

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

RAUL DIAS DOS SANTOS NETO

**FORMAÇÃO DE PARCERIAS EMPRESARIAIS ENTRE ESTATAIS E EMPRESAS
PRIVADAS**

SÃO PAULO

2022

RAUL DIAS DOS SANTOS NETO

**FORMAÇÃO DE PARCERIAS EMPRESARIAIS ENTRE ESTATAIS E EMPRESAS
PRIVADAS**

Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Campo do conhecimento: Direito Público

Orientadora: Vera Cristina Caspari Monteiro

SÃO PAULO
2022

Santos Neto, Raul Dias dos.

Formação de parcerias empresariais entre estatais e empresas privadas / Raul Dias dos Santos Neto. - 2022.

118 f.

Orientador: Vera Cristina Caspari Monteiro.

Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

1. Brasil. [Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016]. 2. Parceria público-privada. 3. Empresas públicas. 4. Brasil. Tribunal de Contas da União. 5. Direito público. I. Monteiro, Vera Cristina Caspari. II. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 342

Ficha Catalográfica elaborada por: Isabele Oliveira dos Santos Garcia CRB SP-010191/O

Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas - SP

RAUL DIAS DOS SANTOS NETO

**FORMAÇÃO DE PARCERIAS EMPRESARIAIS ENTRE ESTATAIS E EMPRESAS
PRIVADAS**

Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito

Área de concentração: Direito Público

Data da aprovação: ___/___/___

Banca examinadora:

Prof^a. Vera Cristina Caspari Monteiro
FGV Direito SP

Prof. Andre Janjacomro Rosilho
FGV Direito SP

Prof. Mario Marcio Saadi Lima

AGRADECIMENTOS

Todo o esforço dispensado a esse trabalho só foi possível em função das pessoas com as quais compartilho (ou já compartilhei) minha rotina.

Primeiramente agradeço a todos meus colegas de trabalho, que foram essenciais em “carregar o piano” nos momentos em que tive de me ausentar para acompanhar as aulas. São eles: Amanda Namur, Camila Neves, Eduardo Guerra, Felipe Picolo, Gabriela Altit, Igor Moreira, Juliana Deguirmendjian, Marília Kotait, Natalia Chang, Patrícia Mattos, Pedro Mazer, Samuel Castro, Talita Santos e Thais Silva.

Aos meus superiores pelo incentivo: André Luis Freire e Thiago Sombra.

Pela disposição em indicar pontos de melhora, Henrique Silveira Lago.

Agradeço à Professora Vera Monteiro, por ter me honrado com sua orientação. Ao Professor André Rosilho, pela participação em minha banca de defesa.

Ao Mário Saadi, pelo incentivo, mentoria e parceria de todos os anos.

À minha mãe, Sônia Maria de Toledo e ao meu pai, Raul Dias dos Santos Filho, por todo apoio.

E *last but not least*: Maria Júlia Marino Nogueira, grande amor da minha vida, por toda paciência.

RESUMO

A Lei Federal 13.303/2016 (Lei das Estatais) colocou em evidência o tema das parcerias estratégicas entre empresas estatais e empresas do setor privado. Mais especificamente, o art. 28, § 3º, II, afastou a incidência de regras de licitação pública para o processo de formação de parcerias.

O fenômeno jurídico das parcerias antecede a Lei das Estatais. Nesse sentido, o propósito original do dispositivo específico foi incrementar segurança e garantir flexibilidade para estatais formarem suas parcerias.

Ainda não está claro se esse propósito foi cumprido na prática.

Por outro lado, o dispositivo proporcionou espaço para controle mais intenso do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre as parcerias. Isso se verifica a partir de precedentes do TCU sobre parcerias estratégicas de empresas estatais federais antes e após a Lei das Estatais.

Há uma mudança de orientação do TCU: de uma postura que não se preocupava com o processo de formação de parcerias, de modo que focava em aspectos pontuais desse processo, para uma postura ativa de questionamento do processo de forma geral e inclusive com a imposição de requisitos que não foram contemplados expressamente pela Lei das Estatais.

Essa postura de questionamento ativo se acentua para as parcerias analisadas após a Lei Federal 13.303/2016. Nesse ponto, é válido destacar caso no qual o TCU determinou aos gestores de empresa estatal a revisão e renegociação de cláusulas econômico-financeiras de uma parceria contratual celebrada.

Esse posicionamento deve gerar maiores precauções do lado de gestores de empresas estatais, e, também, por parte de empresas privadas quanto ao processo de formação, para que sejam mitigados riscos à validade jurídica das parcerias a serem entabuladas.

Assim, além de identificar a mudança de orientação do TCU quanto ao tema e os aspectos relevantes de cada um dos precedentes compilados, o trabalho também avalia os normativos das principais estatais federais no intuito de extrair pontos de boa prática que possam ser replicados para outros casos e resguardar a validade jurídica das futuras parcerias.

Palavras-chave: Empresas estatais. Parcerias estratégicas. Tribunal de Contas da União. Lei das Estatais. Inviabilidade de procedimento competitivo. Motivação.

ABSTRACT

Federal Law No. 13,303/2016 (State-owned Corporations Act) put strategic partnerships between state-owned companies and private companies in the spotlight. More specifically, article 28, paragraph 3rd, II, exempted the incorporation of such partnerships from public procurement rules.

The legal phenomena of partnerships precedes the State-owned Corporations Act. In this sense, the rationale underlying the aforementioned provision was to increase legal certainty and ensure flexibility for state-owned companies to incorporate partnerships.

In practice, it is still not clear if such rationale is being fulfilled.

On the other hand, the provision created a space for the Federal Court of Audits (*Tribunal de Contas da União* – TCU) to exert a more intensive controlling power over partnerships. This can be assessed based on TCU's precedents entailing strategic partnerships entered into by federal state-owned companies before and after Federal Law No. 13,303/2016.

There is a change regarding TCU's orientation: from a posture that did not account for the proceeding related to formation of the partnership, but was rather focused on specific matters of such proceeding, to an active posture that questions the proceeding as a whole and establishes requirements that are not expressly provided for in the State-owned Corporations Act.

This active posture grows after the State-owned Corporations Act. It is worth highlighting a case in which TCU imposed to members of a state company to undertake a review and renegotiate economic-financial clauses of a partnership which was already established.

This posture should imply precautions from members of state-owned companies, as well, as for private companies concerning the formation proceeding in order to mitigate risks on the legal validity of future partnerships.

Therefore, besides assessing the change in TCU's posture regarding the matter at hand and the relevant aspects of each of the analyzed precedents, this work also comprises the internal statutes of the main federal state-owned corporations in order to extract good practice points that may be replicated to other cases and shield the legal validity of future partnerships.

Keywords: State-owned corporations. Strategic partnerships; Federal Court of Audits. State-owned corporations law. Unfeasibility of competitive proceeding. Motivation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
METODOLOGIA.....	14
1. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O DEVER GERAL DE LICITAR E A FORMAÇÃO DE PARCERIAS	18
1.1. PROJETO DE LEI DAS EMPRESAS ESTATAIS.....	18
1.2. NATUREZA JURÍDICA DA FORMAÇÃO DE PARCERIA	20
1.3. ELEMENTOS DE MOTIVAÇÃO	23
2. PARÂMETRO DE MOTIVAÇÃO PARA FORMAÇÃO DE PARCERIAS: OS CASOS ENVOLVENDO EMPRESAS ESTATAIS ANALISADOS PELO TCU E OS NORMATIVOS INTERNOS DAS ESTATAIS	26
2.1. PETROBRAS.....	27
2.1.1. <i>Parcerias do setor petroquímico</i>	27
2.1.2. <i>Parceria entre Petrobras e Total</i>	29
2.1.3. <i>Sistemática de desinvestimentos da Petrobras</i>	31
2.1.4. <i>Procedimento Petrobras</i>	34
2.2. ELETROBRAS	44
2.2.1. <i>Reestruturação societária da Serra do Facão S.A.</i>	44
2.2.2. <i>Auditoria operacional das parcerias de Furnas</i>	46
2.2.3. <i>Alienação da Intesa</i>	48
2.2.4. <i>Procedimento da Eletrobras</i>	51
2.3. CEF	57
2.3.1. <i>Caso do BPAN</i>	58
2.3.2. <i>Casos Branes e Braxis</i>	58
2.3.3. <i>Procedimento da CEF</i>	62
2.4. TELEBRAS	64
2.4.1 <i>Parceria entre Telebras e Viasat</i>	64
2.4.2 <i>Procedimento da Telebras</i>	70
2.5. ECT.....	73
2.5.1 <i>Parceria entre ECT e Azul</i>	73
2.5.2 <i>Procedimento da ECT</i>	77
2.6. BANCO DO BRASIL.....	78
2.6.1. <i>Operações com base na Lei Federal 11.908/2009</i>	79
2.6.2. <i>Desinvestimentos do BB</i>	81
2.6.3. <i>Sistemática processual de parcerias do BB</i>	82
2.6.4. <i>Procedimento do BB</i>	85
2.7 BNDES	90
2.8. MUDANÇA DE POSTURA DO TCU: ANTES E APÓS A LEI DAS ESTATAIS.....	91
2.8.1. <i>Estratégia de controle e imposição de novas exigências para a motivação da formação de parcerias</i>	92
2.8.2. <i>“Inviabilidade de processo competitivo”: visão do TCU e uso do elemento para fins de controle</i>	96
2.8.3. <i>Premissa: inadequação de associação de processos de seleção e prospecção com viabilidade de processo competitivo</i>	98
3. MELHORES PRÁTICAS E PONTOS DE ATENÇÃO	100
3.1. RESTRIÇÕES QUANTO AO OBJETO DA PARCERIA.....	100

3.2. CRITÉRIOS PARA CARACTERÍSTICAS PARTICULARES, OPORTUNIDADE DE NEGÓCIO E PROCEDIMENTOS	103
4. CONCLUSÕES.....	107
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	112

INTRODUÇÃO

As empresas estatais são meios que viabilizam a intervenção direta do Estado na economia. Com o propósito de desempenhar atividades fundamentadas em imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, essa técnica de descentralização administrativa serve para criação de unidades organizacionais com capacidade de autogestão. Pela regra constitucional, essa atuação empresarial do Estado deve se dar em paridade com o setor privado (art. 173, § 1º, II)¹.

A Constituição exige lei específica para a instituição de empresas estatais e autorização legislativa para que elas criem subsidiárias e/ou se associem ao setor privado².

A evolução da complexidade das atividades desempenhadas pela administração pública, em resposta às necessidades da sociedade como um todo, reivindica que seus instrumentos organizacionais sejam capazes de viabilizar atuação adequada. No caso de empresas estatais, isso implica atuação alinhada ao princípio da eficiência e uma aproximação ao regime jurídico do direito privado, conforme imposto pela Emenda Constitucional 19/1998.

A formação de parcerias³ entre empresas estatais e empresas privadas corresponde a um desses instrumentos e está inserida no tema geral da evolução das contratações públicas em função do incremento de complexidade da atuação da administração pública.

Mais especificamente, a presente dissertação diz respeito às parcerias de que trata o art. 28, §3º, II, da Lei Federal 13.303/2016 (Lei das Estatais)⁴. Ele afirma ser hipótese de inaplicabilidade de licitação quando empresas estatais selecionam parceiros privados com “características particulares” para “oportunidades de negócio definidas e específicas”, desde que reste justificada a “inviabilidade de procedimento competitivo”. Esses três pontos

¹ Art. 173 da Constituição Federal: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

² Parceria estratégica e aliança estratégica têm sido os termos utilizados para se designar esse tipo de associação entre setor público e privado. No presente trabalho, utilizo os termos “parceria”, “parceria estratégica”, “aliança estratégica” e “parceria empresarial” sem qualquer distinção entre eles.

³ Parceria estratégica e aliança estratégica têm sido os termos utilizados para se designar esse tipo de associação entre setor público e privado. No presente trabalho, utilizo os termos “parceria”, “parceria estratégica”, e “aliança estratégica” sem qualquer distinção entre eles.

⁴ Art. 28, §3º, da Lei das Estatais: “São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações: [...] II – nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo”.

correspondem aos requisitos/elementos de motivação que devem ser cumpridos para fins de validade jurídica da parceria.

O § 4º do mesmo art. 28 traz o conceito de oportunidades de negócio, que abrange um conjunto de situações distintas de formação e extinção de arranjos associativos entre estatais e setor privado, tais como parcerias contratuais, novas estruturas societárias (*joint ventures*) e operações no mercado de capitais⁵.

Tais dispositivos consagram a submissão do procedimento de escolha da pessoa jurídica de direito privado que formará parceria com determinada empresa estatal a um regime mais próximo do direito privado, e, reflexamente, menos próximo do direito público. Segundo as palavras de Carlos Ari Sunfeld, trata-se de um regime mais “liberal” e menos “regulatório”⁶. E isso se alinha ao art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal, na medida em que esse dispositivo determina a sujeição de empresas estatais ao regime jurídico próprio das empresas do setor privado.

A formação de parcerias entre empresas estatais e privadas nos moldes do citado art. 28, §3º, II, corresponde a fenômeno jurídico que precede a edição da Lei das Estatais.

Antes da Lei Federal 13.303/2016, as empresas estatais nacionais formavam parcerias com o setor privado com base em permissivos legais para fins de atendimento ao art. 37, XX, da Constituição Federal⁷.

No caso da Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras) e Centrais Elétricas do Brasil S/A (Eletrobras), o art. 64 da Lei Federal 9.478/1997⁸ e o art. 15, § 1º, da Lei 3.890-A/1961⁹,

⁵ Art. 28, § 4º, da Lei das Estatais: “Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente”.

⁶ “Normalmente se diz que a administração pública comum é sujeita ao direito administrativo (mais regulatório), enquanto a administração pública empresarial segue em geral o direito privado (mais liberal), embora em alguns casos se sujeite ao direito administrativo comum, e em outros casos a uma mistura desses grandes regimes jurídicos, razão pela qual se pode falar em um direito administrativo empresarial” (ARI SUNDFELD, Carlos. Incerteza nas contratações estatais: estratégia do controle público ainda em desenvolvimento? *REVISTA ELETRÔNICA DA PGE-RJ*, [S. l.], v. 1, n. 1, 2018. Disponível em: <http://revistaelectronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/17>. Acesso em: 20 jul. 2020).

⁷ Art. 37, XX, da Constituição Federal: “depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”.

⁸ Art. 64 da Lei Federal 9.478/1997: “Para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a PETROBRÁS autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas”.

⁹ Art. 15 da Lei 3.890-A/1961: “A ELETROBRÁS operará diretamente ou por intermédio de subsidiárias ou empresas a que se associar, para cumprimento de seu objeto social. § 1º A Eletrobras, diretamente ou por meio de suas subsidiárias ou controladas, poder-se-á associar, com ou sem aporte de recursos, para constituição de consórcios empresariais ou participação em sociedades, com ou sem poder de controle, no Brasil ou no exterior, que se destinem direta ou indiretamente à exploração da produção, transmissão ou distribuição de energia elétrica”.

respectivamente, veicularam autorização genérica para o propósito de associação ao setor privado¹⁰.

Para Banco do Brasil S/A (BB) e Caixa Econômica Federal S/A (CEF), a Lei Federal 11.908/2009 permitiu a associação, direta ou indireta, com empresas do setor privado por meio da aquisição de participação em instituições financeiras, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos¹¹, com ou sem controle do capital social¹².

Se esse tipo de parceria sempre existiu, qual teria sido o efeito da nova regra veiculada pela Lei das Estatais?

A resposta para essa pergunta se dará com base na análise do posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU) a partir de precedentes que versam sobre parcerias de empresas estatais, que foram selecionadas de acordo com a metodologia que embasa o presente trabalho.

O primeiro objetivo do trabalho é identificar se houve mudança de postura do TCU em relação às análises sobre parcerias formadas que lhe foram submetidas antes e depois do advento do art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais.

O segundo objetivo corresponde à identificação de pontos sensíveis para a devida motivação da formação de parceria e de boas práticas para que empresas estatais e empresas do setor privado se associem sem incorrer em conduta que possa ensejar questionamentos sobre a validade da parceria por parte de tribunais de contas.

Como subproduto da análise de precedentes do TCU, verificarei se, e como, a atuação do TCU impactou o *iter* procedimental das estatais selecionadas no trabalho para escolha de parceiros. Essa verificação ocorrerá a partir dos normativos internos das referidas estatais encontrados na pesquisa.

A preocupação com o TCU se dá pelo fato de o compêndio jurisprudencial sobre a formação de parcerias, relativamente escasso e em construção (porém em processo de consolidação), contemplar precedentes relevantes da Corte de Contas que evidenciam a sensibilidade e complexidade do tema.

¹⁰ Frise-se que no âmbito da ADI 1649-1, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a autorização genérica no bojo da lei de criação da sociedade de economia mista é suficiente para a criação de subsidiárias (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1649-1*, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, Data de Julgamento 24/03/2004).

¹¹ Os outros ramos se referiam àqueles descritos nos arts. 17 e 18 da Lei 4.595/1964 e aos ramos de atividades complementares do setor financeiro.

¹² A permissão para fins de associação era limitada até 30 de junho de 2011. Posteriormente, foi publicada a Lei Federal 13.262/2016, a qual estendeu referido prazo até 31 de dezembro de 2018 e permitiu a associação voltada ao ramo de tecnologia da informação.

O presente trabalho não tratará diretamente sobre o que pode ser contemplado como objeto (escopo) das parcerias entre estatais e setor privado, nem sobre procedimentos para desfazimento de parcerias. A abordagem desses temas é feita apenas na medida em que contribuem para o tema ligado ao cumprimento dos requisitos de motivação para formação das parcerias.

Ademais, o trabalho não versará sobre a aquisição de participação acionária por entes administrativos para fins de fomento, aquisições com base no art. 5º da Lei Federal 10.973/2004¹³, nem sobre sociedades de propósito específico (SPEs) que tenham participação estatal que celebraram parcerias público-privadas nos termos da Lei Federal 11.079/2004¹⁴ ou SPEs concessionárias que foram submetidas a ter uma empresa estatal como sócia pelos respectivos editais de licitação¹⁵.

Também não analisarei as razões que alicerçam a atuação do TCU no que diz respeito às parcerias nem sobre se a atuação e os efeitos dela derivados são ou não juridicamente legais. Esse viés pragmático visa a que o trabalho trate de problemas práticos independentemente de controvérsias sobre aspectos teórico-jurídicos.

Nesse sentido, os quesitos que orientam a dissertação são:

- Houve mudança de postura do TCU quanto à análise de parcerias estratégicas após a edição da Lei das Estatais?
- Considerando os conceitos abertos do art. 28, § 3º, II da Lei das Estatais, o que a jurisprudência do TCU revela sobre sua interpretação?
- O que o TCU compreende por “inviabilidade de procedimento competitivo”, para fins de formação de parceria relacionada à oportunidade de negócio? A existência de mais de um parceiro com “características particulares”, aptos para uma mesma “oportunidade de negócio”, desvirtuaria hipótese de inviabilidade de competição para fins de aplicação do art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais?
- Na jurisprudência do TCU, o tipo de oportunidade de negócio, nos termos do § 4º do art. 28 da Lei das Estatais, importa para fins de identificação do rito procedimental aplicável?

¹³ Art. 5º da Lei Federal 10.973/2004: “São a União e os demais entes federativos e suas entidades autorizados, nos termos de regulamento, a participar minoritariamente do capital social de empresas, com o propósito de desenvolver produtos ou processos inovadores que estejam de acordo com as diretrizes e prioridades definidas nas políticas de ciência, tecnologia, inovação e de desenvolvimento industrial de cada esfera de governo”.

¹⁴ Art. 9º da Lei Federal 11.079/2004: “Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. [...] § 4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo”.

¹⁵ Caso das concessionárias de complexos aeroportuários que possuem participação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO (Guarulhos, Galeão, Confins, Brasília e Viracopos).

- Na jurisprudência do TCU, quais elementos, fatores e circunstâncias devem ser considerados para a configuração das “características particulares” do potencial parceiro privado e para a configuração da “oportunidade de negócio” para fins da formação da parceria?
- Na jurisprudência do TCU, quais são os requisitos mínimos e etapas essenciais para a estruturação de parcerias entre estatais e empresas privadas destinadas à concretização de uma oportunidade de negócio?
- Quais são os alertas, recomendações de conduta e melhores práticas que se pode listar sobre o art. 28, §3º, II, no que diz respeito ao processo de formação de parcerias, a partir da jurisprudência do TCU?

A relevância do presente trabalho está no potencial que possui de servir como guia para que gestores públicos possam adotar procedimento adequado para a estruturação de parcerias com empresas privadas e evitar questionamentos sobre a validade jurídica das parcerias formadas por parte do TCU e outros órgãos de controle¹⁶. O resultado final do trabalho também servirá para orientar empresas privadas que entrem em processo de negociação e seleção junto a empresas estatais para a formação de parcerias.

Compreender como o TCU tem entendido o tema é relevante para dar maior previsibilidade aos futuros processos de formação de parcerias estatais.

¹⁶ O trabalho tem o TCU como foco. No entanto, entendo que o cumprimento de requisitos e adoção de cautelas para se evitar questionamentos por parte desta Corte de Contas pode ser aproveitado para evitar risco de questionamento por outros órgãos de controle.

METODOLOGIA

Preliminarmente, importa destacar a influência do TCU: a Corte de Contas é um dos protagonistas de uma cultura de controle ampliativo que se instaurou sobre a administração pública¹⁷.

O exercício desse controle possui como principal instrumento a ampliação de funções e a vagueza do uso de princípios administrativos abstratos, potencializado pelo fato de os gestores da administração pública serem desprovidos de prerrogativas e proteções perante tribunais de contas, o que os coloca em posição de vulnerabilidade¹⁸. Isso permite ao TCU emanar decisões – baseadas em interpretações construídas a partir de conceitos abertos (tal como os abstratos princípios do direito administrativo) – que criam condições e requisitos não previstos expressamente em lei.

Esse processo se verifica, em alguma medida, na forma como o TCU está construindo as interpretações das regras aplicáveis ao procedimento de seleção de parceiros nos termos do art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais, com base nas parcerias que são submetidas a sua análise.

Para ilustrar essa influência, selecionei julgados do TCU que versam sobre parcerias, criadas tanto antes como após a Lei das Estatais.

Essa seleção resulta de pesquisa que focou nas parcerias celebradas com privados pelas seguintes empresas estatais federais: Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras), Centrais Elétricas do Brasil S/A (Eletrobras), Banco do Brasil S/A (BB) e Caixa Econômica Federal S/A (CEF). Essas empresas, juntas, correspondem a aproximadamente 80% do total de patrimônio líquido das estatais federais¹⁹. Elas controlam 98% do total das subsidiárias²⁰ de empresas estatais.

¹⁷ “O Tribunal de Contas vem cada vez ampliando mais sua atuação, procurando não só participar nas discussões sobre as variadas questões de que se ocupa a Administração como influir de modo efetivo na alteração de comportamentos dos agentes estatais, na adoção de políticas públicas, etc.” (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites. In SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.) *Tribunal de contas da união no direito e na realidade*. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 19).

¹⁸ “É plausível supor que, com base em categorias tão amplas, parte do exercício do controle público esconda simples discordâncias de opiniões entre controladores e controlados – um (ii) controle de *opinião* sobre a interpretação jurídica de normas ou de práticas” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], p. 43–61, 2018, p. 45. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649>. Acesso em: 01 set. 2021).

¹⁹ Os grupos dessas quatro empresas representam 78% do total de patrimônio líquido das estatais brasileiras federais (R\$ 604,8 bilhões do total de R\$ 768,8 bilhões), conforme a 16ª Edição do Boletim de Empresas Estatais Federais (Fl. 46). (BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Sest). *Boletim de Empresas Estatais Federais*. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-das-empresas-estatais-federais>. Acesso em: 13 set. 2021).

A pesquisa analisou todas as parcerias formadas pelas estatais citadas e que foram objeto de análise pelo TCU.

Por parceria, me refiro às associações entre empresas privadas e empresas estatais para a concretização de algum objetivo econômico ligado à expansão ou incremento de capacidade de atuação em mercado concorrencial, seja pela (i) criação de uma nova empresa (*e.g.* sociedade de propósito específico ou *joint venture*) que terá participação acionária de ambas; pela (ii) alienação de participação acionária de subsidiária de empresa estatal ou empresa privada, ou da própria empresa privada (a qual seria a própria parceira privada); e por (iii) arranjos contratuais que não repercutam em operações societárias.

O trabalho deixou de fora as participações acionárias do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) em empresas privadas. Ainda que elas, pudessem se configurar como parceria com base no elástico conceito de oportunidade de negócio do § 4º do art. 28 da Lei das Estatais, elas foram realizadas em um contexto de fomento, que não se confunde com uma decisão de exploração direta de atividade econômica pelo Estado por meio de associação de esforços com o setor privado²¹.

No entanto, o trabalho incluiu um caso relevante do BNDES que foi objeto de análise pelo TCU. Trata-se do uso da Lei das Estatais para fundamentar a contratação de assessores especializados pelo banco público (art. 28, § 3º).

Por outro lado, o trabalho incluiu as análises do TCU sobre as parcerias formadas pela Telecomunicações Brasileiras S/A (Telebras) e pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), pois são os únicos casos nos quais houve avaliação mais aprofundada sobre o processo de formação de parcerias específicas com base na Lei das Estatais. Com exceção de caso de análise geral de sistemática do BB, todos os outros casos de parcerias que analisei se referem a associações erigidas sem ter como fundamento jurídico o art. 28, § 3º, II, da Lei Federal 13.303/2016.

²⁰ Conforme a 16ª Edição do Boletim de Empresas Estatais Federais, datado do 4º Trimestre de 2020, a Petrobras possui 20 (vinte) e a Eletrobras 47 (quarenta e sete) subsidiárias que, teoricamente, podem formar parcerias com o setor privado (Fls. 38-39). Esse montante equivale a 97,9% do total de 99 (noventa e nove) subsidiárias indiretamente controladas pela União e sediadas no Brasil, sendo o restante distribuído entre Banco do Brasil S/A (12), CEF (18) e BNDES (2). (BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Sest). *Boletim de Empresas Estatais Federais*. 2020. Disponível em? <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-das-empresas-estatais-federais>. Acesso em: 13 set. 2021).

²¹ Nesse sentido, me amparo na diferenciação de *grau* e de *finalidade* entre fomento e exploração de atividade econômica feita por Mário Saadi (SAADI, Mario. *Empresa semiestatal*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 215-216). Adicionalmente, é interessante mencionar que o art. 1º, §2º, do Decreto Federal 9.188/2017, estipula que as empresas controladas por instituições financeiras públicas e os bancos de investimento não se submetem ao regime especial de desinvestimentos disciplinado pelo referido diploma, de modo que devem continuar sendo regidos pelo art. 28, § 3º, I, da Lei das Estatais.

As parcerias analisadas abrangem não só casos de formação de parcerias como também procedimentos de desinvestimentos. Estes últimos são relevantes à medida que também configuram oportunidade de negócio e, por isso, abrangidos pela ideia mais ampla de parceria estratégica. Além disso, a comparação entre os procedimentos é relevante para que se compreenda o rito aplicável à parceria, sobretudo no que diz respeito ao elemento de inviabilidade de procedimento competitivo.

Ademais, analisarei os procedimentos adotados pela Petrobras, Eletrobras, Telebras e ECT com base nos normativos internos destas empresas, da CEF²², – com base nos documentos referentes às divulgações de oportunidade para parcerias, – e do BB – com base em descrição feita por unidade técnica do TCU, – no intuito de não só realizar a descrição procedimental, mas também de identificar melhores práticas de cada um deles que possam ser úteis para gestores públicos²³.

Os seguintes pontos serão verificados nos casos analisados pelo TCU:

(i) quem instou a atuação do TCU no caso? Foi órgão próprio da Corte de Contas ou algum terceiro com interesse na parceria?

(ii) o TCU analisou o cumprimento dos requisitos/elementos de motivação para a formação de parcerias?

(iii) a parceria foi celebrada anterior ou posteriormente à Lei das Estatais?

(iv) a análise do TCU versou propriamente sobre a formação de parceria ou sobre algum outro procedimento passível de enquadramento no conceito de oportunidade de negócio nos termos do art. 28, § 4º, da Lei das Estatais?

(v) é possível extrair algum aspecto procedimental relevante para a formação da parceria a partir do caso analisado?

(vi) a atuação do TCU influenciou na adaptação de normas internas da estatal cuja parceria foi objeto de análise para fins de formação de parcerias?

(vii) houve impacto para a(s) parceria(s) em discussão?

As análises mencionadas estão limitadas às deliberações exaradas pelo TCU e aos normativos editados pelas estatais até 13.09.2021.

Com base nos casos de parcerias das empresas estatais e nos procedimentos utilizados, entendo que poder-se-á extrair elementos aptos a balizar adequadamente procedimento para

²² O acesso, via *e-sic*, às normas sobre formação de parcerias da CEF me foi negada, sob alegação de que tais documentos são de natureza interna e estratégica. O mesmo ocorreu em relação à norma do BB.

²³ Não analisei os normativos internos da CEF e do BB, uma vez que o acesso a ambos via *e-sic*, me foi negado, sob alegação de que tais documentos são de natureza interna e estratégica.

gestores de outras estatais, sobretudo pela representatividade econômica e capilaridade societária das empresas contempladas.

Mais uma vez, a análise também deve proporcionar maior segurança para as empresas privadas que se engajarem em processos para formar parcerias com empresas estatais.

1. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O DEVER GERAL DE LICITAR E A FORMAÇÃO DE PARCERIAS

A formação de parcerias é incompatível com o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição Federal) e com o regime próprio de licitações de empresas estatais (art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal).

A Constituição obrigou as estatais a se submeterem ao dever de licitar obras, serviços, compras e alienações (art. 173, § 1º, III)²⁴.

Tanto o art. 37, XXI, como o art. 173, § 1º, III, atribuem à lei a definição dos aspectos procedimentais da licitação.

A previsão constitucional de norma legal própria para estatais, voltada a disciplinar, entre outros temas, seu regime de licitações, pressupõe a necessidade de adaptação desse regime à dinâmica das empresas estatais. Tal necessidade deriva da previsão do art. 173, § 1º, II, o qual dispõe sobre o regime jurídico próprio de direito privado das empresas estatais.

1.1. PROJETO DE LEI DAS EMPRESAS ESTATAIS

O dispositivo sobre parcerias não constava originalmente do Projeto de Lei do Senado 555/2015 (PLS 555), origem da Lei das Estatais.

A Emenda nº 3 ao PLS 555 do Senador Antonio Anastasia inseriu protótipo do dispositivo, o qual excluía, do regime de licitações, contratações próprias da atividade negocial prevista no objeto social e operações realizadas no âmbito do mercado de capitais²⁵.

O racional era que estatais submetidas ao regime de livre concorrência não deveriam se submeter ao “regime custoso e demorado análogo ao previsto na lei de licitações”²⁶.

