto pactuado. No caso ECT/Azul, existiam outras companhias aéreas, mas as características específicas da Azul tornavam a parceria única, com características que não poderiam ser oferecidas pelas outras companhias. A existência de concorrência potencial não obriga à licitação quando o que se busca não é um serviço padronizado, mas uma aliança estratégica com atributos intangíveis.

Para o parceiro privado, vale atentar que, quando uma estatal procura sua empresa para celebração de uma parceria sem menção a qualquer processo seletivo ou comprovação dos requisitos para inviabilidade da licitação, há o risco de que a contratação seja questionada perante o controle externo. Se a parceria pretendida for, na verdade, uma mera prestação de serviços, é necessário, como regra, que a estatal realize um prévio processo licitatório para contratação.

⁷ TCU, Acórdão nº 585/2019 – Plenário, Relatora: Min. Ana Arraes, j. em 20/03/2019.



Criar para competir: a constituição das subsidiárias

A criação de uma empresa subsidiária é uma das estratégias utilizadas pelas estatais para garantir sua competitividade perante o mercado. As subsidiárias permitem a descentralização das atividades das estatais e ampliam o alcance das operações, resultando na formação de novas empresas e estruturas específicas voltadas para áreas de interesse da estatal. Essa estratégia depende, no entanto, da observância aos requisitos constitucionais e legais, que têm sido objeto de uma construção jurisprudencial pelo TCU ao longo dos anos.

O ponto de partida é o art. 37, XX, da Constituição, que condiciona à autorização legislativa a criação de subsidiárias das entidades da administração indireta, bem como a participação de qualquer delas em empresa privada. À primeira vista, a exigência parece impor ao legislador a tarefa de autorizar, caso a caso, cada nova subsidiária. No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou o entendimento, na ADI 1649/DF⁸, de que a autorização legislativa para a criação de subsidiárias possui caráter genérico, bastando que haja uma primeira autorização em lei para a constituição das empresas subsidiárias de determinada estatal.

O TCU respalda o entendimento firmado pelo STF, mas também é favorável à edição de lei específica para a criação da subsidiária. Caso que merece menção a esse respeito é o do Banco do Brasil, cujas subsidiárias integrais Banco Popular do Brasil e BB Administradora de Consórcios foram criadas por autorização legislativa específica, direcionada a seus objetos sociais e consubstanciada na Lei 10.738/2003. Embora a autorização genérica seja suficiente, conforme decidido pelo Supremo, o TCU entendeu, no Acórdão nº 3.230/2020 – Plenário, que⁹ a opção por lei específica conferiu maior segurança jurídica à operação e afastou discussões sobre o alcance da previsão genérica.

A Lei das Estatais traz, ainda, no art. 2º, § 2º, um requisito adicional à autorização legislativa: a relação do objeto social da subsidiária com o de sua estatal controladora (também chamada de “primária” ou “estatal-mãe”). A exigência é uma decorrência lógica do regime jurídico aplicável às empresas estatais, já que estas podem contratar em condições de mercado e sob o regime jurídico de direito privado quando da consecução de suas atividades-fim.

⁸ STF - ADI: 1649 DF, Relator: Maurício Corrêa, Data de Julgamento: 24/03/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 28/05/2004.

⁹ TCU, Acórdão 3230/2020 – Plenário, Relator: Min. Bruno Dantas, j. em 02/12/2020.

É nesse contexto que se insere uma das questões práticas mais relevantes, sobre a possibilidade para que uma estatal crie subsidiárias como etapa preparatória para a alienação de ativos.

No julgamento da venda de refinarias pela Petrobras (Acórdão nº 1.952/2020 – Plenário)¹⁰, a corte concluiu que **a constituição de pessoas jurídicas separadas para acolher as unidades de refino era imprescindível para viabilizar a operação, pois reduzia o risco percebido por investidores** e, por consequência, aumentava a competição e o valor dos ativos ofertados.