A Emenda nº 30 do Senador Delcídio do Amaral veiculou substitutivo ao PL 555. Esse substitutivo estipulava que a licitação não se aplicaria para as contratações próprias da atividade negocial da estatal, na formação de parcerias, consórcios e outras formas

²⁴ Art. 173, §1º, III, da Constituição Federal: “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

²⁵ Art. 27, § 3º, da Emenda 3 ao PLS 555: “Ficam excluídas da incidência das disposições deste Título, as contratações próprias da atividade negocial prevista no objeto social das estatais, inclusive a venda de bens cuja incorporação ao patrimônio haja derivado de procedimentos judiciais, dação em pagamento ou permuta, para a liquidação ou amortização de operações; e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, compreendendo a subscrição de quotas de fundos de investimentos com bens”.

²⁶ BRASIL. Senado Federal. *Emenda ao Projeto de Lei 555*. Brasília: DF, [s.d], p. 5. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122838>. Acesso em: 04 mar. 2021.

associativas, na aquisição e alienação de participação em sociedades empresárias, parcerias, consórcios e outras formas associativas e nas operações realizadas no âmbito do mercado de capitais²⁷.

Os dispositivos da Emenda nº 30 foram replicado pelas Emendas nº 38 e 44 do Senador Donizeti Nogueira²⁸. A justificativa era que a lei deveria trazer exemplos de “inaplicabilidade de licitação, como meio de dissipar controvérsias que eventualmente se estabelecem com os órgãos de controle e que acabam por limitar a atuação dos administradores”²⁹ em função de temor de “interpretações advindas de quem em verdade não atua em mercado competitivo”³⁰.

Assim, a justificativa tinha como norte buscar equiparar a atuação de estatais exploradoras de atividade econômica com a “agilidade, meios e custos dos seus concorrentes, sob pena de, em desvantagem, não poderem cumprir com seus objetivos de maneira eficiente, seja sob a ótica do interesse público, como do interesse particular de seus acionistas”³¹.

A Emenda nº 87 ao PLS 555 do Senador Walter Pinheiro veiculou substitutivo que em seu art. 93, XX, elencou a formação de parcerias, consórcios e outras formas associativas, objetivando o desempenho de atividades compreendidas no estatuto ou contrato social da empresa, como hipótese de dispensa de licitação³².

A versão final do dispositivo sobre parcerias que foi promulgada com a Lei das Estatais veio com o substitutivo do Senador Tasso Jereissati, veiculado por meio do Parecer 1.188/2015. Esse parecer se limitou a apontar que as estatais estavam dispensadas de fazer

²⁷ Art. 37 da Emenda 30 ao PL 555: “As contratações de obras, serviços, compras e alienações celebradas por empresa estatal deverão observar as normas para licitações e contratos aplicáveis à administração pública, inclusive aquelas previstas na Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput: I – às contratações próprias da atividade comercial prevista em seu objeto social; II – na formação de parcerias, consórcios e outras formas associativas; III – na aquisição e alienação de participação em sociedades empresárias, parcerias, consórcios e outras formas associativas; IV – nas operações realizadas no âmbito do mercado de capitais compreendendo a subscrição de quotas de fundos de investimento com bens”. (BRASIL. Senado Federal. *Emenda ao Projeto de Lei 555*. Brasília:DF, [s.d], p. 5. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122838>. Acesso em: 04 mar. 2021).

²⁸ Essas emendas possuem conteúdo idêntico. Ainda, a Emenda nº 69 ao PL 555 do Senador Delcídio do Amaral veiculou o mesmo conteúdo das Emendas nº 38 e 44.

²⁹ Emenda 38. Justificativa (BRASIL. Senado Federal. *Emenda ao Projeto de Lei 555*. Brasília:DF, [s.d], p. 5. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122838>. Acesso em: 04 mar. 2021, p. 2).

³⁰ BRASIL. Senado Federal. *Emenda ao Projeto de Lei 555*. Brasília:DF, [s.d], p. 5. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122838>. Acesso em: 04 mar. 2021, p. 2.

³¹ BRASIL. Senado Federal. *Emenda ao Projeto de Lei 555*. Brasília:DF, [s.d], p. 5. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122838>. Acesso em: 04 mar. 2021, p. 2.

³² Art. 93 da Emenda nº 87 ao PLS 555: “É dispensável a licitação nas seguintes hipóteses: [...] XX – na formação de parcerias, consórcios e outras formas associativas, objetivando o desempenho de atividades compreendidas no estatuto ou contrato social da empresa estatal”. (BRASIL. Senado Federal. *Emenda ao Projeto de Lei 555*. Brasília:DF, [s.d], p. 5. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122838>. Acesso em: 04 mar. 2021).

processos licitatórios nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculadas a oportunidades de negócio e justificada a inviabilidade de procedimento competitivo³³⁻³⁴.

Enfim, a Lei das Estatais previu regime próprio de licitação, e fora dele, a formação de parcerias com empresas privadas (art. 28, § 3º, II)³⁵.

1.2. NATUREZA JURÍDICA DA FORMAÇÃO DE PARCERIA

Conforme o dispositivo da Lei das Estatais, a formação de parcerias é hipótese que fica “dispensada da observância dos dispositivos” do capítulo de licitações. Marçal Justen Filho conceituou essa hipótese como inaplicabilidade de licitação³⁶.

Anteriormente à Lei das Estatais, a formação de parcerias era fundamentada como inexigibilidade de licitação, a qual pressupõe inviabilidade de competição. Exemplificativamente, a Petrobras se valia do Item 2.3, ‘h’, do Decreto Federal 2.745/1998³⁷.

Entendo que a formação de parceria prevista no art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais é, na realidade, hipótese de inexigibilidade com fundamento normativo específico e distinto do *caput* do art. 30³⁸⁻³⁹⁻⁴⁰.

³³ BRASIL. Senado Federal. Gabinete do Senador Tasso Jereissati. Parecer nº 1.188, de 2015. De Plenário, sobre as emendas apresentadas ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 555 (...). Brasil: DF, [2016?], p. 14. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LKtgHZpMBAJ:https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento%3Fdm%3D4159126%26disposition%3Dinline+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 05 out.2021.

³⁴ O parecer falava em “viabilidade de procedimento competitivo”. Entendo que se tratou de claro erro de redação, uma vez que o dispositivo falava em “inviabilidade”.

³⁵ A menção à formação de consórcios ficou embutida no elástico conceito de oportunidade de negócio, o qual abrangeu expressamente as operações no âmbito de mercado de capitais.

³⁶ Segundo as palavras de Marçal Justen Filho, tratar-se ia de hipótese de inaplicabilidade de licitação: “O § 3º do art. 28 da Lei 13.303/2006 alude a dispensa da observância dos dispositivos legais sobre licitação. A utilização do vocábulo “dispensa” não significa, no entanto, configurar-se um caso de dispensa de licitação. O dispositivo estabelece uma determinação muito mais ampla, eis que não incidem regras sobre licitação [...]. No caso da inexigibilidade, não se impõe a licitação por ser inviável a competição. Na hipótese de **inaplicabilidade**, não se cogita de licitação porque não há exigência nesse sentido, em vista de que a situação contratual é dotada de peculiaridades que implicam a ausência de subsunção do caso à hipótese de incidência normativa” (JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, fl. 298-299).

³⁷ Item 2.3. do Decreto 2.745/1998: “É inexigível a licitação, quando houver inviabilidade fática ou jurídica de competição, em especial: [...] h) para a formação de parcerias, consórcios e outras formas associativas de natureza contratual, objetivando o desempenho de atividades compreendidas no objeto social da PETROBRÁS”.

³⁸ Bernardo Strobel Guimarães, Leonardo Coelho Ribeiro, Carlos Vinícius Alves Ribeiro, Isabella Bittencourt Mäder Gonçalves Giublin e Juliana Bonacorsi de Palma possuem o mesmo entendimento: “[...] Nesse sentido, no art. 28 encontram-se previstas as hipóteses de inexigibilidade que se associam diretamente à natureza da atuação das estatais. Esta ressalva faz sentido, pois há outras hipóteses de inexigibilidade (previstas nos arts. 29 e 30 notadamente). As previsões do art. 28 conectam-se às hipóteses que dizem respeito especialmente ao particular modo de atuação das estatais, que atuam em regime de mercado. Elas são como o reverso do dever geral de licitar. De modo simples: as estatais sujeitam-se ao dever de licitar em tudo aquilo que não diga respeito

A inexigibilidade pressupõe a inaptidão do processo licitatório para que a Administração Pública obtenha a proposta mais vantajosa. Ela é sintomática da situação de incompatibilidade entre dever geral de licitar e a concretização de objetivo inerente a determinada contratação⁴¹.

O caso de formação de parcerias entre empresas estatais e privadas se enquadra nessa situação na medida em que o formalismo e a burocracia iminentes à licitação são opostos à margem de discricionariedade que estatais necessitam para atuação em regime de paridade com o setor privado nos termos do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal⁴²⁻⁴³.

A incompatibilidade se salienta sobretudo pela circunstância de as potenciais parcerias não serem, a princípio, homogêneas entre si⁴⁴ e por envolverem procedimentos de negociação para sua definição⁴⁵. Há elemento indissociável de singularidade na parceria.

Estatais precisam dialogar e negociar com empresas do setor privado para formar suas parcerias, as quais por sua vez não possuem qualquer tipo de amarra do regime jurídico de direito público.

à necessidade de elas agirem em regime de mercado. Perceba-se que o fenômeno da inexigibilidade é conatural à própria essência das estatais. [...] (STROBEL GUIMARÃES *et alii*. *Comentários à lei das estatais* (lei nº 13.303/2016). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 177).

³⁹ Alexandre Santos de Aragão também compreende o dispositivo como inexigibilidade, dada a “a falta de critérios objetivos de escolha do particular” e que essa diretriz foi “adotada pelo Estatuto das Estatais, apenas com a nomenclatura de licitação dispensada” [...] (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. Ed. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 449-450).

⁴⁰ Contrário é o entendimento de Marçal Justen Filho (inaplicabilidade), Luiz Eduardo Altenburg de Assis (*tertium genus*) (fl. 92), Joel de Menezes Niebuhr (nem dispensa nem inexigibilidade) (NIEBUHR, Joel de Menezes. O regime jurídico das oportunidades de negócios para as estatais. *In*: WALD, Arnoldo; JUSTEN Filho, Marçal; PEREIRA; Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)* (defensor do estado de direito). São Paulo: Malheiros, 2017, p. 581); Sidney Bittencourt (inaplicabilidade) (BITTENCOURT, Sidney. *A nova lei das estatais: novo regime de licitações e contratos nas empresas estatais*. São Paulo: JH Mizuno, 2017, p. 68).

⁴¹ Por sua vez, a dispensa de licitação não está ligada a questões de inviabilidade competitiva.

⁴² Ver MARQUES NETO, Floriano Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Empresas estatais e parcerias institucionais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 272, p. 59-92, maio/ago. 2016, p. 78, 79 e 82).

⁴³ “Contudo, o mesmo diploma conferiu a essas entidades (prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas) a prerrogativa de não se submeterem a regime licitatório quando do exercício de suas atividades finalísticas, procedimento que, caso fosse adotado, inviabilizaria sua coexistência em relação às empresas privadas – suas concorrentes no mercado de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços – em face da dissociação do procedimento formal das licitações em relação às medidas céleres praticadas pelo setor privado” (PEREIRA JUNIOR. Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. A lei das estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos? *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, n. 141, jan./abr. 2018, p. 89).

⁴⁴ “Afinal, só existe viabilidade no certame se a competição envolve homogeneidade de bens e parâmetros objetivos de aferição” (BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional, 2002 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord). *Empresas públicas e sociedades de economia mista*. Belo Horizonte: Fórum. 2015, p. 38).

⁴⁵ Uma estatal certamente poderia, após negociar os termos de uma parceria, submeter ao mercado tais termos para verificar se há melhor preço. Todavia, isso certamente representaria quebra de confiança junto ao interessado com o qual negociou referidos termos e afugentaria qualquer empresa que estivesse disposta a negociar parceria com empresas estatais.

Assim, para viabilizar que estatais possuam paridade com tais empresas no que diz respeito à formação de parcerias, seja para negociar em pé de igualdade com o setor privado ou para possuir a mesma flexibilidade que o setor privado desfruta quando forma suas parcerias, o dever geral de licitação, de disciplina maximalista segundo André Rosilho⁴⁶, cede espaço a regime mais flexível.

Essa é a transição do regime “regulatório” para o regime “liberal”⁴⁷ ligado ao tema das parcerias. A incidência do dever de licitar com os aspectos procedimentais que lhes são subjacentes prejudica a capacidade de estatais buscarem parceiros para o desenvolvimento de suas atividades.

No entanto, a configuração de cenário que afasta procedimento competitivo não repercute necessariamente em simplificação procedimental. As estatais não possuem liberdade irrestrita para selecionar seus parceiros, uma vez que devem atender aos princípios da administração, dos quais destaco a motivação⁴⁸.

Como paralelo relevante, cito os desinvestimentos de empresas estatais que configuram hipótese de dispensa nos termos do art. 29, XVIII, da Lei das Estatais, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.624 (ADI 5.624)⁴⁹. Apesar de se tratar de dispensa de licitação, o STF entende que deve incidir procedimento que assegure competitividade e há decreto federal disciplinando etapas para o desinvestimento (Decreto Federal 9.188/2017).

Em outras palavras: o fato de não ser aplicável licitação não garante procedimento de contratação completamente flexível.

E há desafio para se identificar o conjunto de etapas a serem seguidas, sobretudo quando os dispositivos legais sobre o tema não são de índole maximalista. É o caso da formação de parcerias.

⁴⁶ “[O] maximalismo aposta que as normas devem ser detalhistas, minuciosas e abrangentes, restringindo ao máximo a margem de liberdade daqueles que a elas se submetem” (ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. Malheiros: São Paulo, 2013, p. 31).

⁴⁷ Novamente o conceito de Carlos Ari Sunfeld (ARI SUNDFELD, Carlos. Incerteza nas contratações estatais: estratégia do controle público ainda em desenvolvimento? *REVISTA ELETRÔNICA DA PGE-RJ*, [S. l.], v. 1, n. 1, 2018. Disponível em: <http://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/17>. Acesso em: 20 jul. 2020).

⁴⁸ Destaque-se lição de Floriano Azevedo de Marques Neto e Juliana Palma de que não há dúvidas sobre a incidência dos princípios da administração pública sobre as estatais, mas, sim, sobre a gradação da incidência desses princípios em vista da atividade desempenhada pela estatal e do equilíbrio entre tais princípios (MARQUES NETO, Floriano Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Empresas estatais e parcerias institucionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 59-92, maio/ago. 2016, fl. 71).

⁴⁹ Referendo na Medida Cautelar na ADI 5.624/DF. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6424 DF*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, Data de julgamento: 21/05/20).

1.3. ELEMENTOS DE MOTIVAÇÃO

O ponto de partida: a parceria deverá ser embasada pela adequada motivação, princípio que guia a administração pública no âmbito de seus processos⁵⁰.

Pelo fato de a seleção de parceiro pressupor processo administrativo no âmbito da estatal interessada na parceria, não há como se afastar a necessidade de devida motivação.

E os elementos de motivação que servem de parâmetro para a formação de parceria estão ligados: (i) às características particulares do potencial parceiro; (ii) à oportunidade de negócio; (iii) à inviabilidade de procedimento competitivo.

O primeiro elemento representa aspecto subjetivo atinente à definição de quem será o parceiro; o segundo elemento representa aspecto objetivo ligado à definição do objeto (escopo) da parceria pretendida e de sua formatação jurídica (*e.g.* parceria societária, parceria contratual, percentuais acionários, direitos societários, etc.); o terceiro elemento se refere à demonstração de situação de inviabilidade de procedimento competitivo.

Esse parâmetro de motivação se aproxima daquele exigido para justificar a contratação via inexigibilidade, nos termos do art. 30 da Lei Federal 13.303/2016 (e art. 25 da Lei Federal 8.666/1993), a qual reivindica a razão da escolha de quem será contratado e a justificativa do preço (art. 26, Parágrafo único, II e III, da Lei Federal 8.666/1993; art. 30, § 3º, II e III, da Lei das Estatais), além da configuração do cenário de inviabilidade de competição.

As *características particulares* do parceiro privado correspondem à razão de sua escolha, enquanto a *oportunidade de negócio* abrange (porém não se limita), à justificativa de preço e aos aspectos econômico-financeiros relevantes da parceria.

Por fim, a inviabilidade de procedimento competitivo é premissa tanto no dispositivo legal de inexigibilidade como no de formação de parcerias.

No caso da formação de parcerias, entendo que ela, a princípio, deve ser presumida, pois é intuitiva nesse cenário, uma vez que a definição do objeto depende de negociação, cooperação e interação com potenciais parceiros, e não possui características pré-definidas⁵¹. Ou seja, como inexistente definição *a priori* do objeto da parceria e sua formatação jurídica, não

⁵⁰ O art. 2º da Lei Federal 9.784/1999 prevê a motivação como princípio da administração pública. O art. 50 e ss. da Lei Federal 9.784/1999 dispõe sobre o dever de motivação dos atos administrativos, a qual deve ser “explícita, clara e congruente”.

⁵¹ Nesse mesmo sentido é a análise de José Vicente Mendonça e Daian Borges (MENDONÇA, José Vicente; BORGES, Daian. Parcerias estratégicas das estatais: aplicação e controle do art. 28, §3º, II, da Lei das Estatais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 97-109, jul./set. 2020 p. 101).

há como se cogitar de um objeto delineado a ser colocado em disputa de forma isonômica e analisado de forma completamente objetiva como exige o regime licitatório⁵².

Não há bases objetivas que viabilizem disputa isonômica típica de certames públicos, nos quais potenciais participantes recebem de antemão todas as informações relevantes sobre o que é e como deverá ser desenvolvido determinado objeto ao longo da execução contratual.

O Enunciado nº 27, aprovado na I Jornada de Direito Administrativo do Conselho do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (I JDA), reflete o entendimento aqui esposado na medida em que indica que a inviabilidade de procedimento competitivo (do art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais) deve ser entendida como impossibilidade de comparação objetiva no caso de formação de parcerias⁵³.

Por sua vez, o Enunciado nº 30 da I JDA fixa que a existência de mais de um interessado na parceria não implica viabilidade de procedimento competitivo⁵⁴.

No entanto, uma presunção de inviabilidade de competição não implica a desnecessidade de qualquer procedimento de interação com empresas privadas.

E os enunciados da I JDA não esclarecem qual seria o procedimento a ser adotado. Basta prospectar e abrir negociações com apenas 1 (uma) empresa? É necessário chamamento ou chamada pública? O chamamento tem que ser o mais amplo possível? A estatal pode limitar seus esforços de prospecção e circular convite para um rol pré-selecionado?

Com base em precedentes do Tribunal de Contas da União, identifiquei crescente preocupação do órgão de controle sobre o tema após a edição da Lei das Estatais. Essa preocupação repercute no parâmetro de motivação para a formação de parcerias, influencia os procedimentos adotados e enseja necessidade de maiores cuidados por parte dos gestores de empresas estatais, o que dialoga com a questão do desafio de se identificar o conjunto de etapas a ser seguido.

Entendo que seja claro que a formação de parcerias não depende de licitação. Mas quais são as etapas necessárias informadas pela incidência do direito administrativo mínimo?

⁵² O art. 31 da Lei das Estatais destaca a igualdade e o julgamento objetivo como princípios a serem observados nas licitações. Nesse mesmo sentido é o art. 3º da Lei Federal 8.666/1993 e o art. 5º da Lei Federal 14.133/2021.

⁵³ Enunciado nº 27 da I JDA: “A contratação para celebração de oportunidade de negócios, conforme prevista pelo art. 28, § 3º, II, e § 4º da Lei n. 13.303/2016 deverá ser avaliada de acordo com as práticas do setor de atuação da empresa estatal. A menção à inviabilidade de competição para concretização da oportunidade de negócios deve ser entendida como impossibilidade de comparação objetiva, no caso das propostas de parceria e de reestruturação societária e como desnecessidade de procedimento competitivo, quando a oportunidade puder ser ofertada a todos os interessados”.

⁵⁴ Enunciado nº 30 da I JDA: “A “inviabilidade de procedimento competitivo” prevista no art. 28, § 3º, inc. II, da Lei 13.303/2016 não significa que, para a configuração de uma oportunidade de negócio, somente poderá haver apenas um interessado em estabelecer uma parceria com a empresa estatal. É possível que, mesmo diante de mais de um interessado, esteja configurada a inviabilidade de procedimento competitivo”.

Mais uma vez, a ausência de dever de licitação não implica liberdade irrestrita para as estatais formarem suas parcerias e os limites a essa liberdade não foram positivados na Lei das Estatais.

E a atuação do TCU gera cenário de insegurança. Ao impor requisitos procedimentais não previstos especificamente na lei, a corte cria parâmetros que devem ser conhecidos pelos gestores públicos para se evitar questionamentos e riscos à validade jurídica das parcerias.

As justificativas das emendas dos senadores ao PLS 555 conceberam que a previsão expressa da formação de parceria como hipótese fora do regime licitatório aumentaria a segurança desse processo⁵⁵. Na prática, entendo que essa expectativa não se concretizou.

O próximo capítulo tratará dos precedentes do TCU sobre o tema, com foco nas estatais selecionadas pela metodologia, das modificações de posicionamento da Corte de Contas antes e depois da edição da Lei das Estatais, e dos procedimentos adotados pelas referidas estatais.

⁵⁵ Essa também foi a opinião de Diego Vasconcelos Costa, Marcelo Lindoso Baumann e Isabel Luiza dos Santos (COSTA, Diego Vasconcelos; BAUMANN, Marcelo Lindoso; SANTOS, Isabel Luiza dos. Afastamento das regras sobre licitação efetiva função social das estatais. *Conjur*, [s.l], 17 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-17/opinioao-liberar-estatais-licitacao-efetiva-funcao-social>. Acesso em: 13 set. 2021).

2. PARÂMETRO DE MOTIVAÇÃO PARA FORMAÇÃO DE PARCERIAS: OS CASOS ENVOLVENDO EMPRESAS ESTATAIS ANALISADOS PELO TCU E OS NORMATIVOS INTERNOS DAS ESTATAIS

O art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais consiste em ampla permissão legal, na medida em que qualquer empresa estatal pode nele se apoiar para fins de formação de parcerias. Paralelamente, o art. 2º, § 2º, da Lei Federal 13.303/2016⁵⁶ replica, na prática, a redação do art. 37, XX, da CF, ao indicar a dependência de autorização legislativa para que estatais criem subsidiárias ou adquiram participação em empresas privadas.

Por sua vez, o § 3º do art. 2º da Lei das Estatais⁵⁷ dispensa a autorização legal para a estatal se associar com o setor privado na hipótese de aprovação do conselho de administração, e desde que alinhado ao seu plano de negócios.

A Lei das Estatais amplia a base permissiva legal e flexibiliza a tomada de decisão para fins de formação de parcerias com o setor privado, pois diminui a dependência das estatais da edição de autorizações legislativas para tal propósito. Essas medidas prestigiam o predicado do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal, referente à equiparação entre empresas estatais e privadas para fins de atuação paritária sem distorções.

Todavia, a busca por simplificação e flexibilidade a partir de previsão expressa acerca da não-incidência de licitação pública sobre formação de parcerias encontra alguns obstáculos, conforme verifico a partir da jurisprudência do TCU sobre o tema.

Entendo que essa jurisprudência revela incremento de complexidade no que diz respeito ao parâmetro de motivação relativo ao procedimento de formação de parceria após a edição da Lei das Estatais, o que dificulta em alguma medida atuação paritária *vis-à-vis* ao setor privado nos termos do aludido dispositivo constitucional.

Para demonstrar referido incremento, analisarei os casos da Petrobras, Eletrobras, CEF, Telebras, ECT, BB e BNDES.

Esses casos abrangem parcerias e desinvestimentos realizados pelas estatais em questão que foram objeto de avaliações pelo TCU, e também as normas procedimentais

⁵⁶ Art. 2º, § 2º, da Lei das Estatais: “Depende de autorização legislativa a criação de subsidiárias de empresa pública e de sociedade de economia mista, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada, cujo objeto social deve estar relacionado ao da investidora, nos termos do inciso XX do art. 37 da Constituição Federal”.

⁵⁷ Art. 2º, § 3º, da Lei das Estatais: “A autorização para participação em empresa privada prevista no § 2º não se aplica a operações de tesouraria, adjudicação de ações em garantia e participações autorizadas pelo Conselho de Administração em linha com o plano de negócios da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas respectivas subsidiárias”.

adotadas pelas estatais, sendo que parte delas foram influenciadas pela atuação da Corte de Contas.

2.1. PETROBRAS

Em relação à Petrobras, houve uma primeira análise de parcerias pelo TCU em 1998 em função de solicitações de auditoria da Câmara dos Deputados. Apenas em 2017, o TCU voltou a analisar uma parceria da Petrobras.

Ainda, há outra parceria que está sendo objeto de acompanhamento, mas sem qualquer manifestação técnica, até o momento da conclusão do trabalho, por parte da Corte de Contas ou de suas unidades técnicas. Trata-se do projeto Lotus, o qual versa sobre possível parceria entre a Petrobras e empresa estatal chinesa.

O outro caso relevante do TCU sobre a estatal identificado diz respeito à sistemática de desinvestimentos da Petrobras, o qual teve desdobramento institucional relevante para a disciplina legal dessa espécie de oportunidade de negócio.

Com base nos precedentes, fica claro que o TCU influenciou a Petrobras a adaptar a sistemática de desinvestimentos. Porém, não é possível afirmar (nem negar) o mesmo para o Padrão de Implementação de Parcerias Estratégicas do Sistema Petrobras (PIPESP), o qual corresponde ao normativo interno da Petrobras que disciplina a formação de parcerias.

2.1.1. Parcerias do setor petroquímico

A Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados solicitou a realização de auditoria ao TCU⁵⁸ sobre contratos celebrados pela Petrobras com empresas privadas do setor petroquímico. Foram duas solicitações de auditoria: uma para contrato celebrado entre a Petrobras e a OPP Petroquímica (OPP), empresa do grupo Odebrecht; outra para demais contratos celebrados com empresas privadas do setor petroquímico⁵⁹.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão nº 803/98. Processo nº013.674/97-* (TC 013.674/97-8 - Apenso: TC 013.949/97-7). Rel. Min. Bento José Bugarin, Plenário, Data de julgamento 18/11/1998.

⁵⁹ Com base na Decisão 803/1998 – Plenário, a Petrobras havia celebrado contratos com: a Companhia Suzano de Papel e Celulose; UNIPAR (acordo operacional para produção de eteno, polietileno e projetos industriais); COPESUL (fornecimento de matérias-primas petroquímicas e compras de solventes); Dow Química (acordo sobre fornecimento de propeno); Elekeiroz S/A (acordo sobre fornecimento de propeno); Unipar Química S/A (acordo sobre fornecimento de propeno); Polibrasil S/A (acordo sobre fornecimento de propeno); COPENE (protocolo de intenções para realização de estudos sobre viabilidade técnico econômica da instalação de unidades para suprimento adicional de nafta petroquímica e óleo combustível para a Copene); etc.

A parceria entre Petrobras e OPP envolveu a celebração de contrato em 12.09.1997⁶⁰ para a implementação de empreendimento conjunto.

Petrobras e OPP constituíram a Companhia Petroquímica Paulista para a implementação de empreendimento. OPP possuía 70% de participação enquanto Petrobras detinha 30%.

A preocupação da Câmara dos Deputados se relacionava a possíveis privilégios conferidos a tais empresas⁶¹, sobretudo à OPP Petroquímica. Mais especificamente, a polêmica dizia respeito a uma cláusula de conflitos de interesses constante do contrato entre Petrobras e OPP que garantia, de forma mútua, o direito de uma parte se manifestar sobre interesse de participar em oportunidades em projetos sondados pela outra parte⁶².

Com base nesse dispositivo, se especulou que a OPP teria que aprovar qualquer decisão da Petrobras de participar em novos empreendimentos.

A 9ª Secretaria de Controle Externo (9ª SECEX), unidade técnica do TCU, firmou entendimento de que não há irregularidades ou impedimento para que a Petrobras celebre contratos de parcerias ou associação com outras empresas e que tais ações “representam legítima ação estratégica” da estatal para aumentar sua eficiência e torná-la apta a enfrentar exigências de “mercado altamente competitivo”.

Ainda, a 9ª SECEX entendeu que a cláusula controvertida não era irregular nem implicava submissão da Petrobras às deliberações da OPP para fins de participação em futuras associações⁶³.

O Colegiado do TCU esclareceu que a Petrobras possui prerrogativa de estabelecer parcerias com base nos arts. 63 e 64 da Lei Federal 9.478/1997⁶⁴ e que a cláusula de conflitos

⁶⁰ O objeto do contrato consistia na conjugação de esforços para projetar, promover, construir e explorar, na região do Planalto Paulista no Estado de São Paulo, conjunto integrado de fábricas para produção, comercialização de produtos petroquímicos básicos, olefinas e aromáticos a partir de gás, nafta e outras matérias-primas e de produtos intermediários; empreendimentos de exploração, produção e transporte de óleo, gás e derivados que tenham por fim fornecer matérias-primas a esse complexo e de ampliação/modernização de unidades de refino pertencentes à Petrobras; empreendimentos de geração de energia.

⁶¹ Brasil. Tribunal de Contas da União. *Decisão 208/1998*. Processo 013.674/97-8 - (TC 013.674/97-8 - Apenso: TC 013.949/97-7). Rel. Min. Bento José Bugarin, Plenário. Data de julgamento 29.04.1998, p. 5.

⁶² “CLÁUSULA OITAVA - CONFLITOS DE INTERESSES - Respeitados os acordos e negócios de produção de produtos petroquímicos existentes de que participem, as partes evitarão participar, isoladamente, de novos investimentos ou negócios que sejam conflitantes com os empreendimentos petroquímicos organizados nos termos deste contrato, e com esse objetivo cada parte: a) antes de promover o estudo e planejamento de outros projetos, manterá negociações de boa-fé com a outra parte, visando a evitar conflitos de interesses; b) antes de contratar participação em projeto não organizado nos termos deste contrato, oferecerá à outra parte oportunidade de participar do projeto nas mesmas condições da ofertante; se a parte que receber a oferta não aceitar a oferta, a ofertante ficará livre para prosseguir com o projeto sem a participação da outra parte” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão nº 803/98*. Processo nº 013.674/97- (TC 013.674/97-8 - Apenso: TC 013.949/97-7). Rel. Min. Bento José Bugarin, Plenário, Data de julgamento 18/11/1998, p. 13).

⁶³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão nº 803/98*. Processo nº 013.674/97- (TC 013.674/97-8 - Apenso: TC 013.949/97-7). Rel. Min. Bento José Bugarin, Plenário, Data de julgamento 18/11/1998, p. 8-9).

de interesses não impedia a Petrobras de se associar com outras empresas do setor nem a tornava submissa à controladora da OPP, de modo que a Petrobras já havia celebrado contrato com outras empresas após o contrato com a OPP⁶⁵.

O Colegiado ressaltou que sempre que representar vantagem, a Petrobras pode buscar associações para expandir atividades ou desenvolver novas tecnologias e destacou que a Diretoria Executiva da Petrobras, e o Conselho de Administração nas hipóteses cabíveis, aprovaram todos os contratos de parceria e associação examinados pela 9ª SECEX.

O Colegiado concluiu pela ausência de irregularidades no contrato com a OPP e nos demais contratos e fez a ressalva de que o TCU não estaria impedido de examinar “outros contratos da espécie”⁶⁶.

Destaco a concepção por parte da 9ª SECEX, que compreendeu a formação de parcerias como instrumento relevante para dotar estatais de condições para atuar em mercado competitivo.

Ainda, não houve análise sobre elementos de motivação da parceria (escolha da parte contratada, objeto da parceria e inviabilidade de procedimento competitivo), de modo que todo o exame da Corte de Contas foi desencadeado em função de cláusula que representaria privilégio indevido para empresa privada.

2.1.2. Parceria entre Petrobras e Total

O TCU, a partir de denúncia anônima⁶⁷, analisou alienação de parte da participação acionária da Petrobras na Usina Termoelétrica Termobahia S/A (Termobahia) para a Total E&P do Brasil Ltda. (Total)⁶⁸⁻⁶⁹.

A alienação ocorreu no âmbito da formação de parceria estratégica entre Petrobras e Total, formalizada em 21.12.2016 por meio da celebração de Acordo Geral de Colaboração (*Master Agreement*), que envolvia desenvolvimento de estudos conjuntos nas áreas exploratórias da Margem Equatorial e na área sul da Bacia de Santos, acordo de parceria

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão nº 803/98. Processo nº013.674/97-* (TC 013.674/97-8 - Apenso: TC 013.949/97-7). Rel. Min. Bento José Bugarin, Plenário, Data de julgamento 18/11/1998, p. 13.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão nº 803/98. Processo nº013.674/97-* (TC 013.674/97-8 - Apenso: TC 013.949/97-7). Rel. Min. Bento José Bugarin, Plenário, Data de julgamento 18/11/1998, p. 13.

⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão nº 803/98. Processo nº013.674/97-* (TC 013.674/97-8 - Apenso: TC 013.949/97-7). Rel. Min. Bento José Bugarin, Plenário, Data de julgamento 18/11/1998, p. 14.

⁶⁷ A denúncia ocorreu no primeiro semestre de 2017.

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 997/2018. Processo TC 008.435/2017-0.* Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 23/05/2018.

⁶⁹ Petrobras detinha 98,85% de participação acionária na Termobahia. Após a transação com a Total, Petrobras permaneceria com 50% da participação acionária (Item 60 da Instrução datada de 30.11.2017).

tecnológica nas áreas de processamento geológico e sistemas de produção submarinos, e compartilhamento do uso de terminal de regaseificação. Assim, a alienação da Termobahia consistia em parte de parceria mais ampla, cujo valor total era de R\$ 7 bilhões⁷⁰.

A denúncia acusou a Petrobras de processar a venda de sua participação na Termobahia sem a devida publicidade ou realização de licitação.

Segundo a denúncia, o enquadramento da referida alienação no bojo de uma parceria mais ampla constituiu artífice para que não fosse feito procedimento licitatório para garantir ampla concorrência, impessoalidade, publicidade e transparência.

A própria Petrobras indicou que, à época, não possuía normativo interno que disciplinasse o procedimento de formação de parcerias estratégicas. Nessa linha, a estatal esclareceu que aplicou as boas práticas derivadas de sua sistemática de desinvestimento, com exceção daquelas atinentes às etapas de competição, uma vez que a parceria estratégica se enquadrava na inexigibilidade de licitação de acordo com o item 2.3, 'h' do Decreto Federal 2.745/1998⁷¹⁻⁷².

O exame técnico realizado pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Petróleo e Gás Natural – 2ª Diretoria (Seinfra – P&G), constante da peça de instrução datada de 30.11.2017, consignou que “no caso de parcerias estratégicas, não há que se falar em impessoalidade e ampla concorrência, visto ser inerente da escolha do parceiro estratégico a característica pessoal e suas qualidades para a parceria”⁷³.

O desfecho do processo veio por meio do Acórdão de Relação 997/2018 – Plenário⁷⁴, o qual arquivou a denúncia⁷⁵ e indicou como fundamento, em seu rol de considerações, que parcerias estratégicas seriam hipótese de dispensa de licitação nos termos da Lei das Estatais.

Entendo que o enquadramento como hipótese de dispensa não é tecnicamente adequado, uma vez que as parcerias não figuram no rol exaustivo do art. 29 da Lei das Estatais (nem do art. 24 da Lei Federal 8.666/1993).

⁷⁰ Conforme informações do processo TC 008.435/2017-0, o valor pela alienação da participação acionária na Termobahia equivalia a US\$ 37 milhões, aproximadamente 3% do valor total da parceria estratégica (US\$ 2.2 bilhões) (Item 93 da Instrução datada de 30.11.2017).

⁷¹ Item 2.3. do Decreto 2.745/1998: “É inexigível a licitação, quando houver inviabilidade fática ou jurídica de competição, em especial: [...] h) para a formação de parcerias, consórcios e outras formas associativas de natureza contratual, objetivando o desempenho de atividades compreendidas no objeto social da PETROBRÁS”.

⁷² Item 55 da Instrução datada de 30.11.2017.

⁷³ Item 127 da Instrução datada de 30.11.2017.

⁷⁴ Rel. Min. Bruno Dantas. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 997/2018. Processo TC 008.435/2017-0*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 23/05/2018).

⁷⁵ O TCU considerou que “a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais, no bojo de parcerias estratégicas, foi apontada pela Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) como hipótese de dispensa de licitação e que, somado a isso, o Decreto 2.745/1998 também prevê como hipótese de licitação dispensada a alienação de ações ou participação” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 997/2018. Processo TC 008.435/2017-0*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 23/05/2018).

O ponto relevante do caso está ligado ao fato de que a unidade técnica do TCU desvinculou o processo de formação de parceria de procedimento de licitação pública e não discutiu os fatores que levaram à escolha da Total para a parceria.

Em outras palavras, não houve preocupação acerca da análise das características particulares da Total, da configuração da oportunidade de negócio e da inviabilidade de competição (ou dos elementos de motivação do dispositivo de inexigibilidade).

A Seinfra – P&G do TCU se limitou a mencionar que é descabido cogitar acerca de ampla concorrência e impessoalidade, sem indicar expressamente se isso teria o condão de afastar um processo competitivo simplificado.

Outro ponto relevante diz respeito ao fato de o Colegiado do TCU ter indicado que a alienação da Termobahia não se enquadrava como desinvestimento e ao fato de que não houve análise da parceria sob a ótica do dispositivo da Lei das Estatais.

2.1.3. Sistemática de desinvestimentos da Petrobras

O TCU analisou a sistemática de desinvestimento da Petrobras⁷⁶. A análise foi desencadeada por representação da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Petróleo e Gás Natural (SeinfraPetróleo), órgão técnico da Corte de Contas, a qual solicitou a suspensão cautelar dos processos de desinvestimentos que estavam sendo conduzidos pela Petrobras, concedida por meio do Acórdão 3166/2016 – Plenário⁷⁷.

A decisão cautelar se alicerçou nos apontamentos da SeinfraPetróleo atinentes à ilegalidade da sistemática de desinvestimentos da Petrobras⁷⁸ e dos riscos derivados que poderiam resultar em possível direcionamento, e também no fato de a própria Petrobras concordar que havia fragilidades e riscos em seu procedimento⁷⁹.

As ilegalidades estavam associadas a questões de falta de publicidade adequada sobre a oportunidade derivada de processo de desinvestimento para uma maior participação do mercado, e a pontos de governança interna ligada à condução do procedimento.

⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 3166/2016. Processo TC-013.056/2016*. Rel. Min. José Múcio Monteiro, Plenário, Data da Sessão: 7/12/2016, AC-3166-50/16-P.

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 3166/2016. Processo TC-013.056/2016*. Rel. Min. José Múcio Monteiro, Plenário, Data da Sessão: 7/12/2016, AC-3166-50/16-P.

⁷⁸ A sistemática tinha seu fundamento jurídico no Decreto Federal 2.745/1998.

⁷⁹ Item 17 do Voto (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 3166/2016. Processo TC-013.056/2016*. Rel. Min. José Múcio Monteiro, Plenário, Data da Sessão: 7/12/2016, AC-3166-50/16-P.)

A Petrobras promoveu alterações na sistemática de desinvestimentos e a reapresentou ao TCU. Nesse sentido, o TCU emitiu o Acórdão 442/2017 – Plenário⁸⁰ o qual revogou a medida cautelar.

No âmbito desse Acórdão, fica claro que tanto a Petrobras⁸¹, como TCU⁸², entendem a sistemática como procedimento competitivo.

A atuação do TCU implicou modificação de regras da sistemática pela Petrobras para que se garantisse procedimento competitivo e isonômico.⁸³

A primeira alteração diz respeito à publicação da oportunidade de negócio se tornar regra, de modo que exceções dependem de aprovação da Diretoria Executiva da Petrobras⁸⁴. A segunda mudança estava ligada à seleção de potenciais compradores com a indicação de critérios objetivos para tal escolha, seguida da publicação de material (*teaser*) com referidos critérios por meio de comunicação ao mercado, o que permitiria que outras empresas participassem do processo. A terceira modificação corresponde ao reinício do processo de desinvestimento na hipótese de alteração do objeto a ser alienado. A quarta mudança se refere à publicação das perguntas e respostas dos potenciais compradores, desde que não prejudiquem o valor de alienação da empresa/ativo.

Ainda, houve outras duas alterações ligadas à estruturação do projeto: (i) previsão de manifestação e aprovação da Diretoria Executiva para estruturação de modelo de negócio, definição de critérios objetivos para convite e lista de potenciais compradores, classificação de propostas não vinculantes e classificação de propostas vinculantes; (ii) vinculação da

⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 442/2017. Processo TC 013.056/2016-6*. Rel. Min. José Múcio Monteiro, Plenário, Data de julgamento 15/03/2017.

⁸¹ “Inicialmente, a Empresa consignou que a atual revisão da Sistemática passou a prever expressamente, que a regra para o desinvestimento é a realização de processo competitivo e, apenas em casos excepcionais, justificados mediante parecer jurídico e aprovação da Diretoria Executiva, será possível a negociação direta” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 442/2017. Processo TC 013.056/2016-6*. Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, Data de julgamento 15/03/2017, Item 115, p. 20).

⁸² “Diante dessas considerações, pode-se concluir que, de forma geral, as fragilidades verificadas nas regras do processo competitivo da sistemática de desinvestimentos foram devidamente eliminadas pela companhia” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 442/2017. Processo TC 013.056/2016-6*. Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, Data de julgamento 15/03/2017, Item 35, p. 47).

⁸³ Segundo Joel Menezes de Niebuhr, os precedentes do TCU sobre a sistemática de desinvestimento foram caracterizados “por uma tensão dialética entre o direito privado e o direito público”, uma vez que a sistemática original estava em “conformidade com as práticas de mercado, sob as luzes do direito privado” e o TCU impôs “restrições próprias do direito público”. Nessa linha, a Petrobras teria deixado “os anéis para ficar com os dedos” na medida em que decidiu alterar sua sistemática para atender ao TCU e evitar prejuízos de uma paralisação prolongada de seus processos de desinvestimento (NIEBUHR, Joel de Menezes. *O regime jurídico das oportunidades de negócios para as estatais*. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN Filho, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)* (defensor do estado de direito). São Paulo: Malheiros, 2017, p. 591).

⁸⁴ “[...] O sigilo, além de obstar o controle social dos atos, restringe a possível participação de outros agentes interessados na aquisição dos ativos ou empresas, o que tende a ser contrário à obtenção de condição mais vantajosa para estatal” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 442/2017. Processo TC 013.056/2016-6*. Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, Data de julgamento 15/03/2017. Item 27. p. 45).

contratação direta de assessor financeiro a parecer jurídico com previsão de rodízio de assessores.

Destaco que a análise do TCU resultou em recomendação determinante para que a União editasse decreto para estabelecer regras para o “regime especial” de desinvestimento (afinal editado, é o Decreto 9.188/2017).

Nessa linha, não houve apenas influência sobre as regras procedimentais em questão da Petrobras, mas repercussão institucional mais ampla.

Como desdobramento do Acórdão 442/2017 – Plenário, o TCU vem efetuando até o momento de conclusão do trabalho, acompanhamento de desinvestimentos da carteira da Petrobras⁸⁵.

Referido acompanhamento não se limitou aos desinvestimentos e identificou projeto de parceria cuja materialidade justificava processo fiscalizatório de acompanhamento específico⁸⁶⁻⁸⁷. Trata-se do projeto Lotus que, conforme o Acórdão 477/2019 – Plenário⁸⁸, corresponde a parceria com a empresa estatal chinesa National Petroleum Corporation International, para conclusão do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro e revitalização do *cluster* de Marlim. No entanto, não houve, até o fechamento da dissertação, qualquer deliberação.

Conforme o Acórdão 477/2019 – Plenário, resultante do processo de acompanhamento, verifico: (i) a fixação de entendimento, por parte da SeinfraPetróleo, de que as parcerias estratégicas se enquadram em inexigibilidade de licitação e não se submetem às regras da sistemática de desinvestimentos⁸⁹; (ii) que a parceria estratégica com a Total foi a única efetivamente analisada pelo TCU⁹⁰.

Concordo com o entendimento da SeinfraPetróleo: a parceria se enquadra no caso de inexigibilidade, pois entendo que há inviabilidade de competição em função da ausência de objeto pré-definido (escopo e formatação da oportunidade de negócio), enquanto a sistemática de desinvestimento implica procedimento competitivo na medida em que há objeto definido (participação acionária de determinada estatal).

⁸⁵ TC 014.566/2017-6.

⁸⁶ O processo foi autuado sob a numeração 009.690/2019-0.

⁸⁷ Outras possíveis parcerias da Petrobras foram indicadas no Acórdão 477/2019 – Plenário, mas sem a determinação de necessidade de acompanhamento. Projeto Amaríllis que seria uma parceria com a Statoil e os Projetos Sequoia e Bromélia, cujas informações foram tarjadas.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acompanhamento (ACOM) 014.566/2017-6*. Rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, Data de julgamento: 13/03/2019.

⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 477/2019*. Rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, Data de julgamento: 13/03/2019, p.3.

⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 477/2019*. Rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, Data de julgamento: 13/03/2019, p. 8.

Assim, o fato de o desinvestimento configurar oportunidade de negócio nos termos do art. 28, § 4º, da Lei das Estatais, não implica seu enquadramento no art. 28, § 3º, II.

A alienação correspondente ao desinvestimento precisa ser parte de uma parceria mais ampla, tal como no caso da Total, para não se submeter a procedimento competitivo nos moldes da sistemática de desinvestimentos da Petrobras ou ao procedimento do Decreto Federal 9.188/2017.

Aliás, outro ponto relevante diz respeito ao fato de que o Decreto Federal 9.188/2017 disciplina procedimento competitivo para hipótese enquadrada como dispensa de licitação nos termos do art. 29, XVIII, da Lei das Estatais. E isso reforça o ponto de que a não-incidência de dever geral de licitar não resulta em liberdade irrestrita para entes públicos selecionarem com quem contratam.

Por fim, não houve, pelo menos até o momento, análise dos elementos de motivação ligados à parceria do Projeto Lotus e não há clareza se a atuação do TCU foi determinante para influenciar o procedimento de formação de parcerias da Petrobras.

2.1.4. Procedimento Petrobras

O Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobras⁹¹⁻⁹², não faz qualquer menção à formação de parcerias.

Por outro lado, das estatais pesquisadas, a Petrobras é aquela que possui o normativo interno mais completo para fins de formação de parcerias com o setor privado: o PIPESP⁹³.

A descrição procedimental é bastante detalhada e truncada, havendo repetição de tarefas nas distintas etapas de desenvolvimento do projeto de parceria (*e.g.* pareceres sobre inexigibilidade para a formação da parceria) e uma mistura de tarefas que são relevantes apenas em certas hipóteses de parceria (*e.g.* auditoria no caso de alienação/aquisição de ativo/empresa pela Petrobras ou pelo parceiro privado no bojo da parceria).

O PIPESP enquadra a formação de parceria como hipótese de inexigibilidade de processo licitatório, baseada na singularidade da parceria, e o normativo alude diversas vezes à análise da configuração dessa situação em diferentes etapas de desenvolvimento da parceria.

⁹¹ PETROBRÁS. *Regulamento de licitações e contratos da Petrobrás (RLCP)*. [S.L.], 2018. Disponível em: https://canalforneedor.petrobras.com.br/media/filer_public/fc/62/fc62e81b-7a2a-44da-9dba-bd5463d2d7db/cartilha-rlcp_rev01.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

⁹² O regulamento foi editado com base no art. 40 da Lei das Estatais e aprovado em 26.06.2018 pelo Conselho de Administração da Petrobras.

⁹³ Obtive a versão analisada do PIPESP por meio de solicitação de informação via portal do Sistema Eletrônico de Informações ao Cidadão. A informação sobre sua data foi tarjada, mas o documento substituiu a versão datada de 07.04.2017.

Ele divide a estruturação da parceria nas seguintes fases: (i) seleção de oportunidades; (ii) planejamento do projeto; (iii) execução do projeto; e (iv) encerramento do projeto (Item 3.4).

Como marcos para a transição entre etapas, são estipulados Portões. Cada Portão é considerado alcançado quando da formalização de determinado documento que representa certo grau de avanço e maturação do projeto de parceria.

Nessa linha, os principais documentos produzidos no procedimento são: (i) memorando de entendimentos (MdE) (Portão 0); (ii) relatório de estruturação (Relatório de Estruturação) (Portão 1); (iii) relatório de negociação de condições estruturantes (Relatório NCE) (Portão 2); (iv) relatório final (Relatório Final) e assinatura dos Contratos Estratégicos (Portão 3).

Os principais atores da estrutura da Petrobras no bojo do PIPESP são: Grupo do Projeto (GP); Comissão De Negociação de Parceria (CNP); e Comissão de Avaliação (CA) (Itens 8.2, 8.3 e 8.4).

Os principais integrantes do GP são: gerente geral do projeto (Gerente Geral do Projeto), gerente do projeto (Gerente do Projeto), coordenador do projeto (Coordenador do Projeto) e gerente(s) das áreas de negócio vinculadas (Gerente da Área de Negócio Vinculada) (Item 8.2)⁹⁴.

A Área de Negócio Vinculada corresponde à área específica da Petrobras com *expertise* sobre o(s) objeto(s) da parceria estratégica (Item 1.6.6).

O CNP é composto por no mínimo três membros, sendo um deles o Gerente do Projeto, que também integra o GP, e pelo menos um gerente da(s) Área(s) de Negócio Vinculada(s) da Petrobras (Item 8.4). O CNP se encarrega das negociações junto ao parceiro privado e é a principal condutora do procedimento do PIPESP, sendo responsável pela preparação de relatórios que documentam o desenvolvimento do projeto de parceria.

A CA é composta exclusivamente por profissionais da área de Controladoria da Petrobras (Itens 8.3 e 8.3.1).

Ademais, a Petrobras poderá contratar assessor financeiro (Item 5.2) para lhe auxiliar com a estruturação do projeto de parceria, elaboração dos instrumentos pertinentes ao projeto e suporte à organização de *data rooms* para caso de auditorias (Item 5.3). Por outro lado, há

⁹⁴ Os outros integrantes do GP são: representante(s) da Gerência Executiva de Estratégia; representante(s) do Corpo Jurídico; representante(s) da Gerência Executiva de Controladoria; representante(s) da Gerência Executiva de Contabilidade e Tributário; representante(s) da Gerência Executiva de Riscos Empresariais; representante(s) da Gerência Executiva de Finanças; (l) representante da Gerência Executiva da Conformidade; (m) representantes de outras áreas da Petrobras que sejam relevantes para a execução dos Acordos Estratégicos.

obrigatoriedade na contratação de assessor para elaboração de relatórios econômicos de *fairness opinion* e *valuation report* (Item 5.1.2).

Na sequência, descreverei as etapas integrantes do procedimento com a indicação das atribuições dos referidos atores.

2.1.3.1. Fase preliminar: seleção de oportunidades

A identificação da oportunidade é o primeiro passo do procedimento. Os diretores executivos⁹⁵ da Petrobras são responsáveis pela identificação da oportunidade e do potencial parceiro, e podem interagir com representantes dos potenciais parceiros para buscar soluções (Item 2.2).

Destaque-se que nessa fase, não deve haver registro de negociações de preço, valores e contingências ligados ao possível projeto (Item 2.2.4).

A identificação ocorre a partir da análise das características de empresas com as quais a Petrobras pretenda se associar (plano subjetivo), além da análise da própria oportunidade (plano objetivo).

No plano subjetivo, os seguintes aspectos devem ser considerados sobre o potencial parceiro: (i) posição na indústria ou no segmento de mercado; (ii) amplitude de interesse; (iii) grau de concorrência direta; (iv) extensão de recursos financeiros e humanos; (v) sucesso de outros relacionamentos; (vi) cultura empresarial; (vii) reputação (Item 2.2.2); (viii) alinhamento estratégico com a Petrobras (Item 2.2.1.a).

No plano objetivo, é preciso: (i) definir o objeto da parceria (oportunidade de negócio), o qual deve envolver sinergia e troca de experiências específicas, aquisição de conhecimentos estratégicos e intercâmbio tecnológico ou criação de potenciais novas frentes de geração de valor (*e.g.* troca de ativos, novos mercados, melhorias operacionais) (Itens 1.2.2.a e 1.2.2.b); (ii) avaliar os potenciais benefícios decorrentes da potencial parceria; (iii) definir a forma de concretização da parceria; (iv) verificar o alinhamento do projeto de parceria com os objetivos do Plano de Negócios e Gestão da Petrobras (Item 2.2.3.e).

⁹⁵ A identificação também pode ser realizada por gerentes executivos e gerais da Área de Negócio da Petrobras ligada à possível parceria.

As análises subjetiva e objetiva devem ser formalizadas em documento que concretizará a motivação necessária ao prosseguimento do processo de formação da parceria (Relatório Inicial) (Item 2.2.3)⁹⁶.

Com base no Relatório Inicial, a Petrobras passa a ter elementos que justifiquem a singularidade do objeto do projeto de parceria, os quais correspondem à conjunção dos elementos da oportunidade de negócio com as características do potencial parceiro (Item 2.2.1.b), o que, conseqüentemente, deve afastar qualquer intelecção relativa à realização de processo licitatório.

A partir do Relatório Inicial, deve ser formulada proposta de estruturação do projeto a ser submetida à Diretoria Executiva da Petrobras com proposta de celebração de MdE, a qual deve conter diretrizes para o detalhamento do objeto/escopo da parceria, declaração de conformidade e acordo de confidencialidade (Itens 1.6.38 e 3.4.1).

Entendo que a proposta de estruturação, a minuta do MdE, declaração de conformidade e acordo de confidencialidade podem integrar o Relatório Inicial como anexos. Frise-se que esses itens devem ser avaliados por parecer do corpo jurídico da Petrobras.

A assinatura⁹⁷ do MdE implica a inclusão do projeto na Carteira de Parcerias e Desinvestimentos da Petrobras (Item 2.6) e o atingimento do marco do Portão 0, o que representa a passagem para a segunda etapa da estruturação de parceria.

O MdE deve prever as linhas estratégicas sobre a parceria pretendida, e as diretrizes, estudos e negociações que serão realizados para fins de detalhamento da parceria (Itens 1.6.38 e 8.13).

Como regra, a informação sobre assinatura do MdE deve ser objeto de publicidade e divulgada ao mercado (Item 4.1).

A partir desse momento, eventuais alterações do escopo da parceria deverão ser submetidas à aprovação da autoridade competente no Portão imediatamente subsequente (Item 3.5). Chama atenção o fato de o Item 1.6.5 dispor que a mudança de escopo pressupõe alterações relevantes, e na sequência elenca exemplos de mudanças que não representam grande impacto⁹⁸. Isso abre margem para uma interpretação, *a contraio sensu*, de que o

⁹⁶ Não está claro quem é responsável pela elaboração desse Relatório Inicial. Porém, entendo que deve ser assinado pelo(s) diretor(es) executivo(s) responsável(is) pela identificação da oportunidade de negócio.

⁹⁷ MdE deve ser assinado por pelo menos um dos diretores executivos ou pelo presidente da Petrobras.

⁹⁸ Item 1.6.5 do PIPESP: “Alteração de Escopo do Projeto de Parceria Estratégica: modificação de condições relevantes do Projeto de Parceria Estratégica, tais como, exemplificativamente, (i) modificações que não alterem as finalidades dos Acordos Estratégicos; (ii) alteração do percentual da alienação e ou aquisição de Empresa/Ativo que não modifique a estrutura de poder da Empresa/Ativo; (iii) inclusão ou exclusão de ativos não significativos para Empresa/Ativo; (iv) celebração de contratos acessórios, apresentação de solução de logística ou infraestrutura”.

procedimento de estruturação deverá ser reiniciado na hipótese de: modificação da finalidade de Acordo(s) Estratégico(s); alteração de percentual que modifique a estrutura de poder de ativo/empresa; inclusão/exclusão de ativo/empresa com valores significativos.

2.1.3.2. Fase 1: planejamento do projeto (Estruturação)

O planejamento do projeto é definido no PIPESP como Fase 1 – Estruturação.

A assinatura do MdE desencadeia a formação do GP,⁹⁹ da CNP¹⁰⁰ e da CA que desempenham atribuições relevantes no procedimento.

Os membros do GP realizam reuniões sobre o projeto e análises pertinentes às suas respectivas áreas (Item 8.10), sendo a CNP responsável pela condução do projeto de parceria¹⁰¹.

O Gerente do Projeto, os Gerente da Área de Negócio Vinculada (integrantes tanto do GP como da CNP) e o Coordenador do Projeto (integrante do GP), devem avaliar e propor modelo de negócio para implementação da parceria (*e.g. joint venture*, outra forma associativa contratual, alienação ou aquisição parcial de participação acionária, reestruturação societária), contemplando a modelagem dos Acordos Estratégicos pretendidos (os quais devem versar sobre o modelo de negócio) (Item 8.6.a).

A CNP pode interagir com o potencial parceiro para definir o modelo de negócio, com base nas diretrizes fixadas no MdE (Item 8.16).

Já a CA se incumbe das análises econômico-financeiras¹⁰². Nessa etapa, ela é responsável pela elaboração de estimativa preliminar de valor do(s) ativo(s)/empresa(s) que integrem o objeto do projeto de parceria, para apoiar a estruturação do modelo de negócio¹⁰³ (Estimativa Preliminar)¹⁰⁴.

Paralelamente, a assinatura do MdE impele à Área de Negócio Vinculada ao planejamento e preparação do ativo/empresa que, porventura, integre a parceria. Essa

⁹⁹ Os membros do GP são designados pelo Gerente Executivo da Gerência Executiva de Portfolio da Petrobras (Item 8.2 do PIPESP).

¹⁰⁰ Os membros da CA são designados pelo Gerente Executivo da área de Controladoria da Petrobras (Item 8.3 do PIPESP).

¹⁰¹ O Gerente Geral do Projeto supervisiona a CNP (Item 8.7 do PIPESP).

¹⁰² As avaliações econômico-financeiras devem utilizar, preferencialmente, metodologia de fluxo de caixa descontado. Ainda, devem ser suportadas por análises de sensibilidade qualitativas e quantitativas sobre as principais variáveis impactantes no resultado, e utilizar múltiplos transacionais e/ou de empresas comparáveis (Itens 7.7 a 7.10 do PIPESP).

¹⁰³ Itens 7.1; 7.1.1 e 8.3.a do PIPESP.

¹⁰⁴ A Estimativa Preliminar não pode ser utilizada para tomada de decisão referente à alienação/aquisição de ativo/empresa no bojo do projeto de parceria (Item 7.1.2 do PIPESP).

preparação objetiva maximizar o valor do ativo/empresa, tornar o projeto de parceria menos complexo, e reduzir os riscos de execução (Item 8.11.1)¹⁰⁵.

O Gerente Geral do Projeto (integrante do GP), atua junto com a Área de Negócio Vinculada para identificar e avaliar questões que podem constituir dificuldades para a implementação do projeto. Essas questões envolvem exemplificativamente; (i) contratos existentes ou futuro; (ii) sistemas computacionais em uso e licenças de software do Sistema Petrobras; (iii) passivos trabalhistas, planos de pensão e seguro de saúde; (iv) autos de infração e multas; (v) passivos ambientais e tributários; (vi) litígios judiciais ou extrajudiciais (Item 8.11.3).

Entendo que esses itens são disponibilizados em *data room* ao potencial parceiro, o qual deve ser providenciado pela atuação conjunta entre CNP e a Área de Negócio Vinculada (Item 8.13)¹⁰⁶.

A Área de Negócio Vinculada deve elaborar relatório de preparação (Relatório de Preparação) cujo conteúdo compreende as medidas adotadas e planejadas para se tratar as questões do Item 8.11.3 do PIPESP.

Definido o modelo de negócio nos termos dos Itens 8.6.a e 8.16 do PIPESP, a CNP deve preparar relatório¹⁰⁷. Uma vez aprovado o relatório sobre o modelo de negócio, a CNP poderá preparar carta de solicitação de confirmação de interesse (Carta de Solicitação de Interesse), a qual deverá ser previamente analisada pelo corpo jurídico antes de ser enviada ao potencial parceiro (Itens 8.19.1 e 8.19.2).

Após a confirmação de interesse do potencial parceiro (Carta de Confirmação de Interesse), o Gerente Geral do Projeto, o Gerente do Projeto, o Gerente da Área de Negócio Vinculada e o Coordenador do Projeto¹⁰⁸ devem emitir o Relatório de Estruturação (Item 8.22).

O Relatório de Estruturação abrange os principais aspectos da parceria estratégica pretendida. Entre eles: (i) o propósito da parceria; (ii) os Acordos Estratégicos pretendidos (ou seja, seu objeto); (iii) a motivação que justifica a inexigibilidade de licitação para negociação

¹⁰⁵ As medidas para o preparo e planejamento envolvem: levantamento e tratamento de litígios; avaliação de impactos tributários; reestruturações societárias; separação do ativo/empresa do restante do portfólio da Petrobras; estudo de autorizações governamentais eventualmente necessárias para o início ou conclusão do projeto de parceria (Item 8.11.2).