Há, porém, um risco que o próprio Tribunal identificou, qual seja, o de que a criação de subsidiárias em série, seguida de alienação do controle, configure um “fatiamento” da estatal-mãe, burlando a exigência de autorização legislativa e licitação que se impõe à desestatização propriamente dita. O TCU registrou esse risco, alertando que, se configurado,



¹⁰ TCU, Acórdão nº 1952/2020 – Plenário, Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, j. em 29/07/2020.

Controle: o conceito que define quem se sujeita à Lei das Estatais

Outro ponto de suma importância no universo das parcerias com estatais, e que tem sido objeto de escrutínio do controle externo, é a definição de controle. A razão é simples, pois determinar se uma empresa é ou não controlada por uma estatal define se ela estará sujeita à Lei das Estatais e, portanto, às obrigações de licitar, realizar concurso público e prestar contas aos órgãos de controle. Para o parceiro privado, a resposta a essa pergunta pode inviabilizar o modelo de negócio.

O Acórdão nº 2.706/2022 – Plenário,¹¹ de relatoria do Ministro Bruno Dantas, aprofunda a matéria. A análise nasceu do acompanhamento das parcerias estratégicas da Caixa Econômica Federal no segmento de cartões (Caixa Cartões) e produziu uma tese paradigmática¹² com implicações que transcendem o caso concreto.

Para compreendê-la, é preciso distinguir dois universos. O primeiro é o das empresas estatais de primeiro grau (“estatal-mãe” ou “primária”), ou seja, as próprias empresas públicas e sociedades de economia mista criadas por lei. Para essas, o critério de controle é formal e explícito. O art. 4º da Lei das Estatais define sociedade de economia mista como entidade “cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria” ao ente público, o que revela um critério quantitativo, pelo qual quem detém mais de 50% do capital votante controla a empresa.

O segundo universo é o das subsidiárias, empresas de segundo grau, controladas por empresas públicas ou sociedades de economia mista (também chamadas de “estatais secundárias”). Aqui, o cenário muda radicalmente. O § 6º do art. 1º da Lei das Estatais dispõe

que se submete ao seu regime “a sociedade, inclusive a de propósito específico, que seja controlada por empresa pública ou sociedade de economia mista”. Mas a lei não define como se dá esse controle.

Esse silêncio, para o TCU, é eloquente. A construção do Tribunal, registrada no Acórdão nº 2.706/2022, parte do art. 7º da Lei das Estatais, que determina a aplicação das disposições da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas) às subsidiárias. Se a norma de direito público remete ao direito societário, e o direito societário adota o conceito de controle material previsto no art. 116 da Lei das S.A., ou seja, **é a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores, independentemente do percentual acionário, que irá determinar o controle das subsidiárias.**

Assim, uma empresa na qual a estatal detenha participação minoritária no capital votante, mas exerça influência dominante por meio de acordo de acionistas ou outros arranjos societários, será considerada subsidiária para fins da Lei das Estatais e estará sujeita ao regime de direito público.

E, na visão do TCU, o Decreto 8.945/2016, ao definir subsidiária exclusivamente pelo critério da maioria das ações votantes (art. 2º, IV), restringiu o alcance da Lei 6.404/1976. Por isso, conforme registrado no voto do Ministro Relator Bruno Dantas, “o critério de controle de uma subsidiária de uma estatal, ante a ausência de sua definição na Lei 13.303/16, é o da influência dominante, em razão do poder de eleger a maioria dos administradores e de ter a preponderância nas deliberações sociais”, que está previsto nos arts. 116 e 243, § 2º, da Lei das S.A.

¹¹ TCU, Acórdão nº 2.706/2022 – Plenário, Relator: Min. Bruno Dantas, j. em 07/12/2022.

¹² Conforme registrado no voto proferido pelo Ministro-Relator Bruno Dantas, o Acórdão TCU 2706/2022 – Plenário possui “o condão de ser uma decisão paradigma, um *leading case*, que orientará e trará mais segurança jurídica nas futuras operações societárias a serem conduzidas pelas empresas estatais”. Trata-se, portanto, de uma das decisões mais relevantes do TCU a respeito do controle das empresas subsidiárias de estatais e da definição do regime jurídico aplicável às suas contratações.