¹⁰⁶ Em caso de aquisição de ativo/empresa pela Petrobras, cabe à CNP conduzir auditoria preliminar (Item 8.17).

¹⁰⁷ O relatório é submetido ao Gerente Executivo de Portfólio da Petrobras e ao membro da Alta Administração ou Diretor Executivo da Área de Negócios Vinculada (Item 8.18 do PIPESP).

¹⁰⁸ Praticamente a CNP mais o Gerente Geral do Projeto e o Coordenador do Projeto (esses dois últimos são apenas membros do GP).

direta; (iv) o modelo de negócio; (v) as estimativas de valor¹⁰⁹, exposição financeira, CAPEX, impacto contábil, dentre outros; (vi) o cronograma do projeto; (vii) os riscos da parceria; (viii) as licenças e autorizações governamentais necessárias; (ix) ativos e passivos não operacionais e seus respectivos valores (trabalhistas, ambientais, tributários, regulatórios, litígios, etc.) (Item 8.22.1).

Os seguintes documentos devem constar como anexos do Relatório de Estruturação: (i) decisão da Diretoria Executiva que aprova o MdE; (ii) comunicado sobre constituição do GP e da CNP; (iii) termo de confidencialidade; (iv) parecer do corpo jurídico sobre a caracterização da inexigibilidade de licitação; (v) análise da Carta de Confirmação de Interesse; (vi) Relatório de Preparação.

Após a aprovação do Relatório de Estruturação¹¹⁰, alcança-se o Portão 1, o que marca a transição para a fase de desenvolvimento do projeto. A informação sobre a aprovação do Relatório de Estruturação deverá ser divulgada por meio de publicação de fato relevante (Item 8.23).

2.1.3.3. Fase 2: execução do projeto (Desenvolvimento do projeto)

O desenvolvimento do projeto é denominado de Fase 2, e se subdivide em duas etapas (Item 9.1).

A primeira abrange a auditoria envolvendo ativo(s)/empresa(s), o envio de Proposta Vinculante, a negociação do objeto da parceria por meio da negociação dos Acordos Estratégicos e das Condições Estruturantes.

A segunda está relacionada à negociação da versão definitiva dos Contratos Estratégicos (Contratos Definitivos) para a implementação da parceria e à avaliação da transação pelas áreas técnicas corporativas e órgãos internos da Petrobras.

2.1.3.3.1. 1ª Etapa

A auditoria serve para que a Petrobras disponibilize documentos e informações relevantes ao potencial parceiro. A CNP é responsável pela disponibilização dos documentos,

¹⁰⁹ A estimativa de valor preparada pela CA serve para embasar essa análise (Itens 8.3.a e 8.22.2 do PIPESP).

¹¹⁰ O Relatório de Estruturação deve ser aprovado pelo Gerente Executivo de Portfolio da Petrobras, pelo Diretor Executivo da Área de Negócio Vinculada e pelo Diretor Executivo de Financeiro e de Relacionamento com Investidores (Item 8.22.3 do PIPESP). Ainda, a aprovação do Relatório de Estruturação deverá contar com a prévia anuência do Comitê Técnico-Estatuário de Investimentos e Desinvestimentos (Item 8.22.3.2).

em *data room* físico ou virtual, que abrangem, dentre outros, aqueles do Item 8.11.3 do PIPESP¹¹¹.

Concluída a auditoria, a CNP deve solicitar o envio de Proposta Vinculante do potencial parceiro. Frise-se que a Petrobras não assume qualquer posição vinculante nessa etapa (Item 9.2.4)¹¹². Como condição prévia à referida solicitação, a CNP deve obter o Relatório Interno de Avaliação Econômico-Financeira Visão Petrobras da CA (Relatório Interno)¹¹³⁻¹¹⁴ e o Relatório Externo de Avaliação Econômico-Financeira Visão Mercado (Relatório Externo)¹¹⁵.

O Relatório Interno objetiva estimar *equity value* e *business enterprise value* (Item 7.2) do ativo/empresa¹¹⁶. Tanto a Estimativa Preliminar como o Relatório Interno não devem considerar os Acordos Estratégicos, por conterem valor intangível (Item 7.4).

O Relatório Externo serve para estimar o valor do projeto de parceria estratégica para o potencial parceiro privado (Item 7.5), o qual deve ser elaborado, preferencialmente, por assessor financeiro externo (Item 7.15). Não há clareza sobre o conteúdo do Relatório Externo, porém entendo que ele não pode se referir ao *fairness report*, documento necessariamente elaborado por consultoria independente¹¹⁷, o qual deve ser entregue na 2ª Etapa da Fase 2 (Item 9.3.16.e), já que o PIPESP permite que a própria CA elabore o Relatório Externo (Item 1.6.10).

A CNP deve empreender análise comparativa¹¹⁸ entre o Relatório Interno e o Relatório Externo para a determinação do valor de alienações/aquisições de ativo/empresa envolvidos, no intuito de embasá-la para a negociação junto ao parceiro privado (Item 7.12).

Recebida a Proposta Vinculante, CNP e o potencial parceiro iniciam negociação das Condições Estruturantes, as quais basicamente consistem nos Acordos Estratégicos, os quais

¹¹¹ Ainda, caso a parceria envolva aquisição de ativo/empresa pela Petrobras, o parceiro privado deverá disponibilizar documentos e informações relevantes para auditoria.

¹¹² Caso a parceria envolva aquisição de ativos/empresas pela Petrobras, a estatal deverá encaminhar proposta não-vinculante, a qual deve ser previamente aprovada pela Diretoria Executiva da Petrobras.

¹¹³ Itens 7.3 e 9.2.6 do PIPESP.

¹¹⁴ O Relatório Interno deve adotar as orientações previstas em documento interno da Petrobras (“Diretrizes para Avaliação Econômica Financeira de Projetos de Desinvestimento e Aquisição – Padrão SINPEP DI-IPBR-00170) (Item 7.6 do PIPESP).

¹¹⁵ Item 7.15 do PIPESP.

¹¹⁶ A estimativa do valor do ativo/empresa deve ser feita de forma incremental e integrado ao portfólio da Petrobras, com os cenários corporativos referenciais vigentes (Itens 7.5.a e 7.7 do PIPESP).

¹¹⁷ No caso de elaboração por assessor financeiro externo (*fairness opinion* e/ou *valuation report*), este deverá ser distinto do assessor que auxilia a Petrobras com o projeto de forma geral nos termos do Item 5.2. Isso de preende a partir da parte final da redação dos Itens 5.5.a e 5.5.b do PIPESP.

¹¹⁸ Essa análise comparativa deve ocorrer após o recebimento da proposta vinculante do parceiro privado, já que o item 7.3.1 do PIPESP veda que a CNP tenha acesso ao Relatório Interno antes disso.

correspondem ao objeto e escopo da parceria, preço e condições de pagamento pelo(s) ativo(s)/empresa(s) envolvido(s) (Item 9.2.7).

Para que se possa iniciar a 2ª etapa da Fase 2, a CNP deverá produzir (ou obter) os seguintes documentos: (a) Relatório Interno; (b) Relatório Externo; (c) Parecer Jurídico sobre inexigibilidade de licitação; (d) Relatório de Negociação das Condições Estruturantes (Item 9.2.12)¹¹⁹.

Entendo que o Parecer Jurídico consiste na mera atualização do parecer sobre inexigibilidade que deve ser um dos anexos do Relatório de Estruturação da Fase 1.

O Relatório NCE deve versar sobre todos os pontos relevantes da potencial parceria tais como valores, Acordos Estratégicos, condições resolutivas e suspensivas negociadas, condições comerciais, estratégicas, operacionais que terão que ser desenvolvidas na etapa subsequente (Item 9.2.13.1).

O Relatório NCE deve ser submetido à Diretoria Executiva da Petrobras ou ao Conselho de Administração para aprovação, após a prévia anuência do Comitê Técnico-Estatutário de Investimentos e Desinvestimentos da Petrobras (Itens 9.2.13 e 9.2.13.2).

A aprovação do Relatório NCE representa o atingimento do Portão 2.

2.1.3.3.2. 2ª Etapa

Nessa etapa ocorre a negociação¹²⁰ e a definição dos termos finais dos Contratos Estratégicos, o que abrange condições econômicas, comerciais e contratuais da parceria estratégica (Item 9.3.4).

A CNP poderá também negociar plano de transição referente à implementação do plano de negócio, transferência de gestão de ativo, migração de sistemas de tecnologia da informação, gestão e assessoria financeira, tributária e contábil, contratos de compartilhamento de custos e despesas, entre outros (Item 9.3.5.1).

Todos os pontos negociados que afetem a precificação da parceria deverão estar contemplados no Relatório Final da CNP. Esse relatório deverá ser acompanhado dos pareceres¹²¹ emitidos pelos representantes das áreas integrantes do Grupo do Projeto, das

¹¹⁹ Em caso de aquisição pela Petrobras, será necessário Relatório de Auditoria.

¹²⁰ Corpo jurídico e as áreas técnicas integrantes do GP devem acompanhar a negociação (Item 9.3.2 do PIPESP).

¹²¹ Mais uma vez, deverá haver parecer jurídico sobre a configuração de situação de inexigibilidade de licitação (Item 9.3.10.b).

minutas contratuais definitivas, *fairness opinion*, comunicado ao mercado ou fato relevante (Itens 9.3.6.a; 9.3.6.b; 9.3.16).

O Relatório Final da CNP é então objeto de apreciação do Comitê Técnico Estatutário de Investimentos e Desinvestimentos da Petrobras e pela Diretoria Executiva. Na sequência, o Relatório Final é submetido ao Gerente Executivo de Portfolio e à alta administração (Diretoria Executiva ou Conselho de Administração) da Petrobras (Itens 9.3.7 e 9.3.8).

A Diretoria Executiva analisa o Relatório Final, e o encaminha para o Conselho de Administração, após voto afirmativo do Diretor de Governança¹²² e Conformidade e após parecer favorável do Comitê Financeiro (Itens 9.3.11 e 9.3.12).

Aprovado o Relatório Final, segue-se para a assinatura dos Contratos Estratégicos/Contratos Definitivos (Item 9.3.18). Efetivados esses atos, considera-se alcançado o Portão 3.

2.1.3.3. Fase 3: encerramento do projeto (Fechamento)

O fechamento consiste na derradeira Fase 3 do procedimento da Petrobras. Ela está voltada ao cumprimento das condições precedentes estipuladas nos Contratos Estratégicos/Contratos Definitivos (Item 10.1).

É nessa fase que ocorre a constituição da nova sociedade ou consórcio, e/ou a transferência de participação da empresa/ativo da parceria (junto com o pagamento do valor correspondente à referida participação)¹²³.

O Gerente Geral do Projeto, Gerente do Projeto e os Gerentes das Áreas de Negócio Vinculadas devem interagir para promover a consecução das condições precedentes, em conformidade com as responsabilidades delineadas nos Contratos Estratégicos/Contratos Definitivos.

A CNP fica responsável por confeccionar os documentos necessários para aprovação de órgãos externos de controle e autoridades governamentais, conforme aplicável, comprovantes de cumprimento das condições precedentes ao fechamento, e comprovantes de liquidação financeira dos valores ligados à alienação/aquisição do ativo/empresa e da transferência da propriedade da participação do ativo/empresa (Item 10.8).

¹²² Entendo que o voto afirmativo é externado por meio de parecer, equivalente àquele mencionado no Item 9.3.16.h do PIPESP.

¹²³ Item 10.2 do PIPESP.

2.2. ELETROBRAS

Em relação à Eletrobras, há três processos relevantes do TCU que questionam a forma de seleção das empresas no âmbito de parcerias com Furnas Centrais Elétricas S/A (Furnas) e análise de desinvestimentos da Eletrobras, no qual houve tentativa de se processar a venda de participação acionária da Eletrobras em sociedade de propósito específico (SPE) com base no art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais.

Um dos processos identificado na pesquisa se limita a descrever o processo de formação sem adentrar em análise sobre sua adequação¹²⁴. Considerando que um outro processo analisado no trabalho também faz essa descrição, só que em momento posterior, entendo que uma análise sobre o primeiro processo não é relevante para a dissertação, já que o último processo reflete a prática mais recente.

Ainda, outro processo identificado foca nos aspectos de governança interna dos acionistas de SPEs formadas entre estatais e empresas do setor privado com foco na questão de contratação de partes relacionadas. Como esse tema não é foco dessa dissertação, tal processo também não será objeto de análise¹²⁵.

Com base nos precedentes do TCU, entendo que a Corte influenciou, ou no mínimo catalisou, a edição do Manual de SPE pela Eletrobras, o qual constitui o normativo interno que disciplina a formação de parcerias.

2.2.1. Reestruturação societária da Serra do Facão S.A.

A 9ª SECEX, unidade técnica do TCU, formulou representação que resultou na análise de reestruturação societária da SPE Serra do Facão S.A (SFC), empresa cujo propósito consistia na construção de usina hidroelétrica Serra do Facão e cujo controle societário era exercido por Furnas e pela Oliveira Trust Servicer S/A (OTS), com base em acordo de acionistas¹²⁶.

¹²⁴ Trata-se do TC 032.090/2010-2, referente a auditoria operacional sobre as Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A. No Acórdão 1614/2011 – Plenário, há breve descrição do processo de seleção de parceiros para a constituição de SPEs e conclusão de que o tema merecia atenção da Corte de Contas para avaliação de providências voltadas à minimização de risco de descumprimento de obrigações contratuais. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *TC 032.090/2010-2*. Rel. Min. José Múcio Monteiro, Plenário, Data de Julgamento 15/06/2011).

¹²⁵ Trata-se do TC 023.736/2014-3, referente a auditoria operacional sobre a Companhia Hidroelétrica do São Francisco no que tange à gestão de suas obras de geração e de transmissão. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Auditoria (RA) 023.736/2014-3*. Rel. Min. José Múcio Monteiro, Plenário, Data de julgamento 14/11/2018).

¹²⁶ TC 002.564/2011-4.

Nesse contexto, por meio do Acórdão 1362/2015 – Plenário¹²⁷, o Colegiado da Corte de Contas considerou que faltou cautela à Furnas no que tange à reestruturação que consistiu na substituição da sócia OTS pela empresa Companhia Energética Serra da Carioca II (CESC).

O julgado não tratou sobre a seleção ligada à formatação da parceria societária original. Por outro lado, houve análise sobre a substituição que reconfigurou a parceria, o que colocou em xeque a seleção realizada.

O Colegiado do TCU não apontou irregularidade quanto à ausência de procedimento seletivo *per se*, mas, destacou como grave falha dos gestores de Furnas o fato de a entrada da CESC ter sido desprovida de avaliação sobre sua capacidade técnica e econômica¹²⁸ e sem exposição dos motivos estratégicos e da vantagem comercial que seria angariada por Furnas. Entendeu que houve flagrante falha na motivação da formatação da nova parceria.

Desse modo, não houve análise holística do cumprimento dos elementos de motivação de inexigibilidade para a formação da parceria.

Assim, o ingresso da CESC implicou atraso na liberação de recursos de financiamento pelo BNDES e resultou na imposição de sanção contratual de “encargo por reserva de crédito”, assumido integralmente por Furnas, e reputado como ato antieconômico pelo TCU¹²⁹.

A 9ª SECEX cogitou que Furnas deveria ter publicado edital de chamamento público¹³⁰ e formulou proposta para que fosse determinada para Furnas a edição de normativo próprio para seleção de parceiros com base nos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência¹³¹.

Porém, o Colegiado do TCU optou por recomendar que Furnas decidisse a melhor maneira de se disciplinar o processo de seleção de sócios em seus empreendimentos, de modo a resguardar a margem discricionária dos gestores¹³², ressaltando o dever de diligência dos

¹²⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1362/2015. Processo 002.564/2011-4*. Min. Rel. Raimundo Carreiro, Plenário, Data de julgamento 03/06/2015.

¹²⁸ Não houve comprovação da capacidade técnica da CESC acerca da construção de usinas hidroelétricas e seu capital social à época do ingresso na SFC era de R\$ 1.000,00 (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1362/2015. Processo 002.564/2011-4*. Min. Rel. Raimundo Carreiro, Plenário, Data de julgamento 03/06/2015, Item 15, p. 33).

¹²⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1362/2015. Processo 002.564/2011-4*. Min. Rel. Raimundo Carreiro, Plenário, Data de julgamento 03/06/2015, Item 8, p. 33.

¹³⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1362/2015. Processo 002.564/2011-4*. Min. Rel. Raimundo Carreiro, Plenário, Data de julgamento 03/06/2015, p. 10.

¹³¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1362/2015. Processo 002.564/2011-4*. Min. Rel. Raimundo Carreiro, Plenário, Data de julgamento 03/06/2015, p. 31.

¹³² BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1362/2015. Processo 002.564/2011-4*. Min. Rel. Raimundo Carreiro, Plenário, Data de julgamento 03/06/2015, p. 38-40.

administradores de estatais com base no art. 153 c/c o art. 239, parágrafo único, da Lei 6.404/1976¹³³.

A decisão ainda recomendou à Furnas que fosse definida estratégia e orientações para procedimentos de auditoria referente a operações que envolvam reestruturações societárias ou aquisição de participações acionárias. De qualquer modo, não houve determinação para que a parceria fosse desmanchada.

Entendo que a opção do Colegiado do TCU de recomendar à Furnas que avaliasse a melhor forma de selecionar sócios para seus empreendimentos – em vez de impor a edição de normativo para tal propósito – reconhece e prestigia o regime jurídico de direito privado atinente à formação de parcerias.

2.2.2. Auditoria operacional das parcerias de Furnas

A Corte de Contas realizou auditoria operacional sobre Furnas abarcando as 81 (oitenta e uma) SPEs em parceria com a iniciativa privada à época¹³⁴, a qual resultou no Acórdão 2322/2015 – Plenário¹³⁵.

A Secretaria de Controle Externo da Administração Indireta no Rio de Janeiro, unidade técnica responsável pela análise, criticou a falta de orientação geral/política/norma atinente à seleção de parceiros¹³⁶.

Nesse sentido, a auditoria empreendida pela unidade técnica do TCU constatou que Furnas apenas veicula edital de chamada pública permanente para que eventuais empresas privadas manifestem seu interesse e se cadastrem para potenciais oportunidades de investimento, seguida da delimitação de critérios financeiros e estratégicos para a oportunidade, e ranqueamento dos interessados pré-cadastrados¹³⁷.

¹³³ Art. 153 da Lei 6.404/1976: “O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios. [...] Art. 239. As companhias de economia mista terão obrigatoriamente Conselho de Administração, assegurado à minoria o direito de eleger um dos conselheiros, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo. Parágrafo único. Os deveres e responsabilidades dos administradores das companhias de economia mista são os mesmos dos administradores das companhias abertas”.

¹³⁴ TC 021.932/2014-0.

¹³⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2322/2015. TC 021.932/2014-0*. Min. Rel. Vital do Rêgo, Plenário, Data de julgamento 16/09/2015.

¹³⁶ Outros pontos criticados pela SECEX-RJ se referem à inexistência de orientações corporativas sobre (i) requisitos para a indicação de representantes dos conselhos diretivos; (ii) cláusulas mínimas para os acordos de acionistas; (iii) mecanismos de monitoramento do desempenho dos investimentos, dentre outras.

¹³⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2322/2015. TC 021.932/2014-0*. Min. Rel. Vital do Rêgo, Plenário, Data de julgamento 16/09/2015, Item 27, p. 64.

Ocorre que, segundo achado da auditoria, a definição dos critérios de escolha fica ao cargo de uma única área de Furnas (Superintendência de Novos Negócios – SNN)¹³⁸ e não há qualquer participação da alta administração da empresa, salvo na ratificação da formação da SPE ao final do processo.

Ainda, o Colegiado do TCU reputou como problemático o fato de os pareceres finais submetidos à alta administração não exprimirem o detalhamento das notas atribuídas aos candidatos interessados nem a motivação para as notas aferidas, o que seria sintomático da fragilidade do processo como um todo¹³⁹.

Desse modo, o Colegiado do TCU reputou que a falta de norma ou orientação geral e a não-participação da alta administração na definição dos critérios gera disparidades no processo seletivo o que implicaria violação aos princípios da administração pública (impessoalidade, publicidade e moralidade), além de regras da Lei 6.404/1976 (atribuição ao conselho de administração da responsabilidade de fixar orientação geral dos negócios das empresas) e do próprio estatuto de Furnas¹⁴⁰.

Diferentemente do caso da Serra do Facão, o Colegiado do TCU acompanhou a sugestão da unidade técnica de que Furnas deveria, por meio de sua alta administração, instituir norma regulando processo de seleção de parceiros privados¹⁴¹. Chama atenção a reviravolta do Colegiado do TCU pelo curto espaço de tempo entre o Acórdão 2322/2015 – Plenário e o Acórdão 1362/2015 – Plenário (105 dias).

No entanto, ao longo do referido processo de auditoria do TCU, a Eletrobras elaborou Manual de SPE para tratar sobre os pontos sensíveis do processo seletivo¹⁴², o que supriu a necessidade relativa à edição de orientação geral para a seleção de parceiros.

Não houve análise sobre o cumprimento dos requisitos de motivação para a formação de cada uma das 81 (oitenta e uma) parcerias de Furnas. Todavia, verifico o início de preocupação do TCU quanto ao procedimento geral de formação de parceria, antes mesmo da edição da Lei das Estatais.

¹³⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2322/2015. TC 021.932/2014-0*. Min. Rel. Vital do Rêgo, Plenário, Data de julgamento 16/09/2015, p. 64.

¹³⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2322/2015. TC 021.932/2014-0*. Min. Rel. Vital do Rêgo, Plenário, Data de julgamento 16/09/2015, p. 65.

¹⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2322/2015. TC 021.932/2014-0*. Min. Rel. Vital do Rêgo, Plenário, Data de julgamento 16/09/2015, p. 65.

¹⁴¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2322/2015. TC 021.932/2014-0*. Min. Rel. Vital do Rêgo, Plenário, Data de julgamento 16/09/2015, p. 65.

¹⁴² Tais como : a) critérios para a escolha pela holding da empresa Eletrobras a participar do leilão; b) critérios de escolha do sócio preferencial para compor sociedade; c) modelo padrão de acordo de acionistas; d) cláusula de princípio e controles de negócios; e) critérios para valor de venda da participação; f) modelo padrão para planos de negócios; e g) relatórios de acompanhamento de SPEs (Idem. Voto, Itens 127 e 128. Fl. 77).

Me parece que a principal razão para a mudança de posicionamento do TCU quanto à necessidade de norma geral correspondeu à quantidade de SPEs nas quais Furnas possuía participação. O número amplo de parcerias impeliu o TCU a buscar influenciar o procedimento da Eletrobras e evitar uma difusão desordenada de SPEs.

Noto que nos casos da Petrobras analisadas pela Corte, não houve uma interferência no sentido de influenciar no desenho do rito procedimental dessa estatal, tendo inclusive a Petrobras apontado no caso da parceria com a Total (Item 2.1.2) que não possuía normativo interno à época da formalização dos contratos relevantes (21.12.2016).

Entendo que a prática da Eletrobras referente à publicação de chamamentos públicos permanentes e de chamamentos pontuais, o que amplia a publicidade e a participação do setor privado, funciona para os cenários de parcerias voltadas a leilões de energia, na medida em que há maior clareza acerca do que será o objeto da parceria (determinado ativo do setor de energia).

Por outro lado, isso não quer dizer que não há negociação sobre a formatação da SPE que será constituída no que tange à definição de participação acionária e direitos societários, o que faz com que permaneça a característica de singularidade da parceria.

2.2.3. Alienação da Intesa

Em meados de agosto de 2018, a Eletrobras publicou o edital de Leilão 01/2018 para a alienação de participação detida por ela e suas controladas em 71 (setenta e uma) SPEs.

Paralelamente, a Eletrobras pretendeu processar a venda de participação minoritária em uma dessas SPEs, com base no art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais.

Tais desinvestimentos foram objeto de acompanhamento pelo TCU¹⁴³, o que resultou no Acórdão 1765/2018 – Plenário¹⁴⁴.

Em relação ao conceito de oportunidade de negócio do § 4º do art. 28, da Lei das Estatais, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica (SeinfraElétrica), órgão técnico do TCU, entendeu que da configuração da oportunidade de negócio não decorre, automaticamente, a justificativa acerca da inviabilidade de procedimento competitivo. Transcreva-se:

¹⁴³ Brasil. Tribunal de Contas da união. *Acórdão 1765/2018. Processo TC 031.986/2017-0*. Rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, Data de julgamento 01/08/2018.

¹⁴⁴ Min. Rel. Aroldo Cedraz. (Brasil. Tribunal de Contas da união. *Acórdão 1765/2018. Processo TC 031.986/2017-0*. Rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, Data de julgamento 01/08/2018).

É importante observar que a Lei 13.303/2016 não dispensou de forma incondicional as estatais de licitar nos casos considerados como “oportunidades de negócios explicitados no § 4º, do art. 28, e sim estabeleceu que, mesmo quando da identificação de situações consideradas como “oportunidades de negócios”, a dispensa só se dará quando justificada a inviabilidade de procedimento competitivo. Portanto, nos termos do próprio Estatuto das Estatais, a licitação permanece como regra mesmo nos casos de oportunidades de negócio, sendo excetuada apenas quando da inviabilidade de realização de procedimento competitivo¹⁴⁵ (grifo nosso).

Tal conclusão foi alcançada pelo supracitado órgão técnico no âmbito da análise da venda da participação minoritária detida pela Eletrobrás na Integração Transmissora de Energia S/A (Intesa)¹⁴⁶ para a Equatorial Energia S/A (Equatorial), no contexto de seu plano de desinvestimentos.

O contexto da transação envolvia a aquisição da participação majoritária do FIP Brasil Energia na Intesa pela Equatorial. E a oferta de aquisição feita pela Equatorial foi estendida à Eletrobras, de forma análoga a direito de *tag along*¹⁴⁷, o qual não fora previsto em acordo de acionistas.

A Eletrobras apontou que a venda seria processada por meio da configuração de oportunidade de negócio, nos termos do art. 28, § 3º, II c/c art. 28, § 4º, da Lei das Estatais.

Mesmo com o reconhecimento da SeinfraElétrica de que o valor ofertado pela Equatorial – o que constituiria *tag along* de fato – não configuraria ato antieconômico praticado pela Eletrobras, já que tal valor era superior ao preço mínimo avaliado pela estatal, e de que a realização de procedimento licitatório não implicaria necessariamente obtenção de proposta mais vantajosa¹⁴⁸, o órgão entendeu que não se tratava de hipótese de inviabilidade de procedimento competitivo.

Nessa linha, a SeinfraElétrica propôs ao Colegiado do TCU determinação à Eletrobras para que a alienação da Intesa não fosse realizada com base no art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Brasil. Tribunal de Contas da união. *Acórdão 1765/2018. Processo TC 031.986/2017-0*. Rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, Data de julgamento 01/08/2018, p. 86.

¹⁴⁶ A Intesa foi constituída em 2005 entre as empresas ELETRONORTE, CHESF, ENGEVIX e o FIP Brasil Energia para fins de participação do Leilão 001/2005 da Agência Nacional de Energia Elétrica, cujo objeto era a exploração de linhas de transmissão. Informação disponível em: <<http://www.intesa.com.br/historico.php>>. Acesso em: 25.fev.2020.

¹⁴⁷ Em uma operação de compra e venda de ações de uma determinada empresa, o *tag along* é um direito que acionistas têm para vender suas respectivas ações, não contempladas originalmente na operação, para o mesmo adquirente da operação. É um mecanismo de proteção de acionistas minoritários que pode ser previsto no bojo de acordo de acionistas.

¹⁴⁸ Brasil. Tribunal de Contas da união. *Acórdão 1765/2018. Processo TC 031.986/2017-0*. Rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, Data de julgamento 01/08/2018, p. 86-87.

¹⁴⁹ Brasil. Tribunal de Contas da união. *Acórdão 1765/2018. Processo TC 031.986/2017-0*. Rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, Data de julgamento 01/08/2018, p. 95.

O Colegiado do TCU acatou essa proposta, e determinou que a Eletrobras se abstinhasse de realizar a operação de venda da Intesa para a Equatorial¹⁵⁰.

Desse modo, o fato de (i) o preço da aquisição da participação da Eletrobras estar embasado pelo valor de aquisição da participação acionária majoritária da Intesa, o qual embute um prêmio por implicar transferência de controle societário (configurando externalidade positiva captada pelo valor da participação minoritária da Eletrobras); e de (ii) a definição da parte adquirente decorrer de oferta cujo valor é superior ao mínimo avaliado pela própria estatal, em analogia ao exercício do direito de *tag along*, foram insuficientes para justificar a alienação sem licitação¹⁵¹.

O caso não se refere à formação de parceria, mas ele reflete uma leitura do TCU sobre o art. 28, § 3º, II da Lei das Estatais. Ainda, fica claro que o TCU aferiu se houve concretização dos elementos de motivação do referido dispositivo para verificar a adequação da hipótese de afastamento de licitação. Em outras palavras, o Tribunal se valeu dos elementos de motivação como parâmetro de controle.

Nesse sentido, constato que a Corte de Contas entende que a definição dos elementos subjetivo (definição do adquirente) e objetivo (oportunidade de negócio) não justifica *per se* a inviabilidade de procedimento competitivo.

Concordo que de fato não há presunção de inviabilidade, tal como no caso de formação de parceria, já que há definição clara sobre o objeto de alienação que pode ser estendido de forma objetiva a outros potenciais interessados (como tem sido feito no âmbito da sistemática de desinvestimentos da Petrobras). Portanto, há viabilidade de competição, ainda que não nos termos do regime geral de licitações aplicável às estatais.

Por outro lado, compreendo que o uso do art. 28, § 3º, II, da Lei Federal 13.303/2016 para a extinção de parcerias por meio de alienação da participação acionária da empresa

¹⁵⁰ Vide Item 9.1.4 do Acórdão. (Brasil. Tribunal de Contas da união. *Acórdão 1765/2018. Processo TC 031.986/2017-0*. Rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, Data de julgamento 01/08/2018).

¹⁵¹ Outro ponto interessante diz respeito à dinâmica do edital de leilão, o qual previu uma estrutura procedimental de licitação com base nas regras da Lei das Estatais e Regulamento da Eletrobras (proposta de preço, documentos de habilitação, fase recursal, etc.), e condicionou a adjudicação, quando aplicável, ao exercício de direitos derivados de acordos de acionistas previamente celebrados entre a Eletrobras e empresas de seu grupo com terceiros. Nesse sentido, as adjudicatárias teriam que aguardar eventual manifestação de terceiro sobre o exercício de direito de preferência para que pudessem efetivamente adquirir a participação acionária (caso não houvesse interesse do terceiro). Em relação aos direitos de *tag along*, a adjudicatária seria forçada a comprar a participação de terceiro, caso exercido, senão ficaria exposta à execução da garantia de proposta, além de aplicação sanções cabíveis. Essa condicionante é interessante, pois compatibiliza a exceção prevista no art. 5º, III, do Decreto 9.188 com licitação e/ou processo competitivo.

estatal é inadequado, pois se trata de desinvestimento¹⁵², o qual se enquadra no art. 29, XVIII desse diploma.

2.2.4. Procedimento da Eletrobras

O Regulamento de Licitações e Contratos da Eletrobras (RLC-Eletrobras)¹⁵³⁻¹⁵⁴, não revela qualquer novidade sobre procedimento de formação de parceria *vis-à-vis* aos dispositivos da Lei das Estatais. As únicas nuances são a consideração da práxis do mercado para efetivação de operações societárias ou contratuais e a indicação de que a inviabilidade de competição decorre da justificativa da escolha do parceiro e da oportunidade de negócio¹⁵⁵⁻¹⁵⁶, o que me parece equivocado, pois entendo que a inviabilidade decorre da própria dinâmica de formação de parceria.

O Manual de SPE Versão 3.0, de novembro de 2017 (Manual SPE)¹⁵⁷, resultante de trabalho conjunto das empresas do grupo Eletrobras¹⁵⁸, corresponde ao guia para estruturação de negócios por meio de parcerias com foco na participação de leilões da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

A versão original do Manual SPE foi editada durante o transcurso da auditoria operacional das parcerias de Furnas¹⁵⁹, o que ilustra a influência exercida pelo TCU no delineamento do procedimento de formação de parcerias no caso do grupo Eletrobras.

Ademais, Furnas mantém disponível edital de chamada pública permanente (CPP – Furnas) para aquisições de participações acionárias em ativos de geração ou transmissão e participação de licitação de concessões (*joint-bidding agreements*)¹⁶⁰⁻¹⁶¹.

¹⁵² A Eletrobras aderiu ao Decreto Federal 9.188/2017 em 28.03.2019 (Resolução da Diretoria Executiva 096/2019, datada de 25/02/2019).

¹⁵³ CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A. - ELETROBRAS. *Regulamentação*. [s.l], 2017. Disponível em: <https://eletrobras.com/pt/Paginas/Regulamentacao.aspx>. Acesso em: 13 set. 2021.

¹⁵⁴ O regulamento foi editado com base no art. 40 da Lei das Estatais e aprovado pela Diretoria Executiva da Eletrobras em 11.09.2017.

¹⁵⁵ Art. 13 do RLC-Eletrobras. (CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A. - ELETROBRAS. *Regulamentação*. [s.l], 2017. Disponível em: <https://eletrobras.com/pt/Paginas/Regulamentacao.aspx>. Acesso em: 13 set. 2021).

¹⁵⁶ Nesse mesmo sentido é o entendimento de Mário Saadi e Juliana Deguirmendjian, para os quais a dimensão subjetiva ligada às características do parceiro, e a dimensão objetiva, referente à configuração da oportunidade de negócio, devem demonstrar a inviabilidade de competição (SAADI, Mário; DEGUIRMENDJIAN, Juliana. Parcerias empresariais de bancos estatais: a necessidade de procedimento de tomada de decisão. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, p. 211-224, jan./mar. 2019, p. 6).

¹⁵⁷ CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A. – ELETROBRAS. *Manual de SPE versão 3.0*. [s.l], 2017. Disponível em: http://www.eletrosul.gov.br/files/files/Manual%20SPE_v3%200_vfinal.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

¹⁵⁸ Furnas, CHESF, Eletronorte e Eletrosul.

¹⁵⁹ TC 021.932/2014-0.

Com base na CPP – Furnas, Manual SPE e Acórdão 2322/2015 – Plenário do TCU (auditoria operacional das parcerias de Furnas), é possível sistematizar o procedimento da Eletrobras nas seguintes etapas: **(i)** pré-cadastramento em chamada pública permanente (parceiro e oportunidade de negócio); **(ii)** prospecção de oportunidades de negócio e definição da empresa da Eletrobras; **(iii)** indicação de oportunidade de negócio e fechamento de chamada pública; **(iv)** definição de critérios para avaliação de potenciais parceiros, solicitação de documentação e informações adicionais dos potenciais parceiros cadastrados para avaliação da oportunidade de negócio identificada; **(v)** análise financeira e jurídica de documentação compilada; **(vi)** consolidação de informações e pré-qualificação de potenciais parceiros (nota técnica); **(vii)** avaliação da nota técnica pela Diretoria Executiva da estatal e pelo Conselho de Administração da Eletrobras; **(viii)** definição da parceria; **(ix)** aprovação da parceria pela alta administração da estatal, celebração de termo de compromisso e acordo de acionistas.

2.2.4.1. Chamada pública, pré-cadastro e prospecção

Inicialmente, há pré-cadastro da empresa interessada¹⁶² e da oportunidade de negócio, a qual corresponde à indicação do tipo do empreendimento pela própria empresa (*e.g.* usina eólica, usina hidrelétrica, linha de transmissão, subestação, etc.)¹⁶³, por meio do preenchimento de formulário de cadastramento.

A minuta de CPP – Furnas, e os manuais de passo a passo no sítio eletrônico de Furnas¹⁶⁴, distinguem entre empresas empreendedoras, já detentoras de projetos/oportunidades de negócio, e empresas investidoras (e instituições financeiras e Fundos de Investimento em Participações – FIPs). O primeiro grupo está adstrito a

¹⁶⁰ ELETROBRÁS FURNAS. *Novas oportunidades de negócios - Leilão 02/2019*. Rio de Janeiro, [s.d]. Disponível em: <https://www.furnas.com.br/subsecao/281/novas-oportunidades-de-negocios---leilao-022019?culture=pt>. Acesso em: 13 set. 2021.

¹⁶¹ Em consulta via *e-sic*, o Grupo Eletrobras confirmou que esse documento corresponde à versão mais atual do Manual SPE.

¹⁶² Conforme os manuais de passo a passo, a empresa informa sua denominação, atividade principal, CNPJ, capital social, patrimônio líquido, acionistas principais, dados de sua sede e contato.

¹⁶³ Conforme o formulário de Oportunidade de Negócio integrante do “Passo a passo para Cadastramento de Empresas Investidoras”. (ELETROBRÁS FURNAS. *Procedimentos para seleção de potenciais parceiros*. Rio De Janeiro, [s.d]. Disponível em: <https://www.furnas.com.br/subsecao/168/procedimentos-para-selecao-de-potenciais-parceiros?culture=pt>. Acesso em: 13 set. 2021).

¹⁶⁴ ELETROBRÁS FURNAS. *Procedimentos para seleção de potenciais parceiros*. Rio De Janeiro, [s.d]. Disponível em: <https://www.furnas.com.br/subsecao/168/procedimentos-para-selecao-de-potenciais-parceiros?culture=pt>. Acesso em: 13 set. 2021.

oportunidades próprias, enquanto o segundo grupo mira oportunidades correspondentes a ativos e projetos de terceiros, além da participação em certames públicos.

Após o cadastro, é gerado ID para a empresa e ID para a oportunidade de negócio registrada.

Essa é uma prática da Furnas, mas que pode ser estendida para outras empresas da Eletrobras.

Como etapa que pode ser paralela ao pré-cadastro, o Manual de SPE prevê a prospecção de oportunidades de negócio referentes a projetos de geração e transmissão para construção de portfólio preliminar de projetos¹⁶⁵, seguido do desenvolvimento de plano estratégico, elaboração de planos diretores de negócio e de gestão, e definição de limites de investimento das empresas da Eletrobras¹⁶⁶.

Na sequência, a Eletrobras define qual empresa de seu grupo participará de potencial parceria com base em critérios: (a) geográfico; (b) financeiro; e (c) de sinergia.

O primeiro critério corresponde à localização do potencial empreendimento *vis-à-vis* à área de maior atuação das empresas da Eletrobras.

O segundo critério diz respeito à capacidade das empresas arcarem com os investimentos envolvidos na potencial parceria.

O último critério está ligado à identidade de empreendimentos entre o parceiro privado e a empresa da Eletrobras, bem como à existência de outros projetos com o potencial parceiro¹⁶⁷⁻¹⁶⁸.

A Diretoria da empresa da Eletrobras indica oportunidades de negócio¹⁶⁹ e há estipulação de data limite de cadastro para referida oportunidade, o que permite a empresas, que não estejam previamente cadastradas, se apresentarem como possíveis interessadas.

¹⁶⁵ A prospecção deve considerar Políticas e Diretrizes do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), Plano Decenal de Expansão de Energia (PDE), Plano Nacional de Energia (PNE), Programa Mensal de Operação Energética (PMO), Arcabouço legal do setor, Estudos de inventário e viabilidade, Planos de Recursos Hídricos, orientações do Plano Estratégico das Empresas Eletrobras, entre outros.

¹⁶⁶ CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A. – ELETROBRAS. *Manual de SPE versão 3.0.* [s.l], 2017, p. 12. Disponível em: http://www.eletrosul.gov.br/files/files/Manual%20SPE_v3%200_vfinal.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

¹⁶⁷ CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A. – ELETROBRAS. *Manual de SPE versão 3.0.* [s.l], 2017, p. 26 (item 7). Disponível em: http://www.eletrosul.gov.br/files/files/Manual%20SPE_v3%200_vfinal.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

¹⁶⁸ Por outro lado, há orientação de não se concentrar todas as parcerias com um mesmo sócio (CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A. – ELETROBRAS. *Manual de SPE versão 3.0.* [s.l], 2017, p. 28. Disponível em: http://www.eletrosul.gov.br/files/files/Manual%20SPE_v3%200_vfinal.pdf. Acesso em: 13 set. 2021).

¹⁶⁹ No caso de Furnas, é a Diretoria de Novos Negócios e de Participações que se encarrega dessa função (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2322/2015. Processo TC 021.932/2014-0.* Min. Rel. Vital do Rêg, Plenário, Data de julgamento 16/09/2015, § 116, p. 75).

Conforme a CPP – Furnas e o Acórdão 2322/2015 – Plenário, a Diretoria de Novos Negócios e de Participações de Furnas divulga aviso, no prazo mínimo de 5 (cinco) dias úteis anteriores à data de fechamento, para preenchimento do formulário de cadastramento para fins de participação em leilões da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e outras oportunidades de negócio¹⁷⁰.

Assim, verifico dinâmica que preza por ampla divulgação e participação do setor privado, não limitando a realização de negócios apenas às empresas pré-cadastradas.

2.2.4.2. Definição de critérios e avaliação de potenciais parceiros

Concluída a etapa de cadastro, a Diretoria da empresa veicula critérios objetivos de seleção (técnicos, comerciais, jurídicos e estratégicos)¹⁷¹ e faz solicitações de informações adicionais das empresas que cumprem com as premissas de participação (*e.g.* possibilidade de convite para formação de parceria a critério exclusivo da estatal, exclusividade de parceria com a estatal em caso de participação de leilões, valor mínimo de patrimônio líquido em relação ao possível investimento)¹⁷² e a declaração de atendimento do formulário de cadastramento.

Com base no Manual SPE, os critérios mínimos de qualificação das empresas são: (a) capacidade financeira para arcar com investimentos e garantias subjacentes ao projeto, traduzida por patrimônio líquido, índice de liquidez corrente, índice de garantia de capital de terceiro, e nível de endividamento; (b) práticas avançadas de governança corporativa (Níveis I e II, e Novo Mercado da Bovespa) e adesão às práticas de governança da Eletrobras; (c) certidões de regularidade fiscal; (d) experiência do potencial parceiro na implantação/operação de empreendimento similar à oportunidade de negócio; (e) histórico de parcerias com a Eletrobras (f) idoneidade e atendimento à legislação anticorrupção; (g) potenciais ganhos de competitividade e ganhos de sinergia.

¹⁷⁰ Etapa I: Cadastramento de Empresas Interessadas da Chamada Pública Permanente - Furnas.

¹⁷¹ No caso de Furnas, é a Diretoria de Novos Negócios e de Participações que se encarrega dessa função (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2322/2015. Processo TC 021.932/2014-0*. Min. Rel. Vital do Rêg, Plenário, Data de julgamento 16/09/2015, § 116, p. 75).

¹⁷² Item 2 Premissas de Participação (ELETROBRAS. Eletrobras Furnas. Chamada Pública, Novas oportunidades de negócios (...) Rio de Janeiro, 09 de jul. 2013. Disponível em: <https://www.furnas.com.br/noticiasfurnasnet/noticias/16/Procedimentos%20para%20Sele%C3%A7%C3%A3o%20de%20Empresas.pdf>. Acesso em: 05 out.2021).

Paralelamente, as oportunidades de negócio são avaliadas a partir de aspectos financeiros, estratégicos, complexidade e ambientais¹⁷³.

No plano financeiro, são avaliados: (a) níveis de investimento (CAPEX); (b) custos operacionais (OPEX) da potencial SPE; (c) estruturação de financiamento; e (d) retorno financeiro.

No plano estratégico, são avaliados: (e) a aderência da oportunidade de negócio aos planos de negócios da empresa da Eletrobras; (f) participação de mercado das empresas do grupo Eletrobras; (g) questões regulatórias, institucionais, setoriais, tributárias e legislação vigente; (h) transferência de tecnologia; (i) análise do ambiente concorrencial.

No que tange aos aspectos de complexidade: (j) análise de riscos e ações de mitigação; e (k) pré-contrato com fornecedores.

Em relação aos aspectos ambientais: (l) questões socioambientais tais como unidades de conservação, desafetação de áreas protegidas, necessidade de licenças ambientais e estudos de impacto ambiental.

Ademais, o Manual SPE afasta empresas “EPCistas” de formarem parcerias e indica preferência a empresas com interesse de apenas investir e que não possuam interesse no fornecimento, como medida mitigadora de cenário de conflito de interesses¹⁷⁴.

Com base nesses critérios, a empresa da Eletrobras faz solicitações de informação e outros documentos adicionais pertinentes às empresas cadastradas para a oportunidade de negócio relevante.

A documentação, compilada dos potenciais parceiros e das oportunidades de negócio, é encaminhada para análise financeira e jurídica, a qual é externada por meio de pareceres subscritos pelos gerentes das áreas pertinentes¹⁷⁵.

A partir da consolidação de informações resultantes da entrelaçada análise subjetiva (potencial parceiro) e objetiva (oportunidade de negócio), ocorre a pré-seleção de empresas aptas a formarem novos negócios. A seleção é formalizada por nota técnica.

A nota técnica é avaliada pela Diretoria Executiva da empresa do grupo Eletrobras e posteriormente encaminhada à Eletrobras para análise e recomendação do Conselho de

¹⁷³ CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A. – ELETROBRAS. *Manual de SPE versão 3.0*. [s.l], 2017, p. 22. Disponível em: http://www.eletrosul.gov.br/files/files/Manual%20SPE_v3%200_vfinal.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

¹⁷⁴ CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A. – ELETROBRAS. *Manual de SPE versão 3.0*. [s.l], 2017, p. 28-29. Disponível em: http://www.eletrosul.gov.br/files/files/Manual%20SPE_v3%200_vfinal.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

¹⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2322/2015. Processo TC 021.932/2014-0*. Min. Rel. Vital do Rêgo, Plenário, Data de julgamento 16/09/2015, p. 15.

Administração da Eletrobras¹⁷⁶. À Eletrobras cabe definir o percentual de participação das empresas de seu grupo na futura parceria¹⁷⁷.

2.2.4.3. Definição e aprovação da parceria

Após a análise e recomendação do Conselho de Administração da Eletrobras, os termos da parceria são definidos.

Nessa etapa, reuniões com as empresas pré-selecionadas são feitas para avaliação de aspectos estratégicos e definição da governança¹⁷⁸ da sociedade de propósito específico (SPE) a ser constituída. A escolha do parceiro será em função das melhores condições de retorno do negócio, as quais deverão ser mensuradas por critérios objetivos¹⁷⁹.

A parceria é então aprovada pela alta administração da empresa do grupo Eletrobras¹⁸⁰. Na sequência, termo de compromisso deverá ser assinado para a consolidação da parceria, o qual estabelecerá princípios e condições básicas que regerão a participação dos parceiros até a constituição da SPE¹⁸¹.

De acordo com o Manual SPE, o termo de compromisso corresponde a memorando de entendimentos para viabilizar o desenvolvimento das atividades necessárias para a formação

¹⁷⁶ Consolidadas as informações, há pré-qualificação dos potenciais parceiros seguida de elaboração de relatório, por meio do qual sugere à alta administração de Furnas a constituição ou não constituição de parceria (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2322/2015. Processo TC 021.932/2014-0*. Min. Rel. Vital do Rêg, Plenário, Data de julgamento 16/09/2015, Item 4.3.1, p. 17).

¹⁷⁷ CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A. – ELETROBRAS. *Manual de SPE versão 3.0*. [s.l], 2017, p. 15. Disponível em: http://www.eletrosul.gov.br/files/files/Manual%20SPE_v3%200_vfinal.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

¹⁷⁸ Se Furnas tiver participação societária inferior a 49%, ela poderá indicar metade dos membros do Conselho de Administração, sendo a presidência do Conselho de Administração exercida por um dos conselheiros por ela indicado até 1 (um) ano após a entrada em operação comercial do empreendimento. Caso sua participação seja inferior a 49%, a indicação dos membros do Conselho de Administração e para sua presidência serão negociadas caso a caso, e deverão refletir a participação societária de Furnas (Etapa IV: Definição de Parcerias da Chamada Pública Permanente – Furnas) (ELETROBRAS. Eletrobras Furnas. Chamada Pública, Novas oportunidades de negócios (...) Rio de janeiro, 09 de jul. 2013. Disponível em: <https://www.furnas.com.br/noticiasfurnasnet/noticias/16/Procedimentos%20para%20Sele%C3%A7%C3%A3o%20de%20Empresas.pdf>. Acesso em: 05 out.2021).

¹⁷⁹ Item 4. Disposições Finais da Chamada Pública Permanente – Furnas (ELETROBRAS. Eletrobras Furnas. Chamada Pública, Novas oportunidades de negócios (...) Rio de janeiro, 09 de jul. 2013. Disponível em:

<https://www.furnas.com.br/noticiasfurnasnet/noticias/16/Procedimentos%20para%20Sele%C3%A7%C3%A3o%20de%20Empresas.pdf>. Acesso em: 05 out.2021).

¹⁸⁰ No caso de Furnas, por Resolução de Diretoria ou Resolução de Conselho de Administração (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2322/2015. Processo TC 021.932/2014-0*. Min. Rel. Vital do Rêg, Plenário, Data de julgamento 16/09/2015, p. 15).

¹⁸¹ Etapa IV: Definição das Parcerias da Chamada Pública Permanente – Furnas (ELETROBRAS. Eletrobras Furnas. Chamada Pública, Novas oportunidades de negócios (...) Rio de janeiro, 09 de jul. 2013. Disponível em:

<https://www.furnas.com.br/noticiasfurnasnet/noticias/16/Procedimentos%20para%20Sele%C3%A7%C3%A3o%20de%20Empresas.pdf>. Acesso em: 05 out.2021).

de parceria (e instrumento de consórcio para os casos de leilão). Para a efetiva gestão da SPE, deve ser celebrado acordo de acionistas entre os parceiros.

2.3. CEF

No bojo das empresas da CEF, foram firmadas parcerias com base Lei Federal 11.908/2009, as quais foram objeto de análise do TCU. Trata-se dos casos do Banco Panamericano (BPAN), Branes Negócios e Serviços S/A (Branes)¹⁸² e CPM Braxis S/A (Braxis), parcerias societárias formadas pela CEF.

A Branes é uma *joint-venture* entre IBM, CaixaPar, e Funcef¹⁸³, e teve seu advento após a formalização da parceria. A Braxis, já era uma empresa operacional cuja participação acionária (minoritária) foi adquirida pela CaixaPar, sendo o restante da participação acionária detida pela Capgemini¹⁸⁴ e o BPAN também já era operacional e teve participação acionária (minoritária) adquirida pela CaixaPar, sendo o restante detido pelo Banco BTG Pactual S/A.

Nos casos de Branes e Braxis, foram celebrados acordos de acionistas que configuraram situação de controle compartilhado entre CaixaPar e as empresas privadas que detinham as respectivas participações acionárias majoritárias.

Recentemente, o Ministério Público junto ao TCU protocolou representação¹⁸⁵ para solicitar medida cautelar voltada à apuração de possíveis irregularidades decorrentes da edição da Medida Provisória 995/2020¹⁸⁶.

A norma veiculou permissão para que subsidiárias, diretas ou indiretas da CEF, constituam outras subsidiárias ou procedam à aquisição de controle societário ou participação minoritária em sociedades empresariais privadas, desde que alinhadas aos respectivos planos de negócio¹⁸⁷.

¹⁸² O nome original da Branes era MGH SPE Empreendimentos e Participações S/A.

¹⁸³ IBM ficou com 51% das ações, CaixaPar com 37,25% (2%, de forma direta, e 35,25%, de forma indireta por meio do FIP Veneza), e Fundação dos Economistas Federais – FUNCEF com 11,75% (indiretamente) (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1797/2019 – Processo nº TC 029.884/2012-8* [Apenso: TC 007.821/2013-1], Plenário. Min Rel. Bruno Dantas, Data de Julgamento: 31 jul. 2019, p. 44).

¹⁸⁴ A CaixaPar adquiriu 22% do capital social da Braxis, equivalente a 24,4% do capital votante (Conforme o Acórdão 1220/2016 – BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1220/2016. Processo 003.330/2015-0*. Min Rel. Bruno Dantas, Plenário, Data de Julgamento 15/05/2016, p. 02).

¹⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 460/2021. Processo TC 006.211/2021-6*. Relator: Ministro Bruno Dantas, Plenário, Data de Julgamento 10/03/2021.

¹⁸⁶ A medida provisória foi editada em 07.08.2020. Ela não foi convertida em lei e perdeu a vigência.

¹⁸⁷ Na minha opinião, não há necessidade para essa medida provisória no que tange à associação com empresas do setor privado, uma vez que bastaria previsão nesse sentido no bojo do plano de negócios, conforme o art. 2º, § 3º, da Lei das Estatais.

A preocupação do Ministério Público estava relacionada à eventual constituição de subsidiárias para o repasse de ativos da CEF e posterior alienação, como artífice para se esquivar da necessidade de autorização legislativa e realização de procedimento licitatório, nos termos da decisão da ADI 5.624 do STF.

A representação foi considerada improcedente e arquivada pelo TCU¹⁸⁸.

No entanto, destaco que a decisão faz alusão a dois outros processos do TCU, ainda sem deliberações até o fechamento da dissertação, sobre desinvestimentos e formação de parcerias pela CEF.

O processo TC 026.456/2020-6, focado no processo de formação de parcerias pela Caixa Cartões Holding denota postura mais ativa de controle do TCU sobre o tema.

No entanto, no que tange ao procedimento da CEF, não é possível afirmar, com base nos precedentes, se o TCU exerceu influência sobre seu delineamento.

2.3.1. Caso do BPAN

Por meio de auditoria, o TCU analisou a aquisição de participação acionária do Banco Panamericano S/A (BPAN) pela Caixa Participações S/A (CaixaPar)¹⁸⁹.

Nesse caso, o TCU nada dispôs sobre a questão da seleção do BPAN, se limitando a apontar que a aquisição tinha base legal na Lei Federal 11.908/2009, de modo que o foco da análise abrangeu problemas no procedimento de auditoria para a aquisição e a uma suposta perda de prerrogativas relevantes pela CaixaPar em virtude de acordo de acionistas celebrado com o BTG Pactual¹⁹⁰.

Não houve questionamento sobre a validade jurídica da parceria formada a partir da aquisição de participação acionária pela CaixaPar, muito menos avaliação de requisitos de motivação para a formação de parceria.

2.3.2. Casos Branes e Braxis

¹⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 460/2021. Processo TC 006.211/2021-6*. Relator: Ministro Bruno Dantas, Plenário, Data de Julgamento 10/03/2021.

¹⁸⁹ TC 002.665/2011-5.

¹⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2696/2019. Processo TC 002.665/2011-5*. Min. Rel. Benjamin Zymler, Plenário, Data de julgamento 06/11/2019; BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1692/2014. Processo 002.665/2011-5*. Min. Rel. Raimundo Carreiro, Plenário, Data de Julgamento 25/06/2014.

As análises envolvendo a Branes foram separadas em dois eixos: avaliação da formação da parceria¹⁹¹⁻¹⁹²; e da contratação direta entre Caixa e Branes com base no art. 24, XXIII, da Lei Federal 8.666/1993¹⁹³ (e subsidiariamente no art. 25 do mesmo diploma)¹⁹⁴.

O processo que tratou da formação da parceria teve seu desfecho no Acórdão 2090/2019 – Plenário¹⁹⁵, o qual reverteu determinação original do TCU (Acórdão 894/2015 – Plenário¹⁹⁶) para que a CEF se desfizesse das ações da Branes (e da MRO), pois o serviço a ser por ela desempenhado não possibilitaria seu enquadramento como complementar às atividades do setor financeiro, nos termos da Lei Federal 11.908/2009¹⁹⁷. Assim, havia vício na motivação que foi determinante para a constituição da Branes.

A derradeira decisão firmou entendimento de que a Branes não se restringia à mera prestação de serviços de tecnologia da informação, mas também abrangia processamento de crédito imobiliário¹⁹⁸, o que enquadrava a atividade da parceria no conceito de atividades complementares às do setor financeiro nos termos do art. 2º da Lei Federal 11.908/2009.

Por outro lado, o TCU manteve determinação sobre avaliação da pertinência de a CEF permanecer na *joint-venture* tendo em vista que o propósito original desta era viabilizar a prestação de serviços para a própria CEF com base na contratação direta por dispensa (ou inexigibilidade)¹⁹⁹⁻²⁰⁰.

¹⁹¹ TC 033.668/2012-4.

¹⁹² No bojo desse processo, foi mencionada a aquisição de participação acionária pela CEF na MROSPE Empreendimentos e Participações S.A (atual Habitar Negócios e Serviços S.A). Após a primeira decisão veiculada pelo Acórdão 894/2015 – Plenário, foi instaurado o TC 017.417/2015-5 para empreender análise sobre a aquisição de participação nessa empresa. Todavia, o processo foi arquivado pelo Acórdão de Relação 1973/2016 – Plenário, em função da ausência de indícios de contrariedade à legislação.

¹⁹³ Art. 24 da Lei Federal 8.666/1993: “É dispensável a licitação: [...] XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

¹⁹⁴ TC 029.884/2012-8.

¹⁹⁵ Min. Rel. Walton Alencar Rodrigues. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2090/2019. Processo nº TC 033.668/2012-4*. Min. Rel. Walton Alencar Rodrigues, Data de julgamento 04/09/2019).

¹⁹⁶ Min. Rel. Bruno Dantas. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 894/2015. Processo 033.668/2012-4*. Min. Rel. Bruno Dantas, Data de julgamento 22/04/2015).

¹⁹⁷ Min. Rel. Bruno Dantas. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 894/2015. Processo 033.668/2012-4*. Min. Rel. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 22/04/2015, voto, §§ 33 e 48).

¹⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2090/2019. Processo nº TC 033.668/2012-4*. Min. Rel. Walton Alencar Rodrigues, Data de julgamento 04/09/2019, p. 19.

¹⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2090/2019. Processo nº TC 033.668/2012-4*. Min. Rel. Walton Alencar Rodrigues, Data de julgamento 04/09/2019, p. 20.

²⁰⁰ O Min. Bruno Dantas discordou da decisão, na medida em que reputou a existência de vício de motivação insanável para a aquisição de participação acionária na Branes, correspondente à intenção de se viabilizar contratações com base na dispensa do art. 24, XXIII, da Lei Federal 8.666/1993 (ou no art. 25).

No processo referente à contratação direta, foi emitido o Acórdão 1797/2019 – Plenário²⁰¹, o qual assinou prazo para que a CEF anulasse os atos da dispensa de licitação para a celebração de contrato com a Branes²⁰², já que a situação de controle compartilhado não transformava a empresa em estatal para fins de enquadramento no inciso XXIII do art. 24 da Lei Federal 8.666/1993, pois não se configurava a situação de controle com base no art. 165, § 5º, II, da Constituição Federal²⁰³ (controle societário por meio de controle acionário) nem com base no art. 116 c/c o art. 118 da Lei 6.404/1976²⁰⁴ (controle societário não necessariamente por meio de controle acionário)²⁰⁵.

No bojo do Acórdão 1797/2019 – Plenário, destaco que a CEF afirmou que as “alianças estratégicas se consolidam por inexigibilidade de licitação”²⁰⁶, e que a unidade técnica (Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas – SELOG) chega a afirmar que a escolha da IBM como parceira estratégica se sujeita ao regime jurídico do direito privado em distinção à situação da contratação direta da Branes, a qual estava sujeita à Lei Federal 8.666/1993²⁰⁷.

Ademais, o TCU apontou, sem aprofundar a análise, que o art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais não poderia ser utilizado como fundamento para justificar a contratação direta da Branes, já que a exigência de justificativa de inviabilidade de procedimento competitivo não teria sido atendida²⁰⁸.

²⁰¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1797/2019. Processo nº TC 029.884/2012-8*. Min. Rel. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento: 31/07/2019.

²⁰² Contrato SIGES 5.014/2012 para prestação de serviços de operacionalização da originação de crédito imobiliário.

²⁰³ Art. 165, § 5º, da Constituição Federal: “A lei orçamentária anual compreenderá: [...] II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”.

²⁰⁴ Art. 116 da Lei 6.404/1976: “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 assembleia-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. [...] Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede”.

²⁰⁵ Ainda, o Acórdão 1797/2019 – Plenário rechaçou o possível enquadramento da contratação da Branes como inexigibilidade com base na relação societária com a CEF, uma vez que outras empresas ainda teriam aptidão para o fornecimento do mesmo objeto (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1797/2019. Processo nº TC 029.884/2012-8*. Min. Rel. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento: 31/07/2019, voto, § 21, p. 53).

²⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1797/2019. Processo nº TC 029.884/2012-8*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento: 31/07/2019, p. 5.

²⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1797/2019. Processo nº TC 029.884/2012-8*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento: 31/07/2019, § 73, p. 14-15.

²⁰⁸ Esse ponto não foi aprofundado, já que o TCU considerou que a contratação direta fora empreendida com base na legislação anterior à edição da Lei das Estatais (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1797/2019. Processo nº TC 029.884/2012-8*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento: 31/07/2019, p. 58).

Em relação à Braxis, a análise do TCU foi realizada em um único processo de acompanhamento²⁰⁹, sem a separação da avaliação sobre a formação da parceria e da contratação direta com base nos dispositivos da Lei Federal 8.666/1993²¹⁰.

Por meio do Acórdão 1220/2016 – Plenário, o TCU considerou inválida a constituição de parceria representada pela Braxis, por reputar a existência de vício relativo ao motivo determinante subjacente²¹¹, o qual consistia em viabilizar a contratação direta da Braxis pela CEF, conforme notas técnicas²¹² preparadas no âmbito da CaixaPar²¹³. Ou seja, a validade da parceria foi questionada em virtude do seu propósito, o qual constou da motivação sobre sua criação, e não do procedimento de sua formação.