O TCU fez uma ressalva relevante para os casos de controle compartilhado da subsidiária, quando entende que, mesmo que a estatal tenha participação minoritária, o controle compartilhado estabelecido nos atos de governança da subsidiária atrai o regime da Lei das Estatais. Vale o destaque:

“Conforme já evidenciado, pelo desenho societário proposto para a JV Adquirência, o parceiro estratégico deteria 50,01% das ações com direito a voto. Assim, pelo critério formal, adotado na legislação publicista, esse parceiro seria o controlador da empresa. Todavia, no plano fático, da forma como foi estruturado o acordo de acionistas, há efetivamente um controle

compartilhado entre a Caixa Cartões e o parceiro, vez que ambos vão ditar conjuntamente os rumos da companhia, ao elegerem, conjuntamente e de forma paritária, os administradores da companhia e ao deliberarem nas assembleias de acionistas de forma equitativa, nas matérias sociais mais relevantes para a empresa. [...] Com efeito, *in casu*, como foi caracterizado o controle, ainda que compartilhado, consoante a Lei Societária, a JV Adquirência, por ser uma subsidiária da Caixa Cartões, é uma empresa de terceiro grau da Caixa. Assim, **estará sujeita às disposições do Estatuto das Estatais, conforme determina o art. 1º da Lei nº 13.303/16.**” – Trecho do voto de relatoria do Acórdão nº 2.706/2022 – Plenário.



Essa distinção tem consequências diretas para o setor privado. Quem negocia uma joint venture com uma estatal precisa compreender que a estrutura do acordo de acionistas pode ser o fator determinante para enquadrar a nova empresa como subsidiária sujeita à Lei das Estatais. Se o acordo conferir à estatal preponderância nas deliberações, mesmo com participação minoritária, o regime publicístico se imporá.

Há também oportunidades que somente se aplicam às estatais e suas subsidiárias integrais ou controladas, como é o caso da dispensa de licitação prevista no art. 29, XI, da Lei das Estatais – *contratações entre empresas públicas ou sociedades de economia mista e suas respectivas subsidiárias, para aquisição ou alienação de bens e prestação ou obtenção de serviços, desde que os preços sejam compatíveis com os praticados no mercado e que o objeto do contrato tenha relação com a atividade da contratada prevista em seu estatuto social.*

Esse entendimento também foi ratificado pelo TCU. No Acórdão nº 2.645/2017 – **Plenário**¹³, a Corte assentou que a dispensa de licitação prevista no art. 29, XI, da Lei nº 13.303/2016 somente se aplica quando a subsidiária estiver efetivamente submetida ao regime jurídico de direito público. A simples participação estatal em seu capital não basta para justificar a incidência desse regime nem para autorizar a contratação direta com fundamento no art. 29, XI. É indispensável que a subsidiária seja efetivamente controlada pelo Poder Público, sujeitando-se aos mecanismos de controle, fiscalização e responsabilização próprios da Administração Pública, para que, então, possa gozar das prerrogativas a ela inerentes.

Há uma razão clara para esse limite: a necessidade de se preservar a coerência do regime jurídico das empresas estatais com a sua atuação no mercado. Não seria admissível que uma subsidiária usufruísse, ao mesmo tempo, da flexibilidade e autonomia

próprias do regime privado e das prerrogativas excepcionais reservadas às entidades submetidas ao regime público, como é o caso a contratação direta prevista no art. 29, XI, da Lei das Estatais. Admitir essa combinação conferiria à subsidiária uma vantagem competitiva indevida em relação aos demais agentes econômicos, em afronta ao princípio constitucional da livre concorrência (CF/88, art. 170, IV), razão pela qual o TCU ratificou a necessidade de se observar se há um efetivo controle público sobre a subsidiária e, a partir disso, determinar qual dos regimes incidirá sobre suas contratações.

A correta identificação do regime de controle da subsidiária é, portanto, um ponto central para definição de quais negócios poderão ser celebrados com esta e de que forma poderão ser viabilizados, garantindo-se a segurança jurídica e a comprovação de conformidade perante o controle externo.



¹³ TCU, Acórdão 2645/2017 – Plenário, Relator: Min. José Mucio Monteiro, j. em 29/11/2017.