Nesse sentido, foi determinada a adoção de plano pela CEF para o desfazimento da parceria²¹⁴.

O que se extrai da análise dos casos da Branes e da Braxis é que, em nenhum deles, houve análise sobre os elementos de motivação para a formação das parcerias. O Colegiado do TCU se ocupou de outros temas, quais sejam, a aderência do advento das parcerias aos pressupostos da Lei Federal 11.908/2009 (e subsidiariamente à Lei Federal 13.262/2016) e a possibilidade de a parceira privada investida poder ser contratada diretamente, sem licitação, pela CEF.

Portanto, o TCU entendeu que a CEF pode constituir parcerias, seja pela constituição de *joint venture* junto com empresa privada ou pela participação minoritária em empresa já existente, e a SELOG entendeu que o processo de formação, o qual abrange a seleção de parceiro, se sujeita ao regime de direito privado.

Por outro lado, o TCU fixou entendimento de que as parcerias constituídas com controle acionário detido por ente privado, independentemente da existência de acordo de acionistas criando situação de controle compartilhado, não as transformam em subsidiárias de

²⁰⁹ TC 003.330/2015-0.

²¹⁰ Nada obstante, houve representação, feita pela Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação, processada sob o TC 008.837/2013-9, para impedir novas contratações diretas entre CEF e Braxis com base no art. 24, XXIII e no art. 25 da Lei Federal 8.666/1993. O resultado desse processo culminou na determinação para a CEF impedir referidas contratações (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2645/2017. Processo 003.102/2017-3*. Rel. Min. José Mucio Monteiro, Plenário, Data de julgamento 29/03/2017).

²¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1220/2016. Processo 003.330/2015-0*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de Julgamento 15/05/2016, p. 37-38.

²¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1220/2016. Processo 003.330/2015-0*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de Julgamento 15/05/2016, p. 34.

²¹³ Frise-se que essa decisão, que foi alvo de pedido reexame e embargos de declarações, rejeitados pelo TCU (Acórdãos 1177/2019 – Plenário e 1616/2019 – Plenário, respectivamente), veio antes do Acórdão 2090/2019. Ainda, o Ministro Bruno Dantas, relator original do processo da Braxis, manteve o mesmo posicionamento no processo da Branes, divergindo da decisão do Ministro Relator desse caso, por entender que havia o mesmo vício de motivação.

²¹⁴ Item 9.1 do Acórdão 1220/2016 (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1220/2016. Processo 003.330/2015-0*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de Julgamento 15/05/2016).

estatais de modo a viabilizar contratação direta com base nos dispositivos de dispensa (art. 24, XXIII, da Lei Federal 8.666/1993 e art. 29, XI, da Lei das Estatais).

Mais especificamente, o Ministro Bruno Dantas entende que parcerias de controle acionário privado, cuja constituição tenha como objetivo principal o enquadramento na hipótese de dispensa discutida, implicam vício de motivação, o que enseja seu desfazimento.

Destaco que o posicionamento da SELOG reflete entendimento que prestigia a flexibilidade das empresas estatais, sua sujeição ao regime de direito privado nos termos do art. 173, § 1º, II, da CF, e se alinha ao uso da inexigibilidade pela CEF como fundamento para formar suas parcerias.

2.3.3. Procedimento da CEF

O Regulamento de Licitações e Contratos da CEF (RLC-CEF)²¹⁵⁻²¹⁶ afasta de sua esfera as operações de formação de parcerias societárias, aquisição e alienação de participação em sociedades, e operações no âmbito de mercado de capitais²¹⁷⁻²¹⁸ (art. 1º, § 2º), as quais são formas de materialização de oportunidades de negócio (art. 11, § 2º).

Em relação aos elementos de motivação para a formação de parcerias, o RLC-CEF replica a redação do art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais (art. 11, § 1º).

Por outro lado, há indicação de elementos sobre a oportunidade de negócio, a qual é definida como implementação de ações de diferencial competitivo por meio da formação de parcerias voltadas ao desenvolvimento da atuação concorrencial da CEF, e que deve atender pelo menos um dos seguintes critérios: (i) retorno em receitas financeiras; (ii) acesso a soluções melhores e inovadoras; (iii) ganho operacional e de eficiência; (iv) promoção de empreendedorismo visando adoção de novos modelos/procedimentos de mercado; e/ou (v) melhoria de performance na execução de suas atividades finalísticas (art. 11, I ao V).

Salvo pelo normativo interno da CEF cujo acesso me foi negado, não localizei outros documentos que indiquem de forma detalhada o processo de formação de parcerias no âmbito

²¹⁵ Disponível em: https://www.caixa.gov.br/Downloads/caixa-documentacao-basica-21/Regulamento_CAIXA_Aprovado_31_03_2017.pdf. Acesso em: 01.abr.2021.

²¹⁶ O regulamento foi editado com base no art. 40 da Lei das Estatais e aprovado em 27.03.2017.

²¹⁷ Art. 1º, Parágrafo Segundo, RLC-CEF: “As operações para a formação de parcerias societárias, aquisição e alienação de participação em sociedades e operações realizadas no âmbito do mercado de capitais observam a legislação pertinente, não estando abrangidas por este Regulamento”.

²¹⁸ Art. 9º da RLC-CEF: “Não se aplicam os dispositivos referentes às contratações e aos procedimentos de licitação às seguintes situações: [...] II – Escolha de parceiro vinculada à oportunidade de negócios, decorrente da atuação concorrencial”.

da CEF, com exceção de *teasers*²¹⁹ que veiculam informações sobre determinada oportunidade de negócio²²⁰ e critérios de qualificação para os potenciais parceiros, além de data limite para manifestação de eventual interesse, e fatos relevantes noticiando oportunidades de investimento²²¹.

Em relação à oportunidade de negócio, os *teasers* se limitam a indicar o objeto (escopo) e a estrutura da parceria (acordo comercial ou parceria societária a partir da criação de novo veículo societário), e o prazo da parceria. Para as parcerias societárias, há indicação prévia da estrutura de controle societária da nova empresa, o que abrange a quantidade de ações ordinárias e preferenciais que ficarão com cada um dos parceiros e direitos de governança compartilhada²²².

Os critérios de qualificação basicamente se restringem à *expertise* e à capacidade financeira dos potenciais parceiros. Adicionalmente, há critérios excludentes, tais como não ser responsável por prejuízos financeiros, não ser contraparte em ações judiciais, ou apresentar conflito de interesses em relação a qualquer empresa do grupo CEF.

O *teaser* com a descrição mais detalhada do procedimento de estruturação da CEF se refere à oportunidade de “Parceria no Ecossistema de Cartões e Meios de Pagamentos Eletrônicos - Pré-Pago”²²³. Nele, o procedimento está subdividido em 2 (duas) fases: uma primeira fase na qual potenciais parceiros recebem memorando de informações confidenciais mediante assinatura de acordos de confidencialidade, antes do envio de propostas indicativas de interesse não-vinculantes; e uma segunda fase na qual potenciais parceiros são convidados para receber informações adicionais e participar de reuniões com executivos da CEF.

Enfim, a publicação de *teasers* corresponde a processo de chamamento público amplo.

Assim, o procedimento da CEF pode ser estruturado da seguinte forma: (i) publicação da chamada pública (*teaser*); (ii) manifestação de interesse de potenciais parceiros; (iii) envio de Memorando de Informações Confidenciais para os potenciais parceiros; (iv) envio de Proposta Indicativa de Interesse Não-Vinculante pelos potenciais parceiros; (v) pré-seleção de

²¹⁹ Esses *teasers* foram publicados em maio de 2019, e se referem a oportunidades de negócio no ramo securitário (automóveis, capitalização, consórcio, grandes riscos, habitacional e residencial, odontológico, e serviços assistenciais).

²²⁰ A CEF deixa pré-definido os percentuais de participação em *joint-ventures*.

²²¹ Disponíveis em: <http://www.caixaseguridade.com.br/informacoes-aos-investidores/central-de-downloads/>. Acesso em: 15.mar.2020.

²²² Exemplificativamente, no *teaser* de consórcios, o parceiro privado terá 50% das ações ON mais uma, bem como 25% dos direitos econômicos, enquanto que a estatal terá 100% das ações PN, com governança compartilhada.

²²³ CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF). *Oportunidade de investimento*. [s.l], [s.d]. Disponível em: http://www.caixa.gov.br/Downloads/caixa-governanca/Teaser_Pre_Pago_Jan20.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

potenciais parceiros para recebimento de informações adicionais e reuniões; (vi) envio de Proposta Vinculante pelos potenciais parceiros; (vii) negociação e celebração de parceria.

2.4. TELEBRAS

A Telebras celebrou parceria contratual com a empresa Viasat Brasil Serviços de Comunicações S/A (Viasat) para a exploração da capacidade do Satélite Geoestacionário de Defesa e de Comunicações Estratégicas (SGDC).

A análise do TCU sobre tal parceria foi a primeira na qual a Corte de Contas tratou do procedimento de formação por meio de avaliação da forma como ocorreu a escolha do parceiro e sobre o escopo da parceria²²⁴.

Tal precedente foi determinante para o desenho do normativo interno da Telebras para disciplinar a formação de parcerias.

2.4.1 Parceria entre Telebras e Viasat

Inicialmente, a Telebras publicou o Chamamento Público 02/2017, cujo objeto consistia na seleção de potencial parceiro para a exploração do SGDC. A data para recebimento de propostas fora marcada para 31.10.2017.

Apesar de estarem presentes na sessão pública potenciais interessados²²⁵, não houve apresentação de propostas. Esses interessados apresentaram manifestações²²⁶ sobre o porquê optaram por não submeter propostas, e, posteriormente, a estatal chegou a ser procurada por empresas privadas que apresentaram propostas específicas de estruturação de parceria.

A Telebras concluiu que o uso de chamamento público, o qual seria marcado pela objetividade na definição das condições contratuais e pela falta de flexibilidade para adequações ao longo do processo, impossibilitava a compatibilização de diferentes interesses do setor²²⁷.

²²⁴ TC 022.981/2018-7.

²²⁵ Hughes, Gilat, Advantech Wireless, Yahsat, Claro, British Telecom (BT Brasil) e SES (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.488/2018. Processo TC 022.981/2018-7*. Rel. Min. Benjamin Zymler. Plenário, Data de julgamento 31/10/2018, item 137, p. 19).

²²⁶ Conforme o Acórdão, as empresas Claro e Hugues encaminharam manifestações formais enquanto as demais empresas teria se manifestado informalmente. Tais manifestações não foram incluídas no processo do TCU (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.488/2018. Processo TC 022.981/2018-7*. Rel. Min. Benjamin Zymler. Plenário, Data de julgamento 31/10/2018, Item 138 e 139, p. 19-20).

²²⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.488/2018. Processo TC 022.981/2018-7*. Rel. Min. Benjamin Zymler. Plenário, Data de julgamento 31/10/2018, item 140, p. 20.

E a partir dessa constatação, a estatal se valeu do art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais para fundamentar a parceria contratual que foi celebrada.

O contrato que formalizou a parceria previa a disponibilização pela Viasat de gateways, terminais de usuários (VSAT), infraestrutura terrestre, instalação, operação e manutenção de serviços para usuários finais e o uso de 58% da capacidade satelital do SGDC, cujas receitas resultantes seriam compartilhadas com a Telebras. Por outro lado, a Telebras ingressaria com a estrutura de teleporto, conectividade terrestre e antenas de rádio frequência para fins de comunicação com o satélite, ficando responsável por remunerar a Telebras para cada site de cliente Telebras (VSAT)²²⁸.

A Corte de Contas apontou que os princípios do art. 31 da Lei das Estatais²²⁹ devem ser observados nas contratações das estatais e elencou os seguintes requisitos cujo cumprimento reputou essencial à motivação atrelada à formação da parceria:

- a) da configuração de uma oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do estabelecido no § 4º do art. 28 da Lei das Estatais;
- b) da demonstração da vantagem comercial que se espera advirá para a empresa estatal; e
- c) da comprovação pelo administrador público de que o parceiro escolhido apresenta condições peculiares que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e
- d) da demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo.²³⁰

Em relação à escolha do parceiro privado a partir da identificação de suas “características particulares”, o TCU entendeu que a Telebras demonstrou que a Viasat cumpria tal requisito²³¹, e que restou devidamente configurada a oportunidade de negócio²³².

²²⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.488/2018. Processo TC 022.981/2018-7*. Rel. Min. Benjamin Zymler. Plenário, Data de julgamento 31/10/2018, itens 547 e 548, p. 73.

²²⁹ Art. 31 da Lei das Estatais: “As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo”.

²³⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.488/2018. Processo TC 022.981/2018-7*. Rel. Min. Benjamin Zymler. Plenário, Data de julgamento 31/10/2018, item 117, p. 179.

²³¹ Por meio da Nota Técnica 1/2018/2000/3000/4000/1000, datada de 02.02.2018, a Telebras justificou as características particulares da Viasat com base nos seguintes elementos: (a) premiações em 2017 por publicações especializadas no ramo de exploração de satélites; (b) amplitude de atendimento, abrangendo mais de 843.000 assinantes de serviços satelitais; (c) celebração de contratos com os governos dos Estados Unidos, Austrália, países da Europa, além de parceria internacional com a Organização do Tratado do Atlântico; (d) capacidade para prestação e disponibilização de equipamentos em linha com a demanda da Telebras; (e) maturidade do sistema da Viasat para provimento de serviços de acesso à banda larga (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.488/2018. Processo TC 022.981/2018-7*. Rel. Min. Benjamin Zymler. Plenário, Data de julgamento 31/10/2018, item 128, p. 180).

No entanto, o TCU reputou que a Telebras não demonstrou a vantagem comercial, ligada aos aspectos econômico-financeiros da parceria, e a inviabilidade de procedimento competitivo. A corte questionou a ausência de documentos que demonstrassem que a Telebras efetivamente obteve e analisou propostas alternativas àquela negociada com a Viasat²³³, sendo que a empresa Hugues chegou a apresentar proposta sem que um processo negocial com tal empresa tenha sido estabelecido²³⁴.

O TCU não considerou desarrazoada a alegação da Telebras de que seria inviável procedimento competitivo para seleção do parceiro privado, em função da dinâmica envolvida em negociações com empresas privadas²³⁵, chegando à conclusão de “que a existência de possíveis concorrentes não necessariamente implica a necessidade de ser realizado processo competitivo”²³⁶.

Por outro lado, o TCU entendeu que talvez fosse possível a realização de negociações simultâneas caso tivessem sido solicitadas propostas para as empresas atuantes no mercado de satélites, inclusive por meio de procedimento de manifestação de interesse (PMI) nos termos do art. 31, § 4º, da Lei das Estatais,²³⁷ o que, segundo sua opinião, facilitaria a busca pela melhor opção.

Adicionalmente, com base na disparidade das taxas internas de retorno esperadas²³⁸, o TCU determinou que a Telebras renegociasse as condições econômicas do contrato celebrado

²³² “Do acima exposto, verifica-se que, apesar das falhas apontadas pela unidade técnica, houve uma análise da configuração de uma oportunidade de negócio e das características específicas da parceira que contribuem de forma significativa para sua escolha” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.488/2018. Processo TC 022.981/2018-7*. Rel. Min. Benjamin Zymler. Plenário, Data de julgamento 31/10/2018, item 133, p. 181).

²³³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.488/2018. Processo TC 022.981/2018-7*. Rel. Min. Benjamin Zymler. Plenário, Data de julgamento 31/10/2018, itens 131 e 134, p. 180-181.

²³⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.488/2018. Processo TC 022.981/2018-7*. Rel. Min. Benjamin Zymler. Plenário, Data de julgamento 31/10/2018, p. 172.

²³⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.488/2018. Processo TC 022.981/2018-7*. Rel. Min. Benjamin Zymler. Plenário, Data de julgamento 31/10/2018, Itens 135 e 136, p. 181.

²³⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.488/2018. Processo TC 022.981/2018-7*. Rel. Min. Benjamin Zymler. Plenário, Data de julgamento 31/10/2018, Item 143, p. 182.

²³⁷ Art. 31, § 4º, da Lei das Estatais: “A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas, cabendo a regulamentação a definição de suas regras específicas”.

²³⁸ Ainda que se considere a pretendida redução do valor a ser pago pela Telebras para a Viasat pela utilização das antenas Vsat, haverá uma diferença relevante entre as taxas internas de retorno esperadas pelas parceiras. Diante disso, julgo que deve ser determinado à Telebras que renegocie as condições econômicas do contrato com o fito de ampliar o percentual de receita compartilhável que será repassado para a estatal pela empresa privada (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.488/2018. Processo TC 022.981/2018-7*. Rel. Min. Benjamin Zymler. Plenário, Data de julgamento 31/10/2018, §§ 228 e 229).

com a Viasat, para que o preço das antenas ativadas por esta fosse reduzido e o percentual de compartilhamento de receitas fosse equilibrado²³⁹.

Essas renegociações foram realizadas: o preço foi parcialmente reduzido e o percentual de compartilhamento de receitas foi equilibrado²⁴⁰. Como resultado, a diferença entre as taxas internas de retorno que era de 7% em favor da Viasat tornou-se de 2% em favor da Telebras. Outras modificações resultantes da renegociação que não foram diretamente determinadas pelo TCU consistiram na redução da discrepância de valores de investimento entre as empresas²⁴¹.

Nada obstante o caso em tela se referir a uma parceria contratual e não societária, entendo que o processo para a formação da parceria contratual não deve diferir daquele para a parceria societária, pois ambos modelos de associação objetivam a conjugação de esforços entre setor público e privado para a exploração de determinada atividade de forma mais eficiente, e se enquadram no conceito de oportunidade de negócios do § 4º do art. 28 da Lei das Estatais e também no art. 28, § 3º, II.

A principal diferença é que, em um caso, há o advento de nova estrutura societária (*joint-venture*)²⁴² ou aquisição de participação acionária em empresa (estatal ou privada) já existente, enquanto, no outro, o desempenho da atividade ocorre a partir das próprias estruturas das empresas parceiras.

Entendo que o TCU veiculou entendimento ambíguo no caso concreto, o qual, por um lado, reconheceu a importância de processo mais flexível para a formação de parcerias, mas, por outro, não afastou totalmente a possibilidade de se recorrer ao mercado para obtenção de propostas alternativas (ainda que por meio de negociações simultâneas).

²³⁹ Item 9.2. do Acórdão 2.488/2018 – Plenário: “determinar à Telebras que: 9.2.1. no prazo de 90 dias, renegocie com a Viasat as condições econômicas do contrato, visando reduzir o valor previsto contratualmente para ser pago mensalmente pela Telebras para a Viasat por Vsat ativa de R\$ 160,00 (cento e sessenta reais) para R\$ 107,60 (cento e sete reais e sessenta centavos); 9.3. determinar à Telebras que, no prazo de 90 dias, negocie com a empresa Viasat: 9.3.1 a ampliação do percentual de compartilhamento de receitas repassado pela Viasat para a Telebras, visando aperfeiçoar o equilíbrio econômico-financeiro da avença em tela, informando ao TCU o resultado dessas negociações e justificando o percentual ao final acertado”. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.488/2018. Processo TC 022.981/2018-7*. Rel. Min. Benjamin Zymler. Plenário, Data de julgamento 31/10/2018).

²⁴⁰ O TCU reputou cumprida a questão do equilíbrio do compartilhamento e parcialmente cumprida a redução do preço da antena ativada, recomendando que fosse avaliada a possível exclusão de cálculos da margem de lucro adicional da Viasat no percentual de 9,3% incidentes sobre fornecimento e instalação de equipamentos (Item 9.1 e 9.3.1 do Acórdão 1170/2019 – BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1170. Processo nº TC 022.981/2018-7*. Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, Data de julgamento 22/05/2019).

²⁴¹ O patamar de discrepância era de 36% e foi reduzido para 15% (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1170. Processo nº TC 022.981/2018-7*. Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, Data de julgamento 22/05/2019, § 41, p. 45).

²⁴² Ou do ingresso da empresa privada no capital acionário de veículo já existente da empresa estatal, e vice-versa.

Essa ambiguidade também se expressa por uma indefinição no entendimento do TCU quanto à avaliação do cumprimento dos requisitos de motivação: a Telebras comprovou a configuração da oportunidade de negócios e as características particulares da Viasat, mas não comprovou a vantagem da parceria e a inviabilidade de procedimento competitivo (mesmo reconhecendo que há dinâmica de negociações e que a existência de mais de um potencial parceiro não implica de forma automática processo competitivo).

Com base no caso em tela, o TCU editou o Enunciado 358 do Informativo de Licitações e Contratos, elencando os seguintes pontos como requisitos para a formação de parcerias com base no art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais:

- a) avença obrigatoriamente relacionada com o desempenho de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais das empresas envolvidas;
- b) configuração de oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do art. 28, § 4º, da Lei das Estatais;
- c) demonstração da vantagem comercial para a estatal;
- d) comprovação, pelo administrador público, de que o parceiro escolhido apresenta condições que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado;
- e) demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo, servindo a esse propósito, por exemplo, a pertinência e a compatibilidade de projetos de longo prazo, a comunhão de filosofias empresariais, a complementariedade das necessidades e a ausência de interesses conflitantes

Noto que o enunciado adicionou novo item em relação aos requisitos fixados no precedente. Tal item não está refletido no art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais, mas, sim no art. 28, § 3º, I, do diploma.

Entendo que seja difícil que a pretensão de estatal de formar determinada parceria não se alinhe com algum objetivo ligado ao desenvolvimento de atividades contempladas pelo seu objeto social. Aliás, o art. 237 da Lei 6.404/1976 prescreve esse alinhamento²⁴³.

Em relação à oportunidade de negócio e à vantagem comercial: a motivação ligada à configuração da oportunidade de negócio deve abranger a vantagem que ela representa para a estatal interessada na correspondente parceria²⁴⁴.

A justificativa sobre a vantagem (aspectos econômico-financeiros) é indissociável da oportunidade de negócio.

²⁴³ Art. 237 da Lei 6.404/1976: “A companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição”.

²⁴⁴ Nesse mesmo sentido é o entendimento de José Vicente Mendonça e Daian Borges (MENDONÇA, José Vicente; BORGES, Daian. Parcerias estratégicas das estatais: aplicação e controle do art. 28, §3º, II, da Lei das Estatais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 97-109, jul./set. 2020, p. 104).

Quanto à inviabilidade de procedimento competitivo, defendo que ela deve ser presumida no caso concreto à medida em que o objeto (escopo) e a formatação da parceria não são passíveis de pré-definição para viabilizar uma disputa por processo licitatório, ou por processo competitivo simplificado (tal como o caso dos desinvestimentos), já que a formação de parcerias envolve etapa de construção dialógica (negociação, cooperação e interação entre estatal e privado).

E a realização de chamamento público, para sondar potenciais interessados em dialogar e negociar a construção de uma oportunidade de negócio, não configura procedimento competitivo, pois se trata de sondagem para objeto que ainda pende de definição²⁴⁵.

Por fim, as características particulares ou peculiares do parceiro. Repiso que o TCU reconheceu que a Telebras comprovou as características particulares da Viasat, sem que tenha sido realizada comparação com outras empresas do setor.

Nesse sentido, a alusão à comprovação de superioridade por meio da comprovação das características particulares no caso concreto é confusa. Como comprovo superioridade sem realizar uma comparação minimamente objetiva com outras empresas?

Em geral, entendo que essa comparação pode não ser viável, especialmente em setores que envolvem tecnologias sofisticadas. E é importante lembrar que a oportunidade de negócio tende a ser delineada em função do potencial parceiro e do diálogo que há de ser desenvolvido junto a ele.

Assim, se determinado parceiro é o único com domínio de determinada tecnologia, a oportunidade de negócio seria estruturada em torno do referido domínio tecnológico. Disso não pode derivar o entendimento de que a estatal deve fazer uma comparação exaustiva com todas as possíveis tecnologias alternativas no mercado, sob risco de se inviabilizar a formação de parcerias²⁴⁶.

²⁴⁵ Pedro Eduardo Fernandes Brito possui entendimento contrário. Para ele a chamada pública configura procedimento competitivo, de modo que não restaria configurado o elemento atinente à “inviabilidade de procedimento competitivo” (BRITO, Pedro Eduardo Fernandes. *Chamada pública para a formação de parcerias societárias entre os setores público e privado: superando incertezas e promovendo a transparência*. 2017. 106 Folhas. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017, p. 35).

²⁴⁶ Destaco entendimento de José Vicente Mendonça e Daian Borges sobre o quesito de superioridade mencionado no enunciado do TCU: “O *quarto standard* é a comprovação da superioridade do parceiro sobre os demais *players*. A proposta parece perigosa. Isso porque, ao exigir superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado, o TCU corre o risco de retroceder mais de vinte anos” (MENDONÇA, José Vicente; BORGES, Daian. Parcerias estratégicas das estatais: aplicação e controle do art. 28, §3º, II, da Lei das Estatais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 97-109, jul./set. 2020 p. 105). Os autores fizeram esse comentário tendo como parâmetro a Decisão 803/1998 – Plenário do TCU, atinente às parcerias entre Petrobras e empresas do setor petroquímico.

Ainda, o art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais nada dispõe sobre superioridade do parceiro a ser selecionado.

Enfim, o TCU elencou requisito no caso concreto, sem fundamento legal, que reputou cumprido, mas sem que tivesse ocorrido a comprovação de superioridade da Viasat.

Assim como no caso da alienação da Intesa, o TCU utilizou os elementos do dispositivo da Lei das Estatais para aferir seu cumprimento e determinar a validade jurídica do processo de formação da parceria entre Telebras e Viasat.

Entendo que se trata de estratégia de controle que se alicerça no uso dos referidos elementos de motivação para cravar o espaço da Corte de Contas no controle dos processos de formação de parcerias, algo que não era realizado para parcerias antes da Lei das Estatais.

E a ambiguidade retratada da decisão do TCU junto com a definição de critérios não veiculados pela Lei das Estatais também integram essa estratégia de controle, na medida em que não fincam com clareza o que seria o procedimento correto e incrementam a complexidade²⁴⁷ do processo, o que lhe permite controlá-lo e aproximá-lo de algo mais formal e “regulatório”.

2.4.2 Procedimento da Telebras

O Regulamento de Licitações e Contratos da Telebras (RLC-T)²⁴⁸⁻²⁴⁹ replicou o art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais (art. 114).

Adicionalmente, o regulamento prescreve diretrizes a serem observadas para as contratações feitas sem a realização de licitação (art. 114, § 4º).

Essas diretrizes são: (i) observância aos deveres e responsabilidades do administrador da companhia conforme a Seção IV, Capítulo XII, da Lei 6.404/1976, o qual diz respeito aos deveres de diligência, responsabilidade, informação, lealdade e sobre conflito de interesses dos administradores das empresas estatais; (ii) instrução do processo decisório com pareceres e estudos técnicos de todas as áreas relevantes para o negócio; (iii) contratação de consultorias externas para auxiliar na modelagem do negócio, a qual pode ser dispensada mediante justificativa da área responsável e com a aprovação da respectiva diretoria; (iv) respeito à

²⁴⁷ Esse mesmo entendimento foi alcançado por Patrícia Regina Pinheiro Sampaio e Carolina Barros Fidalgo (SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; FIDALGO, Carolina Barros. O artigo 28 da lei das estatais e as hipóteses de contratação vinculadas ao objeto social da empresa estatal e às oportunidades de negócio. *Revista Digital da ESA OAB-RJ*, Vol. 3, Ano 3, p. 1215-1241. 2021, p. 1234).

²⁴⁸ TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S.A. (TELEBRAS). *Licitações e contratos*. Brasília, [s.d]. Disponível em: <https://www.telebras.com.br/acesso-a-informacao/licitacoes-e-contratos/>. Acesso em: 13 set. 2021.

²⁴⁹ O regulamento foi editado com base no art. 40 da Lei das Estatais e está vigente desde 02.07.2018.

segregação de funções e às competências previstos no regimento interno da Telebras; (v) emprego de cuidado, diligência de homem probo e boa-fé na atuação de membros estatutários, empregados e colaboradores da Telebras.

Em atenção ao RLC-T (art. 114, § 6º), a Telebras, após aprovação de sua Diretoria Executiva, editou o normativo interno denominado Documento D-279 em 21.05.2019 (D-279)²⁵⁰, estipulando metodologias e orientações para as contratações do art. 28, § 3º, da Lei das Estatais.

A Telebras considera o D-279 como marco normativo para o processo de tomada de decisão envolvendo contratações empresariais que tenham como foco o aumento de valor e redução de custos em linha com o planejamento estratégico e responsabilidade social da companhia (Item 1.2.2).

O D-279 toma expressamente como referência o Acórdão 2488/2018 – Plenário do TCU, o que ilustra outra vez a influência da Corte de Contas sobre a modelagem de procedimentos para formação de parcerias (Item 2.5).

O normativo determina que a caracterização da vantajosidade comercial deve integrar a motivação ligada à formação da parceria (Item 3.1.2.1).

O D-279 elenca hipóteses aptas a justificar a inaplicabilidade de licitação, tais como: (i) questões de sigilo; (ii) questões estratégicas ou comerciais que não podem ser divulgadas em certame; (iii) incompatibilidade de prazos licitatórios com a celeridade e dinamismo de contratações empresariais; (iv) impossibilidade de definição adequada do objeto para fins de licitação em virtude de sua complexidade e da realidade comercial subjacente (Item 3.3)²⁵¹.

Apesar de o D-279 relacionar essas hipóteses ao cenário de contratação do art. 28, § 3º, I, da Lei das Estatais, entendo que elas correspondem a pontos relevantes para se justificar a inviabilidade de procedimento competitivo nos termos do ar. 28, § 3º, II.

Todos esses pontos dialogam com a presunção de que a formação de parcerias ocorre em cenário de inexistência de definição sobre o escopo e a formatação da parceria em contexto no qual negociações com a contraparte do setor privado são fundamentais. Essas circunstâncias são suficientes para embasar a demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo.

²⁵⁰ Obtive essa informação via *e-sic* em 11.09.2020.

²⁵¹ O D-279 destaca as seguintes situações: celebração de contratos de compartilhamento de infraestrutura, ou de permuta de infraestrutura, de serviços, de capacidade, de tráfego, bem como acordos de parceria comercial, para viabilizar condições comerciais favoráveis relacionadas ao serviço de infraestrutura/transporte a ser oferecido; compra para revenda de banda, circuitos de dados, serviços de valor adicionado para viabilizar a prestação do Serviço de Comunicação Multimídia; compra para revenda de solução de Exploração Industrial de Linha Dedicada ou soluções similares; compartilhamento ou aluguel de fibras ópticas apagadas; oferecimento de interconexões de Classe V e respectiva contratação prévia de solução no mercado para revenda na atividade-fim.

Em relação às competências internas, o D-279 segrega funções entre três grupos: (i) Unidade Solicitante da Contratação (US) (Item 5.1.1); (ii) Unidade Executora da Contratação (UE) (Item 5.1.2); (iii) Unidade de Contratos Empresariais da Gerência Jurídica (UCGJ) (Item 5.1.3).

A US é responsável por efetivar a solicitação inicial da contratação, analisar propostas e dar suporte ao processo de seleção e negociação de parceiros, e assegurar que o processo siga o D-279.

A UE define a estratégia de seleção e negociação, planeja e executa os processos de contratação e conduz as negociações comerciais e provê suporte à UCGJ quanto à elaboração de cláusulas e condições dos contratos pertinentes.

A UCGJ é responsável pela assessoria jurídica, pela elaboração de minutas, revisão e participação na negociação de cláusulas e condições dos contratos.

O normativo prevê quatro etapas procedimentais. A primeira etapa, denominada de reunião inicial, na qual a US informa à UE sobre a intenção da contratação e solicita reunião envolvendo os três grupos supracitados (Item 6.1.1). A segunda etapa, denominada de definição da necessidade, na qual a US elabora e encaminha para a UE nota técnica ou memorando expondo os objetivos, orientações diretrizes para a contratação (Item 6.1.2). A terceira etapa, correspondente à seleção do parceiro, na qual a UE, com suporte da US, determina e executa o processo de seleção do parceiro mais adequado (Item 6.1.3). Por fim, a quarta etapa na qual ocorre a elaboração dos instrumentos jurídicos pertinentes (Item 6.1.4).

O D-279 prevê a possibilidade de seleção de parceiro por meio de procedimento competitivo ou de escolha direta (Item 6.2).

O procedimento competitivo se baseia na solicitação formal de, no mínimo, três propostas, asseguradas oportunidades equitativas para os proponentes (Item 6.2.1). Tal procedimento deve seguir princípios de objetividade, imparcialidade e equidade, proteção de informações confidenciais de proponentes, dentre outros (Item 6.2.1.1 e ss.).

A escolha direta se alicerça nas situações de baixo montante de valor de contratação (contratos inferiores a R\$ 50.000,00), existência de apenas um fornecedor capaz de atender à necessidade da Telebras e inviabilidade de procedimento competitivo no caso concreto (Item 6.2.2).

A alusão a procedimento competitivo me parece conceitualmente errada. Estatais podem solicitar a apresentação de propostas com base em uma pré-definição de aspectos relevantes da parceria (*e.g.* percentual acionário, objeto a ser explorado pela parceria e direitos societários para fins de governança), e passar a negociar com uma ou mais empresas

os termos da parceria. Caso isso configure procedimento competitivo, o fundamento jurídico da parceria com base no art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais não seria possível, já que a inviabilidade de procedimento competitivo é necessária.

Estar-se-ia diante de hipótese em que a parceria não se fundamenta no dispositivo da Lei das Estatais, nem na hipótese mais genérica de inexigibilidade e nem em qualquer dispositivo de dispensa.

Por fim, o D-279 estipula as alçadas de aprovação do processo de seleção e aprovação prévia à assinatura do contrato.

São dois responsáveis e dois órgãos que devem se manifestar acerca da aprovação a depender dos valores envolvidos. Quando envolver valor superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), a seleção e a contratação deverão contar com a aprovação do Gerente da UE, do Diretor da UE, da Diretoria Executiva da Telebras e do Conselho de Administração da Telebras (Itens 7.1.1 e 7.1.2).

2.5. ECT

A ECT celebrou parceria empresarial com a empresa Azul Linhas Aéreas Brasileiras S/A (Azul), voltada à operação de transporte aéreo de carga postal (Rede Postal Noturna – RPN). Essa operação seria realizada por meio de *joint venture* cujo controle seria exercido pela Azul²⁵².

É possível verificar início de divergência entre o posicionamento da unidade técnica e o entendimento do Colegiado do TCU. No entanto, a análise do TCU sobre tal parceria não foi conclusiva, já que a ECT desistiu da parceria e o processo foi arquivado por perda de objeto.

Em relação ao procedimento da ECT, não consigo afirmar se o TCU o influenciou.

2.5.1 Parceria entre ECT e Azul

²⁵² Conforme informações do Acórdão 585/2019 – Plenário, o controle da nova empresa seria exercido pela Azul (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 585/2019. Processo TC 000.452/2018-1*. Rel. Min. Ana Arraes, Plenário, Data de julgamento 20/03/2019).

A análise sobre a parceria entre ECT e Azul ocorre em processo desencadeado por representação da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM)²⁵³.

Paralelamente, a Gol Linhas Aéreas protocolou representação²⁵⁴ alegando que outras empresas do setor aéreo não foram consultadas e que a contratação direta pretendida pela ECT seria ilegal²⁵⁵.

Ainda, a Tam Linhas Aéreas ingressou no processo do TCU como *amicus curiae* e a Sideral Linhas Aéreas também constou como representada no processo.

A SeinfraCOM concluiu que a inviabilidade de processo competitivo se justificou a partir da demonstração das características particulares da Azul, inobstante a existência de outras companhias aéreas, o que tornaria a parceria singular. Transcreva-se:

Assim, não obstante a existência de outras companhias aéreas que, em tese, poderiam prestar o mesmo serviço, entende-se que a inviabilidade de competição neste caso concreto está justificada, pois, nas palavras da unidade instrutiva, ‘ (...) as características particulares da empresa escolhida, que fundamentaram a sua seleção, tornam singular o objeto pactuado, sendo justificável a impossibilidade de licitação’ (parágrafo 221 da instrução à peça 64). Em outras palavras, uma vez identificadas as particularidades da empresa Azul e a vinculação com a oportunidade de negócio, a parceria a ser celebrada com essa empresa seria única, com características que não poderiam ser oferecidas por outras companhias aéreas, o que justifica o afastamento do procedimento licitatório pelos Correios²⁵⁶.

Verifico que o racional adotado pela SeinfraCOM deriva do entendimento de que a oportunidade de negócio é configurada em função do potencial parceiro, o que a torna singular. A unidade técnica reputou que a escolha do parceiro com base em indicadores operacionais, financeiros e de gestão foi adequada, de modo que a Azul apresentou notas acima da média em todos os quesitos e não houve direcionamento ou desrespeito aos princípios da administração pública²⁵⁷.

Conforme apontei acima, esse entrelaçamento é relevante para a definição do objeto da parceria, sobretudo em setores que envolvem domínio de tecnologias sofisticadas.

²⁵³ TC 000.452/2018-1 (Apenso: TC 011.867/2018-3 e TC 010.413/2018-9).

²⁵⁴ TC 010.413/2018-9.

²⁵⁵ Não está claro se a reclamação era em relação à contratação para a formalização da *joint venture* ou se era ligada à eventual contratação da *joint venture* pela ECT para operação da RPN. No entanto, me parece que a reclamação se relacionaria à segunda hipótese.

²⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 585/2019. Processo TC 000.452/2018-1*. Rel. Min. Ana Arraes, Plenário, Data de julgamento 20/03/2019, item 47, p. 28.

²⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 585/2019. Processo TC 000.452/2018-1*. Rel. Min. Ana Arraes, Plenário, Data de julgamento 20/03/2019, itens 264-265, p. 18.

Ainda em relação à inviabilidade de competição, a SeinfraCOM entendeu que não caberia licitação pelo fato de a parceria com a Azul ser única e a mais vantajosa, já que suas características não poderiam ser oferecidas por outras companhias²⁵⁸. Nesse ponto, chamo atenção para o fato de a unidade técnica buscar atrelar o afastamento de eventual processo competitivo à evidência de que a parceria contemplada era a mais vantajosa e também de conceber a inviabilidade de competição como inviabilidade de licitação.

Adicionalmente, a SeinfraCOM entendeu que o art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais também serviria para fundamentar a contratação direta da *joint venture* pela ECT²⁵⁹, o que representaria inovação frente às conclusões alcançadas na análise das parcerias da CEF sobre o enquadramento artificial em hipóteses de contratação direta.

Por fim, a SeinfraCOM sugeriu que fosse determinada à ECT, com base no art. 157 do Regimento Interno do TCU²⁶⁰, o envio das minutas contratuais (acordo de acionistas, acordo de investimentos, contratos entre as partes e estudo econômico-financeiro) em 2 (dois) dias úteis após aprovação pelo seu Conselho de Administração, e 45 (quarenta e cinco) dias antes da assinatura dos documentos que formalizariam a parceria.

Todavia, a Corte de Contas hesitou em julgar regular a parceria entre ECT e Azul e solicitou que fosse aprofundada análise sobre o procedimento de seleção, a configuração das características particulares e da oportunidade de negócio, tendo em vista os princípios públicos que regem as entidades administração pública (igualdade, isonomia, publicidade, economicidade, ampla competição, busca da melhor oportunidade de negócio)²⁶¹.

Ainda, o TCU firmou, a partir do Voto Revisor do Ministro Raimundo Carreiro, entendimento que a participação de outros potenciais parceiros deve ser a mais ampla

²⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 585/2019. Processo TC 000.452/2018-1*. Rel. Min. Ana Arraes, Plenário, Data de julgamento 20/03/2019, item 269, p. 18.

²⁵⁹ “256. Assim, com fundamento no art. 28, § 3º, inciso II, da Lei 13.303/2016, entende-se pela legalidade da contratação direta da Joint Venture pela ECT, asseverando, mais uma vez, se tratar de situação excepcional que deve ser avaliada caso a caso” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 585/2019. Processo TC 000.452/2018-1*. Rel. Min. Ana Arraes, Plenário, Data de julgamento 20/03/2019, p. 17).

²⁶⁰ Art. 157 do Regimento Interno do TCU: “O relator presidirá a instrução do processo, determinando, mediante despacho, de ofício ou por provocação da unidade de instrução ou do Ministério Público junto ao Tribunal, o sobrestamento do julgamento ou da apreciação, a citação, a audiência dos responsáveis, ou outras providências consideradas necessárias ao saneamento dos autos”.

²⁶¹ Item 9.1 do Acórdão 585/2019 – Plenário: converter o julgamento em diligência para que sejam analisadas pela unidade instrutiva, entre outros elementos necessários à manifestação sobre o mérito deste feito: [...] **9.1.2.** a regularidade constitucional e legal do procedimento de seleção e dos critérios utilizados pela ECT para a escolha da empresa parceira na *joint venture* em exame, que resultou na indicação da Azul Linhas Aéreas Brasileiras S.A., considerando especialmente os princípios públicos que regem a matéria, tais como os da igualdade, isonomia, publicidade, economicidade, ampla competição, busca da melhor oportunidade de negócio, confrontando com os critérios que foram utilizados pela consultoria contratada para tal finalidade”. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 585/2019. Processo TC 000.452/2018-1*. Rel. Min. Ana Arraes, Plenário, Data de julgamento 20/03/2019).

possível, de modo que o chamamento público seria instrumento adequado para garantir ampla competição²⁶².

Seguindo esse racional, o Acórdão 585/2019 – Plenário reputou essencial a análise sobre as características particulares da Azul *vis-à-vis* às características de outros potenciais parceiros e a alegada inviabilidade de procedimento competitivo, tal como o chamamento público, para uma manifestação de mérito sobre o acerto ou desacerto da “dispensa de licitação” no caso²⁶³.

Adicionalmente, o TCU ressaltou que o debate sobre a contratação direta da *joint venture* pela ECT para a operacionalização da RPN²⁶⁴ carecia de amadurecimento com base na Lei das Estatais²⁶⁵.

Inicialmente processado como representação, o processo foi convertido em diligência para aprofundamento do processo de seleção da Azul com base nos princípios da igualdade, isonomia, publicidade, economicidade, ampla competição, busca da melhor oportunidade de negócio, etc.

No entanto, o Acórdão 2446/2019 – Plenário²⁶⁶, arquivou o processo pela perda de objeto, uma vez que a ECT desistiu da parceria com a Azul.

Nesse ponto, verifico guinada de entendimento fixado pelas unidades técnicas do TCU em relação à formação de parceria, – que reputaram o processo como hipótese de inexigibilidade de licitação (SeinfraPetróleo no caso da parceria entre Petrobras e Total), reconheceram a inaplicabilidade de alusão a princípios de impessoalidade e ampla concorrência (Seinfra – P&G no caso dos desinvestimentos da Petrobras) e a sujeição do processo ao regime de direito privado (SELOG no caso das parcerias da CEF), – para outro

²⁶² Item 9.1. do Acórdão 585/2019 – Plenário: “[...]:**9.1.3.** as características particulares do parceiro escolhido – Azul Linhas Aéreas Brasileiras –, em comparação com as características dos demais parceiros potenciais, assim como a alegada inviabilidade de procedimento competitivo, a exemplo do chamamento público, previamente à seleção da empresa parceira, em face das disposições preconizadas no artigo 28, §3º, inciso II, da Lei nº 13.303/2016, devendo a unidade técnica apresentar as devidas justificativas, respaldadas em estudos técnicos e de logística, que demonstrem o acerto ou o desacerto da dispensa de licitação para o presente caso”. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 585/2019. Processo TC 000.452/2018-1*. Rel. Min. Ana Arraes, Plenário, Data de julgamento 20/03/2019).

²⁶³ Item 9.1.3 do Acórdão 585/2019 (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 585/2019. Processo TC 000.452/2018-1*. Rel. Min. Ana Arraes, Plenário, Data de julgamento 20/03/2019).

²⁶⁴ É interessante destacar que, anteriormente, o TCU determinou à ECT a anulação de processo de aquisição de participação acionária na empresa Rio Linhas Aéreas S.A, cuja principal motivação era viabilizar contratação direta com base na dispensa do art. 24, XXIII, da Lei Federal 8.666/1993 (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1985/2015. Processo 001.577/2015-8*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, data de julgamento 12/08/2015, item 9.2). Frise-se que a situação da *joint venture* entre Azul e ECT seria a mesma, de modo que não exergo dispositivo da Lei das Estatais que permita ao TCU modificar o entendimento anterior.

²⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 585/2019. Processo TC 000.452/2018-1*. Rel. Min. Ana Arraes, Plenário, Data de julgamento 20/03/2019, p. 32.

²⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2446/2019. Processo TC 000.452/2018-1*. Rel. Min. Ana Arraes, Plenário, Data de julgamento 09/10/2019.

entendimento, adotado de forma expressa por voto do TCU, que concebe a ampla concorrência como *conditio sine qua non* para a formação de parceria.

Chama atenção também a proposta da unidade técnica que sugeriu que os documentos definitivos da parceria fossem submetidos ao TCU antes de sua assinatura, o que ilustra uma postura mais intensiva de controle de processos de formação de parceria. No entanto, esse ponto não foi discutido no voto ou refletido no dispositivo da decisão.

No mais, a hesitação do Colegiado do TCU em seguir a opinião da unidade técnica sobre a regularidade do procedimento no caso concreto, no qual se aferiu o cumprimento dos requisitos de motivação do art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais, visa a consolidar a estratégia de controle via motivação e uma postura de indefinição sobre qual seria o procedimento adequado, o que permite maior ingerência por parte do TCU.

2.5.2 Procedimento da ECT

O Regulamento de Licitações e Contratos da ECT²⁶⁷⁻²⁶⁸ dispõe que a escolha de parceiro vinculada à oportunidade de negócios decorrente de atuação concorrencial não se submete aos dispositivos referentes às contratações diretas e aos procedimentos licitatórios e que deverá haver edição de procedimento específico em normativo interno (art. 12, II).

O regulamento indica que a definição da oportunidade de negócio reivindica o cumprimento dos requisitos de demonstração de características específicas e diferenciadas do parceiro a ser escolhido, justificativa da inviabilidade de procedimento competitivo, e, de forma redundante, a própria definição e especificação da oportunidade (art. 15).

Em relação à configuração da oportunidade de negócio, o regulamento veicula elementos para sua configuração. Nesse sentido, ela consiste na implementação de ações de diferencial competitivo para alcançar, dentre outros objetivos: (i) agregação de valor e maior eficiência de infraestrutura da rede de atendimento da ECT; (ii) retorno econômico-financeiro; (iii) acesso a soluções melhores e inovadoras; (iv) ganho operacional de eficiência; (v) promoção de empreendedorismo; (vi) melhoria na performance na execução de atividades finalísticas por parte da ECT (art. 14).

²⁶⁷ CORREIOS. *Licitações e contratos*. [s.l], 2021. Disponível em: <https://www.correios.com.br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratos-1/regulamento-de-licitacoes-e-contratacoes-dos-correios>. Acesso em: 13.set 2021.

²⁶⁸ O regulamento foi editado com base no art. 40 da Lei das Estatais e foi aprovado em 30.04.2020 pelo Conselho de Administração da ECT.

Não identifiquei normativo interno dispendo sobre procedimento específico. Por outro lado, obtive informações, via *e-sic*²⁶⁹, sobre o uso de determinados capítulos do Manual de Licitação e Gestão (MANLIG)²⁷⁰ pela ECT.

Nesse sentido, o Módulo 8, Capítulos 1 e 3, do MANLIG estipula que para as parcerias deve ser demonstrada as circunstâncias específicas e diferenciadas ligadas à seleção do parceiro ou com as condições de negócio (Item 2.15, Capítulo 1) e que a oportunidade de negócio se caracteriza pela conjugação de esforços com agentes privados na busca de *expertise* e domínio de técnicas para a execução do objeto contratual (Item 2.1.6, Capítulo 1). Por sua vez, a inviabilidade de procedimento competitivo está vinculada à solução satisfatória aos interesses da ECT, mesmo diante de pluralidade de alternativas de contratações (Item 2.1.7, Capítulo 1).

Adicionalmente, há indicação de elementos para justificar a configuração da oportunidade de negócio, além daqueles elencados pelo regulamento: promoção de empreendedorismo e fomento de novos negócios; acesso a setores estratégicos; minimização de riscos aos serviços postais; implementação de plano de negócios (Item 2.1.8, Capítulo 1; Item 2.1.1.2, Capítulo 3).

A configuração de oportunidade de negócio deve ser submetida para aprovação do Conselho de Administração da ECT (Item 2.1.1.3, Capítulo 3). As minutas dos contratos pertinentes devem ser submetidas para análise e aprovação da área jurídica.

Com base nos documentos identificados na pesquisa, a aprovação do Conselho de Administração somente ocorre na etapa de identificação de oportunidade de negócio.

2.6. BANCO DO BRASIL

No que tange ao BB, a Corte de Contas empreendeu análise de operações de incorporação e aquisição de participação em instituições financeiras e reestruturações societárias pelo BB, ocorridas antes da edição da Lei das Estatais.

Após a Lei das Estatais, o TCU empreendeu análise sobre desinvestimentos e sobre a sistemática processual de formação de parcerias do BB.

A partir desse último precedente, verifico que o TCU está exercendo influência no desenho do procedimento do BB.

²⁶⁹ A resposta à consulta via *e-sic* foi obtida em 10.09.2020.

²⁷⁰ CORREIOS. *Licitações e contratos*. [s.l], 2021. Disponível em: <https://www.correios.com.br/acesso-a-informacao/licitacoes-e-contratos-1/manual-de-licitacao>. Acesso em: 13 set. 2021.

2.6.1. Operações com base na Lei Federal 11.908/2009

O TCU, por meio de acompanhamento e auditoria, analisou a aquisição pelo BB de participações acionárias do Banco Votorantim S.A (BV) e do Banco Nossa Caixa S.A²⁷¹⁻²⁷² e a incorporação de bancos estaduais²⁷³ (Banco do Estado de Santa Catarina S.A, Banco de Crédito Imobiliário S.A e Banco do Estado do Piauí), com base na Lei Federal 11.908/2009²⁷⁴.

Para fins deste trabalho, é relevante a aquisição de participação do BV, já que é a única instituição financeira privada no bojo desse processo.

Conforme o Acórdão 2570/2009 – Plenário²⁷⁵, a “parceria estratégica” com o BV tinha fundamento legal no art. 2º da Medida Provisória 443/2008 (posteriormente convertida na Lei Federal 11.908/2009).

O TCU não tratou sobre eventual necessidade de processo de seleção para que o BV fosse escolhido. Desse modo, a análise de aspectos procedimentais focou no cumprimento da Lei 6.404/1976, na obtenção de aprovações necessárias (e.g. BACEN, CADE, CVM) e na elaboração de relatório de *fairness opinion* (pelo Banco Fator), que subsidiou a decisão do Conselho de Administração do BB, além da avaliação econômico-financeira²⁷⁶ (pela sua Diretoria de Finanças e pelo UBS Pactual). A única preocupação do TCU se relacionou ao modelo de governança a ser adotado no BV.

²⁷¹ Nossa Caixa S/A era um banco do Estado de São Paulo.

²⁷² Em 2006, o Banco Nossa Caixa S.A havia celebrado uma parceria negocial com a Companhia Brasileira de Soluções e Serviços S/A voltada à gestão, afiliação, desenvolvimento, organização, implantação, comercialização, distribuição, emissão, venda, compartilhamento de marcas, promoção e outros serviços, por conta própria ou através de terceiros, dos programas de refeição-convênio e alimentação-convênio. Essa parceria foi julgada irregular pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Após a aquisição pela BB, o caso foi objeto de apreciação pelo TCU (Acórdão 2116/2010 – Plenário, Min. Rel. Valmir Campelo. Julgado em: 25.ago.2010), o qual concordou com a análise da Corte de Contas Paulista e determinou que a referida parceria não fosse renovada. No caso em tela, o entendimento pela irregularidade derivou do fato de a parceria ter embutido a prestação de serviços de refeição-convênio e alimentação-convênio pela parceria privada ao banco estatal, o que dependeria de licitação.

²⁷³ O art. 5º da Lei Federal 11.908/2009 prescreveu a dispensa de licitação para que instituições financeiras públicas promovessem a venda de participação acionária ao BB ou à CEF.

²⁷⁴ TC 030.037/2008-7.

²⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2570/2009. Processo 030.037/2008-7*. Rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, Data de julgamento 04/11/2009.

²⁷⁶ “Destaco, por oportuno, a boa prática do Banco do Brasil, identificada pela equipe de fiscalização: para decidir sobre cada operação, o banco valeu-se de mais de um trabalho de avaliação econômico-financeiro” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2570/2009. Processo 030.037/2008-7*. Rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, Data de julgamento 04/11/2009, p. 45).

O TCU também empreendeu auditoria sobre operações de reorganização societária do BB na área de seguros, previdência e capitalização, as quais também tiveram alicerce na Lei Federal 11.908/2009²⁷⁷.

O Acórdão 1760/2013 – Plenário ²⁷⁸ consignou que não foram observadas “impropriedades ou irregularidades” na reestruturação societária nas áreas contempladas, as quais abarcaram parceria do BB com o Grupo Mapfre (Mapfre), Grupo Icatu (Icatu) e *Principal Financing Group* do Brasil Ltda. (PFG), de modo que as normas legais aplicáveis (em especial a Lei 6.404/1976 e a Lei Federal 9.491/1997) foram observadas²⁷⁹.

A área técnica do TCU registrou que o BB enviou convite para empresas do ramo de seguros, capitalização e previdência, para que potenciais sócios manifestassem seu interesse e lhe submetessem alguma proposta, sendo que a Mapfre apresentou as “condições mais aderentes às expectativas do BB e às premissas e pontos de interesse para a formação de uma parceria²⁸⁰ no ramo de seguros”²⁸¹.

No segmento de capitalização, BB e Icatu assinaram memorando de entendimentos para a constituição de parceria por meio da empresa Brasilcap²⁸², e no segmento de previdência, o BB renovou a parceria com a PFG para atuarem em conjunto por meio da Brasilprev²⁸³.

No caso das parcerias com Icatu e PFG, houve renovação de parcerias já estabelecidas, enquanto que, no caso da Mapfre, houve estabelecimento de nova parceria.

De acordo com a análise do TCU, o processo de formação de parceria com a Mapfre contou com avaliação econômica (da Diretoria de Finanças do BB e do BTG Pactual) e emissão de *fairness opinion* pelo Banco Fator, enquanto que, para os outros casos, há menção apenas a avaliação econômica do BTG Pactual.

²⁷⁷ TC 007.300/2012-3.

²⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1760/2013. Processo 007.300/2012-3*. Rel. Min. Valmir Campelo, Plenário, Data de julgamento 10/07/2013.

²⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1760/2013. Processo 007.300/2012-3*. Rel. Min. Valmir Campelo, Plenário, Data de julgamento 10/07/2013, item 7, p. 15.

²⁸⁰ A parceria com a Mapfre foi efetivada em 30.06.2011, e envolveu a criação de companhias *holdings*, nas quais BB e Mapfre deveriam aportar suas empresas de seguros. Nessa linha, houve reestruturação societária abrangendo ao todo 11 empresas.

²⁸¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1760/2013. Processo 007.300/2012-3*. Rel. Min. Valmir Campelo, Plenário, Data de julgamento 10/07/2013, item 7.9, p. 2.

²⁸² O memorando de entendimentos foi assinado em 06.01.2010. Ele disciplinava a formatação da parceria com base na Brasilcap, que deveria possuir como sócios apenas BB e Icatu, com participação majoritária daquela. Assim, o BB deveria adquirir participação da Brasilcap detida pela Sul América Capitalização S.A (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1760/2013. Processo 007.300/2012-3*. Rel. Min. Valmir Campelo, Plenário, Data de julgamento 10/07/2013, item 7.18, p. 4).

²⁸³ A PFG adquiriu a participação detida pelo Sebrae na Brasilprev, passando a deter 50,01% do capital votante (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1760/2013. Processo 007.300/2012-3*. Rel. Min. Valmir Campelo, Plenário, Data de julgamento 10/07/2013, item 7.19, p. 4).

A análise do TCU sobre o processo de seleção se limitou a apontar que a escolha dos parceiros em cada um dos ramos de seguridade se alicerçou na pré-existência de acordos operacionais, *expertise* dos proponentes, valorização atribuída aos ativos próprios e do BB em suas propostas e adequação da parceria em face das premissas estabelecidas na origem do processo de reestruturação²⁸⁴.

Destaco que o uso do convite é interessante, pois é um instrumento que pode funcionar como ponto de equilíbrio entre garantir sigilo e celeridade e abertura ao mercado para determinadas parcerias.

2.6.2. Desinvestimentos do BB

O TCU empreendeu fiscalização do tipo acompanhamento sobre desinvestimentos do grupo BB²⁸⁵.

Os posicionamentos da SecexFinanças mais relevantes para fins da dissertação: (i) inadequação de se tratar desinvestimentos, operações de aquisição e incorporação (M&A) e formação de parcerias, por meio de um mesmo ato normativo (Instrução Normativa 941 – IN 941) sem fazer qualquer distinção procedimental²⁸⁶; (ii) aplicação do Decreto 9.188 para todas as empresas estatais independentemente da previsão de adesão voluntária e da restrição dessa norma às sociedades de economia mista.

Em relação ao primeiro ponto, o Acórdão 871/2020 – Plenário, determinou a oitiva do BB²⁸⁷ para justificar a disciplina uniforme da IN 941²⁸⁸. No que tange ao segundo ponto, o TCU determinou a oitiva da Casa Civil da Presidência da República e do Ministério da Economia para se manifestarem sobre a facultatividade para adesão à disciplina do Decreto 9.188/2017, o que “contrariaria” a recomendação do item 9.5 do Acórdão 442/2017 – Plenário²⁸⁹.

Nesse ponto, me parece que já há consolidação do entendimento acerca da distinção entre oportunidades de negócio, com base no art. 28, § 4º, da Lei das Estatais, para a definição

²⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1760/2013. Processo 007.300/2012-3*. Rel. Min. Valmir Campelo, Plenário, Data de julgamento 10/07/2013, item 8, p. 15.

²⁸⁵ TC 015.759/2019-9.

²⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 871/2020. Processo 015.759/2019-9*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 08/04/2020, Relatório, Item 67, p. 10.

²⁸⁷ Até o momento da redação do trabalho (23.03.2021), não houve nova deliberação do TCU sobre o tema.

²⁸⁸ Item 9.1.1 do Acórdão 871/2020 (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 871/2020. Processo 015.759/2019-9*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 08/04/2020).

²⁸⁹ Item 9.4 do Acórdão 871/2020 (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 871/2020. Processo 015.759/2019-9*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 08/04/2020).

do procedimento aplicável. Isso se verifica na distinção entre desinvestimentos e formação de parcerias com base no caso da parceria entre Petrobras e Total (Colegiado do TCU), sistemática de desinvestimentos da Petrobras (manifestação de unidade técnica), alienação da Intesa (manifestação de unidade técnica que ensejou determinação) e dos desinvestimentos do BB (manifestação de unidade técnica que ensejou oitiva).

Por fim, o Colegiado do TCU determinou ao BB que lhe fosse dado conhecimento de qualquer projeto de formação de parceria, assim que houvesse deliberação pelo prosseguimento da operação pelo Conselho Diretor ou outra instância decisória competente²⁹⁰.

2.6.3. Sistemática processual de parcerias do BB

O TCU realizou levantamento sobre as parcerias estratégicas do conglomerado do BB²⁹¹. A Secretaria de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional e dos Fundos de Pensão (SecexFinanças) elencou riscos da sistemática processual de parcerias do BB, durante sua instrução, a qual foi ratificada pelo Colegiado por meio do Acórdão 3230/2020 – Plenário²⁹².

O mapeamento²⁹³ levou em conta precedentes exarados pela própria corte (*e.g.* caso Branes; Telebras e Viasat; ECT e Azul).

Os pontos de análise foram: (i) previsão legal para o BB formar parcerias; (ii) riscos ligados à contratação via inexigibilidade de licitação de serviços técnicos de assessoria e apoio para a formação de parcerias; (iii) risco de conflito de interesses do assessor financeiro na condução isolada de certas etapas do processo²⁹⁴; (iv) ausência de metodologia de projetos

²⁹⁰ Item 9.2 do Acórdão 871/2020 (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 871/2020. Processo 015.759/2019-9*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 08/04/2020).

²⁹¹ TC 018.149/2020-0 (Apenso: TC 002.366/2020-7).

²⁹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3230/2020. Processo 018.149/2020-0*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 02/12/2020.

²⁹³ O mapeamento foi realizado a partir de dados coletados via reuniões virtuais com gestores das áreas envolvidas no processo de formação de parcerias do BB, órgãos externos ao BB (Banco Central, Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais), Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Secretaria do Tesouro Nacional (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3230/2020. Processo 018.149/2020-0*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 02/12/2020, Relatório, Item 7, p. 2).

²⁹⁴ Contatos com potenciais parceiros, troca de informações e documentos entre estes e o assessor, recebimento de propostas indicativas e propostas firmes, e disponibilização de documentos na fase de diligências (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3230/2020. Processo 018.149/2020-0*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 02/12/2020, Item 95, p. 12.).

na sistemática do BB; (v) não-envolvimento das instâncias superiores do BB em etapas essenciais; (vi) riscos gerais e requisitos legais para formação de parcerias²⁹⁵.