Alienação de participação: o que o TCU exige nos processos de desinvestimento

O processo de alienação de participações societárias por empresas estatais é um dos campos de grande interesse de investidores privados. As regras que governam esses processos definem se a operação será conduzida de forma transparente e competitiva, ou se oferecerá oportunidades apenas a um círculo restrito de interessados, o que também tem sido objeto de atenção pelo TCU.

O marco fundamental é a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 5.624. O Supremo diferenciou duas situações. A alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista de primeiro grau, o que se convencionou chamar de desestatização, exige autorização legislativa e licitação. Já a transferência do controle de subsidiárias e controladas, o desinvestimento, não exige autorização legislativa nem licitação, mas deve ser operacionalizada mediante procedimentos que observem os princípios do art. 37 da Constituição e garantam competitividade entre os potenciais interessados.

Essa distinção é relevante porque boa parte das operações realizadas nos últimos anos envolveu desinvestimentos, e não desestatizações propriamente ditas. A Petrobras vendeu ativos criando subsidiárias e alienando 100% de suas participações. O Banco do Brasil conduziu processos de alienação de participações em coligadas e controladas. Em todos esses casos, não se estava retirando o Estado de uma atividade econômica; estava-se readequando portfólios empresariais.

No caso dos desinvestimentos, as fragilidades que o TCU identificou por meio do Acórdão nº 871/2020 – Plenário¹⁴ servem de referência e alerta para os novos processos. A corte de contas identificou falhas na transparência do processo competitivo, possibilidade de escolha discricionária de assessor financeiro sem consulta ao mercado, restrição de participantes em processos sigilosos, alteração do objeto em fases avançadas sem igualdade de condições, concentração de funções numa única diretoria sem segregação adequada e ausência de gestão de riscos específica para as alienações.

¹⁴ TCU, Acórdão nº 871/2020 – Plenário, Relator: Min. Bruno Dantas, j. em 08/04/2020.

Cada uma dessas fragilidades traduz um risco real para o comprador privado. Se o processo não é transparente, quem participa de boa-fé não tem garantia de que está competindo em igualdade de condições. Se o assessor financeiro foi escolhido sem consulta ao mercado, pode haver conflito de interesses. Se o objeto pode ser alterado a qualquer momento, a proposta perde previsibilidade.

O TCU também distingue claramente entre desinvestimento “puro” e formação de parceria com venda de controle¹⁵. No primeiro caso, a estatal está se retirando de um segmento e busca o maior preço possível, o que favorece ampla competição. No segundo, a estatal mantém participação na empresa e busca um parceiro para o negócio, o que envolve critérios subjetivos (compatibilidade operacional, governança, compromisso de longo prazo) e pode justificar menor nível de competição formal.

A rigor, essa distinção reflete uma gradação no dever de competitividade. O desinvestimento puro deve assegurar o maior nível de competição possível. A

formação de parceria admite ponderações adicionais. Mas em nenhuma hipótese o processo pode ser opaco ou dirigido. O TCU não aceita que a estatal selecione compradores de forma discricionária, sem justificativa e sem publicidade.

Para o mercado, a implicação prática é que participar de um processo de desinvestimento exige diligência prévia sobre a regularidade do procedimento. Adquirir um ativo em processo viciado pode significar risco de anulação ou, no mínimo, de questionamento perante o TCU, com todas as consequências reputacionais e financeiras que isso acarreta.



¹⁵ Vide o já citado Acórdão nº 3.230/2020 – Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, julgado na sessão de 2 de dezembro de 2020.

O sócio público minoritário: direitos, deveres e armadilhas

Quando uma estatal participa como acionista minoritária de uma empresa privada, sem deter controle, formal ou material, o regime jurídico aplicável é essencialmente privado.

A empresa não precisa licitar, não precisa fazer concurso público, não se subordina às regras da Lei das Estatais. Mas isso não significa que o sócio público possa se comportar como se fosse um investidor privado qualquer. A Lei das Estatais prevê obrigações específicas para essa situação.

O art. 1º, § 7º, da Lei das Estatais determina que, na participação em sociedade em que a estatal não detenha controle, ela deverá adotar “práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio”. A lei enumera, em dez incisos, o tipo de informação e controle que a estatal deve buscar, como documentos estratégicos, relatórios de execução orçamentária, transações com partes relacionadas, alavancagem financeira, alienações relevantes e condicionantes socioambientais, entre outros.

Esse dever de governança proporcional é um alerta para o parceiro privado. Mesmo que a empresa resultante da parceria seja formalmente privada e o sócio estatal seja minoritário, ele terá obrigação legal de exercer vigilância ativa sobre o negócio. Na prática, isso se traduz em cláusulas de informação, direitos de acompanhamento e, frequentemente, presença em conselhos ou comitês consultivos.

Ao mesmo tempo, o sócio estatal minoritário sem controle não pode se valer de prerrogativas públicas no âmbito da empresa. É o que pontuou o Ministro Bruno Dantas, relator do Acórdão nº 1.220/2016 – Plenário, ao tratar da participação da CaixaPar na empresa (de controle privado) CPM Braxis¹⁶:

Então, **se a participação da CaixaPar na CPM Braxis S/A, nos moldes acima delineados, não faz com que a empresa investida seja controlada pelo Estado** e, consequentemente, nem esteja sujeita a quaisquer das restrições peculiares ao direito público, **também não se pode admitir que a mera presença do sócio estatal atraia para a empresa participada regalias típicas de entidades sujeitas ao regime jurídico de direito público**. Os resultados esperados da participação estatal no empreendimento devem advir do necessário enquadramento da empresa investida no regime de direito privado. [...] As prerrogativas de governança que a CaixaPar detém na CPM Braxis S/A asseguram determinados poderes no âmbito da empresa (como a possibilidade de indicação de dois diretores, o voto de qualidade sobre determinadas matérias, o direito de veto a certas deliberações). Em tese, não possibilita (ou não deveria possibilitar) que as equipes técnicas da Caixa Econômica Federal executem operações em bens e serviços sob responsabilidade da CPM Braxis S/A. Portanto, **tal tipo de interferência não distingue (ou não deveria distinguir) a empresa participada de qualquer outra empresa contratada mediante licitação**.

¹⁶ TCU, Acórdão nº 1.220/2016 – Plenário, Relator: Min. Bruno Dantas, j. em 18/05/2016.



Ou seja, o sócio estatal minoritário deverá se submeter a todos os limites que se aplicam a qualquer sócio privado, não podendo dispor de prerrogativas públicas no âmbito interno da empresa (privada) meramente participada. A paridade no vínculo associativo é condição da legitimidade do arranjo.

Essa paridade tem implicação direta na possibilidade de contratação. Uma empresa em que a estatal seja acionista minoritária sem controle não pode ser contratada diretamente pela estatal sem licitação. A vantagem da participação societária não gera direito a contratos privilegiados.

Há, portanto, um equilíbrio delicado, pois o sócio público minoritário deve ser ativo na fiscalização e na defesa do interesse público que justificou o investimento, sem transformar a governança privada em gestão burocrática.

Cabe registrar, ainda, que a jurisdição do TCU alcança os representantes da União na assembleia-geral das sociedades em que o Poder Público participe, solidariamente com os membros dos Conselhos Fiscal e de Administração, pela prática de atos de gestão ruinosa ou liberalidade à custa da sociedade¹⁷. Não por acaso, administradores indicados pelo sócio público costumam ser especialmente cautelosos na aprovação de matérias que possam gerar questionamento perante o TCU.

O ponto central é que o sistema de governança da empresa deve garantir balanceamento de poder e segregação de funções para decisões sobre participações societárias. Esse é um aspecto que interessa diretamente ao parceiro privado, pois, na estruturação do acordo de acionistas e do estatuto social, é preciso contemplar mecanismos que permitam ao sócio estatal cumprir suas obrigações legais de monitoramento sem que isso comprometa a agilidade decisória esperada pelo setor privado.

Com isso, o desafio prático de uma empresa público-privada em que a estatal é minoritária está em encontrar o ponto de equilíbrio entre as obrigações de governança impostas pela Lei das Estatais ao sócio público e a necessidade de agilidade operacional que justifica a forma empresarial.

Se a governança for excessiva, a empresa perderá competitividade frente a concorrentes puramente privados. Se for insuficiente, poderá atrair o rechaço do controle externo. A estruturação da governança da empresa participada não depende, assim, apenas da vontade das partes, mas de um quadro normativo que o TCU interpreta e aplica. Essa dimensão regulatória deve ser tratada como um risco gerenciável e não como uma surpresa.

¹⁷ Vide: Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/1992), art. 5º: “A jurisdição do Tribunal abrange: [...] IX - os representantes da União ou do Poder Público na Assembleia Geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital a União ou o Poder Público participem, solidariamente, com os membros dos Conselhos Fiscal e de Administração, pela prática de atos de gestão ruinosa ou liberalidade à custa das respectivas sociedades.”

LIÇÕES DE UMA DÉCADA PARA QUEM SE RELACIONA COM ESTATAIS

Ao longo de 10 anos, o TCU converteu dispositivos da Lei das Estatais em orientações concretas que moldam o dia a dia das empresas que se relacionam com o setor público empresarial. Essa jurisprudência não é estática. Evolui caso a caso, sensível às novas realidades de mercado e às diferentes formas que a atuação estatal assume. Mas algumas diretrizes se consolidaram com clareza suficiente para orientar decisões empresariais.

Vê-se, por exemplo, que, nos casos em que a Lei das Estatais confere maior flexibilidade às contratações públicas, essa liberdade não é tomada como irrestrita pelo TCU. Sempre que a lei afasta o procedimento licitatório, o TCU espera, em contrapartida e à luz das regras previstas na Lei das Estatais, procedimentos que assegurem competitividade, isonomia e transparência às contratações. Especialmente nos casos das oportunidades de negócio, as empresas que desejam ser escolhidas como parceiras de estatais precisam estar preparadas para demonstrar a singularidade de suas características com evidências objetivas e comprovação robusta.

A jurisprudência da corte também denota que a forma jurídica não prevalece sobre a substância. Se uma estatal exerce controle de fato sobre uma empresa, mesmo com participação minoritária, o TCU tratará essa empresa como subsidiária (estatal secundária ou controlada) para todos os efeitos.

A análise dos precedentes também atesta que, para ultrapassar o escrutínio do controle externo, os processos de desinvestimento exigem governança robusta. Não basta identificar um comprador e negociar. É preciso documentar cada etapa, garantir publicidade, oferecer condições isonômicas aos interessados e segregar funções dentro da organização. Também o sócio privado de uma estatal assume riscos regulatórios específicos e a

participação estatal no capital, mesmo minoritária, pode atrair obrigações de transparência e limitações das prerrogativas da empresa participada, que se submeterá ao regime de direito privado, mas deve contar com “práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio” do qual a estatal seja partícipe. Esses riscos e condições devem ser precificados e refletidos na estrutura do negócio desde a fase de negociação.

Em perspectiva, a próxima década de aplicação da Lei das Estatais tende a aprofundar o debate sobre os limites da atuação empresarial do Estado. Os temas de verticalização de operações via subsidiárias, da adoção do critério material de controle e da exigência de competitividade em desinvestimentos ainda não encontraram solução definitiva. O setor privado que atua nesse espaço precisa acompanhar essa evolução com atenção, antecipar riscos e estruturar suas operações com a solidez que o ambiente regulatório demanda.





AVISO: Este documento tem caráter exclusivamente informativo e não constitui opinião legal ou aconselhamento jurídico sobre casos específicos. As conclusões e recomendações aqui apresentadas refletem a análise dos acórdãos citados até a data de publicação e podem ser superadas por decisões posteriores ou por alterações legislativas. Para mais informações e orientação sobre os temas discutidos, consulte a equipe de Direito Administrativo e Projetos Governamentais de TozziniFreire Advogados.

Sócios responsáveis pelo conteúdo:

 Caio de Souza Loureiro

 José Augusto Dias de Castro

Contribuíram para este e-book:

 Gabriel Ene Garcia | Advogado Sênior

 Filipe Camponez Brambilla | Advogado Pleno