Dos pontos e riscos retratados pela decisão, destaco aqueles ligados à contratação direta de serviços técnicos, ausência de envolvimento da alta administração da estatal, distinção entre desinvestimentos, desestatização e formação de parceria, elementos de motivação do art. 28, § 3º, II, da Lei Federal 13.303/2016, contratação direta da empresa resultante da parceria, e manifestação da Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (SEST) e do Ministério da Economia no que tange à celebração de acordo de acionistas.

O TCU entende que a contratação via inexigibilidade de assessores para o processo de formação de parcerias²⁹⁶ não deveria ser regra²⁹⁷, uma vez que subsiste risco de direcionamento²⁹⁸.

Quanto à participação da alta administração das empresas do grupo BB, o TCU constatou que o conselho de administração atua formalmente apenas nos estágios finais do processo após diversas decisões relevantes no âmbito do processo, de modo que não há deliberação nos estágios iniciais do projeto²⁹⁹.

A conclusão é que o conselho de administração deve se manifestar antes da escolha do parceiro e conclusão do negócio³⁰⁰. Crítica similar foi feita no caso da auditoria operacional de Furnas (Item 2.2.2).

Na esteira dos casos dos desinvestimentos do BB (Item 2.6.2) e da sistemática de desinvestimentos da Petrobras (Item 2.1.3), o TCU fixa distinção entre desinvestimentos “puros” e formação de parcerias.

O desinvestimento puro seria para concretizar objetivo da estatal de se retirar de determinado segmento de negócio, enquanto, por outro lado, seria possível a alienação de participação acionária majoritária de uma subsidiária estatal (perda de controle público) para a

²⁹⁵ A decisão menciona a existência de uma matriz de riscos preparada pela SecexFinanças. No entanto, esse documento não está disponível para acesso público.

²⁹⁶ Com base no art. 30, II, ‘c’, da Lei das Estatais.

²⁹⁷ A SecexFinanças destaca que caso não seja estritamente hipótese de inexigibilidade, que seja realizada licitação. Alternativamente, sugere a adoção de rito próprio “que se aproxime ao máximo das etapas de processos licitatórios, ajustando os “procedimentos para os quais não seja possível cumprir sem prejuízo ao negócio” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3230/2020. Processo 018.149/2020-0*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 02/12/2020, Item 30, p. 42).

²⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3230/2020. Processo 018.149/2020-0*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 02/12/2020, Relatório. Item 86, p. 11; Item 26, p. 42).

²⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3230/2020. Processo 018.149/2020-0*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 02/12/2020, itens 104, 107 e 108, p. 13.

³⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3230/2020. Processo 018.149/2020-0*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 02/12/2020, Item 42, p. 43.

formalização de parceria, o que manteria a estatal-matriz atuando, em alguma medida, no mercado³⁰¹.

A SecexFinanças reconhece que o desinvestimento “puro” envolve maior nível de competição comparativamente à busca de um parceiro³⁰².

Retomo aqui a possibilidade de desinvestimentos integrarem parte de escopo mais amplo das parcerias, tal como no caso da parceria entre Petrobras e Total (Item 2.1.2).

No que diz respeito ao exame do cumprimento dos requisitos de motivação do art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais, verifico que o TCU mais uma vez invoca a necessidade de se comprovar a “inviabilidade de procedimento competitivo” para a formação de parceria, mesmo após destacar a incompatibilidade geral entre “modelos estanques e procedimentalizados de seleção” e as negociações inerentes ao processo de formação de parcerias³⁰³.

Nessa linha, há alusão aos precedentes das parcerias entre Telebras e Viasat (Item 2.4.1) e ECT e Azul (Item 2.5.1), para repisar que seria necessária consulta mais ampla junto a potenciais parceiros e que a escolha do “melhor parceiro disponível no mercado”³⁰⁴ precisa ser devidamente motivada³⁰⁵.

O TCU também reitera o entendimento fixado nos casos de Branes e Braxis (Item 2.3.2) rejeitando a possibilidade jurídica de uma empresa com controle privado, advinda de parceria, ser contratada diretamente com base no art. 29, XI, da Lei das Estatais. Ademais, é feita distinção entre a situação de contratação direta na qual haveria prestação de serviços diretamente para a estatal *vis-à-vis* à prestação de serviços para usuários dos serviços da própria estatal, o que representaria o exercício de atividade econômica independente dos acionistas³⁰⁶.

Por fim, o TCU aponta que estatais somente poderão firmar acordo de acionistas para compor a governança nas empresas resultantes das parcerias mediante prévia anuência do

³⁰¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3230/2020. Processo 018.149/2020-0*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 02/12/2020, Itens 133 e 134, p. 17.

³⁰² BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3230/2020. Processo 018.149/2020-0*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 02/12/2020, Item 136, p. 17.

³⁰³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3230/2020. Processo 018.149/2020-0*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 02/12/2020, item 169, p. 21.

³⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3230/2020. Processo 018.149/2020-0*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 02/12/2020, Item 96, p. 12; Item 31, p. 42.

³⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3230/2020. Processo 018.149/2020-0*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 02/12/2020, Itens 173, 177 e 178, p. 22-23.

³⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3230/2020. Processo 018.149/2020-0*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 02/12/2020, Item 189, p. 24-25; Item 47, p. 44.

Ministério da Economia³⁰⁷ e que a SEST deve se manifestar sobre acordos de acionistas que, em alguma medida, impliquem a possibilidade de assunção de maioria de capital votante pela estatal³⁰⁸.

Posteriormente, o TCU exarou o Acórdão 1644/2021 – Plenário³⁰⁹, no qual há registro de que o BB estaria tratando de forma adequada os riscos destacados no levantamento.

Me parece que o maior destaque a ser feito no caso é que a análise da sistemática processual de parcerias do BB consolida pontos que foram tratados em precedentes e dá sequência à estratégia de controle da formação de parcerias, com base nos elementos de motivação do art. 28, 3º, II, da Lei das Estatais e também sem cravar exatamente como seria o procedimento adequado, tal como aludir à necessidade de comprovação de inviabilidade de competição, mesmo após reconhecer que há incompatibilidade geral entre processos de seleção e negociações.

2.6.4. Procedimento do BB

O art. 4º, II, do Regulamento de Licitações e Contratos do BB (RLC-BB)³¹⁰⁻³¹¹ exclui a formação de parcerias de sua égide e veicula conceitos idênticos aos da Lei das Estatais (características particulares, definição de oportunidade de negócio e inviabilidade de procedimento competitivo)³¹².

Conforme supracitado, o BB editou a IN 941 para disciplinar seu procedimento de formação de parcerias, o qual foi criticado pela SecexFinanças por veicular disciplina uniforme para operações distintas.

As análises do TCU influenciaram o procedimento do BB, o qual revisou seu procedimento de formação de parcerias e tratou adequadamente sobre os riscos destacados

³⁰⁷ Art. 2º do Decreto Federal 1.091/1994.

³⁰⁸ Art. 98, VI, 'k', do Decreto Federal 9.745/2019.

³⁰⁹ Dispositivo do Acórdão. (Brasil. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1644/2021. Processo TC 046.650/2020-2*. Rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, Data de julgamento 02/02/2021, Item 9.1.1.).

³¹⁰ BANCO DO BRASIL. *Regulamento de licitações e contratos do Banco do Brasil S.A.* [s.l], 2018. Disponível em: <https://www.bb.com.br/docs/pub/siteEsp/dilog/dwn/rlbb.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

³¹¹ O regulamento foi editado com base no art. 40 da Lei das Estatais e publicado em 02.05.2018.

³¹² Art. 4º do RLC-BB: “Este Regulamento não se aplica nas seguintes situações: [...] II – nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo”. (BANCO DO BRASIL. *Regulamento de licitações e contratos do Banco do Brasil S.A.* [s.l], 2018. Disponível em: <https://www.bb.com.br/docs/pub/siteEsp/dilog/dwn/rlbb.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021).

pela Corte de Contas, conforme se depreende dos Acórdãos 3230/2020 – Plenário³¹³ e Acórdão 1644/2021 – Plenário³¹⁴.

Apesar de o acesso à IN 941, via portal *e-sic* ter me sido negado, sob alegação de informação sigilosa e estratégica, há descrição das principais etapas do procedimento no Acórdão 3230/2020 – Plenário, quais sejam: (i) prospecção e delineamento inicial da oportunidade de negócio; (ii) contratação de serviços técnicos de assessoria; (iii) seleção de potenciais parceiros e estruturação da oportunidade; (iv) negociação, formalização e fechamento.

Na sequência, faço a descrição das etapas com base no precedente do TCU, a qual não reflete os riscos mapeados em tal julgado³¹⁵.

2.6.4.1. *Prospecção e delineamento inicial da oportunidade de negócio*

O procedimento se inicia com a identificação de oportunidade por uma área de negócios do BB. A identificação também pode ter origem na Diretoria de Governança de Entidades Ligadas (DIREG)³¹⁶, a qual é responsável por coordenar e acompanhar todo o processo de formação de parcerias.

Os critérios utilizados para a identificação de oportunidade são: carência, dificuldade interna do BB, fragilidades de atuação e necessidade de desenvolvimento de novos produtos.

A área de negócios responsável preenche formulário de proposição da operação, informando sobre: a operação, unidade estratégica proponente, escopo da operação, justificativas, objetivos, benefícios esperados, alinhamento estratégico, intervenientes e riscos da operação.

Trata-se de um primeiro desenho de configuração da oportunidade de negócio.

O formulário é submetido para parecer da Diretoria Estratégia e Organização (DIREO), a qual versa sobre o alinhamento da oportunidade à estratégia corporativa do BB, e para parecer da DIREG sobre a viabilidade de dar continuidade ao procedimento.

³¹³ BANCO DO BRASIL. *Regulamento de licitações e contratos do Banco do Brasil S.A.* [s.l], 2018. Disponível em: <https://www.bb.com.br/docs/pub/siteEsp/dilog/dwn/rlbb.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021, Relatório, Item 14, p. 2).

³¹⁴ BANCO DO BRASIL. *Regulamento de licitações e contratos do Banco do Brasil S.A.* [s.l], 2018. Disponível em: <https://www.bb.com.br/docs/pub/siteEsp/dilog/dwn/rlbb.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021, Item 9.1.1.

³¹⁵ As etapas da sistemática processual foram descritas entre os Itens 44 a 76 do Acórdão 3230/2020 – Plenário. A descrição é feita com base nos relatos de reuniões realizadas com os principais atores desse processo e não reflete a revisão que o BB estava empreendendo após a análise do TCU.

³¹⁶ DIREG é vinculado à Vice-Presidência de Gestão Financeira e de Relações com Investidores (VIFIN).

Após a emissão desses pareceres, a DIREG passa a interagir com a área de negócios e as demais áreas estratégicas pertinentes à potencial parceria. Essa interação visa a angariar elementos para agregar valor ou obter sinergias, estrutura societária, possível combinação com outras operações existentes, entre outros.

A DIREG e a área de negócios devem refletir todos esses elementos em nota técnica de aprofundamento de estudos. A nota técnica é, então, submetida para manifestação da DIREO e do Comitê Executivo de Governança das Entidades Ligadas do BB (CEGOV), para, posteriormente, ser submetida ao Conselho Diretor (CD).

Após aprovação do CD, o que ratifica a aderência do projeto e de suas premissas preliminares à estratégia do BB, segue-se para a etapa de contratação de serviços técnicos especializados, considerados imprescindíveis para o procedimento de formação de parceria.

2.6.4.2. Contratação de serviços técnicos de assessoria

Os serviços de assessoria são contratados via inexigibilidade e geralmente abarcam assessoria financeira, negocial e jurídica. Nesse bojo de serviços, também pode ser necessária a contratação de empresa para realizar diligência prévia (usualmente uma das quatro maiores empresas de auditoria) e *fairness opinion*, caso requerido pelo Conselho de Administração do Banco.

Para fundamentar a contratação, a DIREG elabora nota de dispêndio em conjunto com a área de negócios pertinente. Esse documento veicula detalhes do projeto e dos serviços que serão necessários para sua condução e propõe a aprovação de valor estimativo total dos serviços.

A nota de dispêndio pressupõe parecer da Diretoria de Suprimentos, Infraestrutura e Patrimônio (DISEC) e da Diretoria de Controladoria (DIRCO), e deve ser submetida ao Comitê Executivo Administrativo Operacional (CEAO) para aprovação.

A DIREG também se incumba da concepção do termo de referência para cada serviço de assessoria. O termo deve detalhar os serviços necessários, etapas, condições e exigências, prazos, entre outros.

Definido o orçamento e o termo de referência, a DIREG define o fornecedor para o qual será encaminhado o termo e se responsabiliza pela negociação de preço caso o valor do serviço seja inferior a R\$ 1 milhão³¹⁷.

³¹⁷ Do contrário, a negociação é feita pela DISEC.

Após essa etapa, a DIREG, junto à área de negócios pertinente, elabora nota de contratação. Essa nota abrange a caracterização da singularidade do objeto do contrato, a demonstração da notória especialização do fornecedor selecionado, justificativa de preço, descrição da proposta de contratação com seus fundamentos, benefícios e riscos.

A nota de contratação é submetida à Diretoria Jurídica (DIJUR) e à DISEC para emissão de parecer. O parecer é enviado para os Comitês de Gerência Executiva da DIREG e da área de negócios e aos Comitês de Administração.

Na sequência, DISEC formaliza a contratação com o(s) fornecedor(es), sendo que o acionamento dos serviços é feito pela DIREG.

2.6.4.3. Seleção de parceiro e estruturação da oportunidade

O assessor financeiro desempenha papel relevante para a estruturação da oportunidade. Junto às áreas internas do BB, os requisitos do negócio inerente à oportunidade são definidos.

O assessor também realiza o mapeamento e se encarrega da abordagem inicial dos potenciais parceiros. Ele prepara materiais informativos da operação e memorando de entendimentos não-vinculante que são compartilhados com interessados mediante assinatura de termo de confidencialidade.

Tais materiais correspondem a informações com detalhes da oportunidade, resumo das intenções sobre governança, condições de desfazimento e data para apresentação de propostas não vinculantes (*process letter*). Aqui, noto semelhança aos *teasers* que são publicados pela CEF para prospectar possíveis interessados.

Nessa etapa, o assessor também deve apresentar avaliação econômico-financeira dos negócios abrangidos pela parceria (*valuation status quo*).

Após a assinatura dos termos de confidencialidade, o assessor financeiro deve realizar reuniões para apresentar o projeto junto aos potenciais parceiros. Essa etapa também envolve sessões de perguntas e respostas.

Após o recebimento de propostas não-vinculantes ou propostas indicativas, o assessor pode auxiliar nas negociações com potenciais parceiros.

DIREG, em conjunto com a área de negócios e seus vice-presidentes, selecionam a melhor proposta para a fase de diligências. A seleção é formalizada pelo envio de nova carta

de processo ao potencial parceiro, com indicação de prazo para diligências e submissão de proposta vinculante³¹⁸.

Em caso de diligência, o assessor financeiro também deve preparar *data room* para a disponibilização de informações relevantes ao potencial parceiro.

2.6.4.4. *Negociação, formalização e fechamento*

Após as diligências, o potencial parceiro envia sua proposta vinculante, a qual é apresentada ao CD, sem necessidade de aprovação.

Inicia-se, então, a etapa de negociação: DIREG, com apoio dos assessores financeiro e jurídico e outras áreas pertinentes do BB, negocia os termos e condições da parceria com os representantes do parceiro privado, visando à concepção dos documentos societários por meio de diversas rodadas de negociação e troca de minutas contratuais.

Nessa etapa, a Diretoria de Finanças (DIFIN) deve realizar avaliação econômico-financeira interna da operação, a qual considera cenários com e sem a parceria.

Ademais, há manifestação da Diretoria de Gestão de Riscos (DIRIS) sobre aspectos ligados à gestão de riscos e de impacto de capital, manifestação da Contadoria sobre aspectos fiscais e contábeis, e da Diretoria de Controladoria (DIRCO) para análise sobre plano de negócios.

Os documentos definitivos para formalizar a parceria são objeto de nota técnica de aprovação de operação, a qual deve ser elaborada pela DIREG em conjunto com a área de negócios. O documento conta com pareceres da DIJUR, DIREO, DIFIN, DIRIS, DIRCO, Contadoria, manifestação do CEGOV e despacho do CD.

Essa nota técnica é submetida para aprovação do Conselho de Administração ou da Assembleia Geral.

Com a aprovação da parceria, há formalização da parceria, sendo que no caso de necessidade de assinatura de acordo de acionistas, a DIREG busca obter a anuência do Ministério da Economia antes da assinatura dos documentos vinculantes e da publicação de fato relevante ao mercado.

³¹⁸ A solicitação de proposta vinculante pode ser feita a mais de um potencial parceiro. No entanto, conforme informação do precedente do TCU, os gestores selecionam apenas uma empresa em função dos custos de diligência.

2.7 BNDES

No âmbito do BNDES, o TCU instaurou acompanhamento com base na Instrução Normativa 81/2018 ligado ao processo de desestatização do Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO)³¹⁹.

Dentre os temas do processo, me interessa a análise que o TCU fez sobre a intenção de o BNDES fundamentar a contratação de assessores especializados, para fins de auxílio no desenvolvimento de estudos de desestatização, no art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais.

O TCU entendeu que tal contratação se amolda ao art. 28, § 3º, I, da Lei das Estatais e afasta a prescrição do art. 18, parágrafo único, da Lei Federal 9.491/1997³²⁰. Por outro lado, não seria possível fundamentá-la com base no dispositivo que versa sobre oportunidade de negócios.

Segundo o TCU, o compartilhamento de riscos e adoção de remuneração variável nesse tipo de contratação não corresponderiam a atributos diferenciadores de formação de parcerias aptos a configurar oportunidade de negócio e afastar procedimento licitatório.

Nessa linha, a parceria, – a qual depende da configuração de características singulares do parceiro, delineamento específico e definido de oportunidade de negócio e justificativa da inviabilidade de competição, – “deve ter caráter perene, maior nível de comprometimento e identidade de interesses societários entre os parceiros”³²¹, o que exige “comunhão de objetos sociais, demonstração de singularidade do parceiro frente ao empreendimento, motivação para escolha e ponderação de custos e benefícios da atuação em parceria, frente a outras opções disponíveis”³²².

Enfim, o precedente denota a inviabilidade de se enquadrar a contratação de serviços de assessoria no art. 28, § 3º, II, da Lei Federal 13.303/2016³²³, e também indica uma necessidade de comparação com outras opções disponíveis.

No mais, verifico novamente o uso do TCU dos elementos de motivação como estratégia de controle.

³¹⁹ TC 020.440/2020-0.

³²⁰ Art. 18 da Lei Federal 9.491/1997: “Compete ao Gestor do Fundo: [...] Parágrafo único. Na contratação dos serviços a que se refere o inciso IV deste artigo, poderá o Gestor do Fundo estabelecer, alternativa ou cumulativamente, na composição da remuneração dos contratados, pagamento a preço fixo ou comissionado, sempre mediante licitação”.

³²¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1744/2021. Processo TC 368481/21*. Rel. Min. Walton Alencar, Plenário, Data de julgamento 21/07/2021, p. 60.

³²² BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1744/2021. Processo TC 368481/21*. Rel. Min. Walton Alencar, Plenário, Data de julgamento 21/07/2021, p. 61.

³²³ Esse entendimento também foi alcançado pela Advocacia Geral da União (Parecer 00220/2020/CONJUR-CGU/CGU/AGU).

2.8. MUDANÇA DE POSTURA DO TCU: ANTES E APÓS A LEI DAS ESTATAIS

Há um primeiro conjunto de parcerias retratadas, formado antes da entrada em vigência da Lei das Estatais³²⁴, composto pelas parcerias formadas pela Petrobras com empresas do setor petroquímico (Item 2.1.1), pela parceria entre Petrobras e Total (Item 2.1.2)³²⁵, pelas parcerias do BB com base na Lei Federal 11.908/2009 (Item 2.6.1), e pelas parcerias da CEF (Itens 2.3.1 e 2.3.2).

Tal conjunto revela que o foco de fiscalização do TCU não era o procedimento de seleção do parceiro privado. Sua análise era mais formal, no sentido de verificação da aderência da parceria formada aos atos normativos que a autorizavam, da existência de cláusulas contratuais que representariam privilégio indevido para as parceiras privadas, das práticas societárias adequadas com base na Lei 6.404/1976 e no uso de parcerias como artifice para o enquadramento (indevido) na hipótese de contratação direta da empresa investida (fruto da parceria) para prestação de serviços à estatal.

No caso das parcerias no setor petroquímico, a área técnica do TCU entendeu que a formação de parcerias pela Petrobras consistia em “legítima ação estratégica” para capacitá-la para atuação em um mercado altamente competitivo, e o Colegiado se limitou a indicar que a Petrobras possuía liberdade para se associar com empresas do setor privado para expandir suas atividades ou desenvolver novas tecnologias, sem adentrar qualquer discussão sobre o procedimento de seleção de parceiros.

Especificamente no caso da parceria entre Petrobras e Total, a área técnica do TCU afirmou a inexigibilidade (e o Colegiado do TCU, a dispensa) como fundamento jurídico adequado para a formação de parceria, e reputou impertinente alusões aos princípios da impessoalidade e ampla concorrência³²⁶⁻³²⁷.

Repise-se que a própria CEF afirmou que a inexigibilidade³²⁸ é o meio jurídico adequado para a formação de parcerias no âmbito do Acórdão 1797/2019 – Plenário, e que a

³²⁴ No caso da Petrobras avaliado, há indicação do uso do Decreto 2.745, independentemente da promulgação da Lei das Estatais.

³²⁵ A parceria entre Petrobras e Total foi celebrada após a Lei das Estatais. No entanto, a parceria foi formalizada com base no Decreto Federal 2.745/1998, de modo que não houve aplicação da Lei Federal 13.303/2016.

³²⁶ A SEINFRA – P&G do TCU chegou à referida conclusão e o TCU arquivou o processo sem qualquer ressalva.

³²⁷ Apesar de o art. 96, II, da Lei das Estatais ter revogado o art. 67 da Lei Federal 9.478/1997, o qual era a base do Decreto 2.745, a Petrobras se valeu desse ato normativo para celebrar a parceria com a Total. Isso provavelmente ocorreu em função do período de adaptação outorgado pelo art. 91 da Lei das Estatais.

³²⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1797/2019 – Processo nº TC 029.884/2012-8*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de Julgamento: 31/07/2019, p. 5.

unidade técnica³²⁹ compreendeu que o procedimento de formação da parceira estratégica é regido pelo regime jurídico de direito privado³³⁰, ponto que não foi objeto de contestação ou acatamento expresso pelo voto do Colegiado do TCU.

Na análise sobre a reestruturação societária da Serra do Facão (Item 2.2.1), o TCU optou por não determinar que Furnas editasse normativo para seleção de parceiros com base nos princípios da administração. A Corte entendeu que caberia à própria estatal decidir como disciplinar o processo, em prestígio à discricionariedade dos gestores, mas que não fosse olvidado o dever de diligência nos termos do art. 153 da Lei 6.404/1976.

Com base nesses casos, verifico posicionamento inicial do TCU no sentido de não interferir na forma como as estatais conduziam seus procedimentos de formação de parceria, de modo que as análises se restringiam a aspectos específicos e não ao procedimento em si ou pela avaliação de concretização de requisitos de motivação de inexigibilidade nos casos concretos.

Portanto, a Corte de Contas nunca fez uma análise holística do cumprimento dos elementos de motivação, enquanto parâmetro de controle, para verificar a validade jurídica das parcerias.

Todavia, ainda antes da edição da Lei das Estatais, o TCU começa a se preocupar com o procedimento ao determinar que Furnas editasse norma interna regulando o processo de seleção de seus parceiros, ponto atendido pela edição do Manual de SPE pela Eletrobras (Item 2.2.2).

Após a edição da Lei das Estatais, o TCU passa a analisar o procedimento para formação de parceria de forma ampla e a olhar mais de perto projetos de parcerias, conforme se depreende a partir do acompanhamento do Projeto Lotus da Petrobras (Item 2.1.3), da determinação de que o BB informe sobre o andamento de qualquer projeto de parceria (Item 2.6.2) e do TC 026.456/2020-6, referente a parcerias da Caixa Cartões Holding.

Há um claro aumento na intensidade de controle sobre projetos de parceria por parte do TCU.

2.8.1. Estratégia de controle e imposição de novas exigências para a motivação da formação de parcerias

³²⁹ Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas – Selog.

³³⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1797/2019 – Processo nº TC 029.884/2012-8*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de Julgamento: 31/07/2019, § 73, p. 14-15.

O TCU não analisava o cumprimento dos elementos de motivação que consubstanciam a inexigibilidade para a formação de parcerias. Por outro lado, o TCU passa a avaliar o cumprimento de todos os elementos do art. 28, § 3º, II, da Lei Federal 13.303/2016 quando as estatais buscaram formalizar contratos com base nesse dispositivo.

Assim, o TCU usa o dispositivo da Lei das Estatais como meio de viabilizar estratégia de controle do processo de formação de parceria pautada nos elementos de motivação de tal dispositivo.

Isso foi feito no caso da alienação da Intesa (Item 2.2.3), o qual, apesar de versar sobre desinvestimento e não parceria, envolveu o uso do dispositivo em questão como fundamento.

No caso da parceria entre Telebras e Viasat (Item 2.4.1), o TCU analisou com mais detalhe o *iter* procedimental que precedeu a celebração da parceria contratual. Houve análise dos requisitos de motivação para a formação da parceria.

Inobstante o fato de estarem presentes elementos que justificassem a escolha do polo contratual privado, a configuração da oportunidade de negócio, e ser clara a dinâmica de negociação, o TCU definiu que ainda assim seria necessário comprovar a vantagem comercial da parceria e a inviabilidade de procedimento competitivo. Ainda, o TCU passou a reputar a comprovação de características particulares como meio para se justificar a superioridade do potencial parceiro frente a outros interessados.

O TCU cogitou sobre a possibilidade de se consultar um maior número de interessados e abrir negociações simultâneas, mas não fez nenhuma determinação ou recomendação expressa nesse sentido.

Repiso aqui o caráter ambíguo desse precedente: por um lado reconhece a necessidade de procedimento mais flexível, e, por outro, não afasta a possibilidade de consulta ao mercado. E essa ambiguidade se reflete em indefinição na própria decisão referente à omissão do TCU em concluir se a inviabilidade de procedimento competitivo teria sido atendida no caso concreto, mesmo com a realização de um chamamento público que restou deserto e o reconhecimento da dinâmica de negociações e da flexibilidade necessária para tanto.

De qualquer forma, o TCU vinculou a adequação da motivação da formação da parceria à avaliação mais robusta acerca da oportunidade de negócio específica, por meio do cotejo com outros atores do setor privado³³¹.

³³¹ Essa foi a conclusão do Voto do TCU no bojo do Acórdão 2488/2018 – Plenário, o qual indicou que houve menção à busca de propostas alternativas pela Telebras (conforme relatório de reunião do Conselho de Administração), mas que não foram disponibilizadas no âmbito dos autos provas “de que tenham sido elaborados estudos que possibilitassem a avaliação robusta de cenários e o cotejamento das condições alegadamente oferecidas” nem encaminhado “documento que demonstrasse a intenção da Telebras de obter propostas

E no caso concreto, a consequência da insuficiência de motivação (pela ausência de comparação) importou na determinação de modificações de condições econômicas da parceria.

Apesar de não estar expresso, entendo que essa relação de causalidade é clara no caso da parceria entre Telebras e Viasat, uma vez que a ausência de base comparativa impeliu o TCU a obrigar os gestores responsáveis da Telebras à reavaliação e renegociação das condições econômicas do contrato celebrado.

Esse ponto é bastante sensível, pois a interferência de órgãos de controle pós-celebração da parceria pode ser nociva e estremecer suas bases econômicas ao ponto de ensejar sua rescisão. O caso da Telebras/Viasat deixa claro, nas entrelinhas, que a formação de parceria, sem uma base comparativa adequada, pode resultar na revisão de suas condições econômicas.

Ainda, o efeito institucional que esse precedente pode gerar consiste no manejo, por parte de empresas estatais, da fiscalização de tribunais de contas como instrumento de alavancagem em negociações para a formação de parcerias, além da perpetuação dessa prática de controle de cláusulas econômicas em negócios efetuados por empresas de natureza jurídica de direito privado³³²⁻³³³.

Ademais, outro ponto que merece destaque é o entendimento do TCU de que os princípios do art. 31 da Lei das Estatais deveriam ser seguidos para as contratações de parcerias. Esse dispositivo é ligado ao regime de licitação das estatais, e abrange princípios claramente ligados a processos competitivos, tais como impessoalidade, obtenção de competitividade e julgamento objetivo.

Não há como ignorar o claro contraste de tal entendimento com os posicionamentos dos órgãos técnicos do TCU que rechaçaram anteriormente a alusão a princípios ligados a processos competitivos.

alternativas à que estava sendo negociada com a Viasat”, o que teria comprometido a demonstração da vantagem comercial” da parceria, “diretamente ligada aos aspectos econômico-financeiros da avença” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.488/2018. Processo TC 022.981/2018-7*. Rel. Min. Benjamin Zymler. Plenário, Data de julgamento 31/10/2018, §§ 131 e 134, p. 180-181).

³³² Entendo que o TCU não tem competência para tanto. Ironicamente, o próprio TCU indicou que “[n]ão havia pretensão de fixar limites precisos para as receitas das empresas parcerias, que são entidades de direito privado, uma vez que não cabe ao TCU limitar os lucros dessas entidades” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1170. Processo nº TC 022.981/2018-7*. Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, Data de julgamento 22/05/2019, § 22, p. 42.). Nada obstante, o precedente já foi colocado e o risco implantado.

³³³ Nesse sentido, também é o entendimento de André Braga, o qual reputou o caso da parceria entre Telebras e Viasat como um presságio de “forte interferência do TCU sobre parcerias envolvendo empresas estatais” (BRAGA, André de Castro O.P. O tribunal de contas da união impõe obstáculos à inovação no setor público? *In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade*. 1. ed. São Paulo: Almedina, p. 365-402, 2020, p. 393).

Já a análise do Colegiado do TCU sobre a parceria entre ECT e Azul (Item 2.6.1), mesmo após uma avaliação no sentido de regularidade do procedimento pela unidade técnica, questionou o procedimento e determinou que a unidade empreendesse análise mais detida.

Apesar de a análise inicial do Colegiado não ter sido conclusiva e de o processo ter sido arquivado em função de perda de objeto, o Ministro Raimundo Carreiro fixou entendimento de que a participação de outros potenciais parceiros deve ser a mais ampla possível e que o chamamento público seria adequado para garantir ampla competição.

O voto do TCU determinou à unidade técnica que fosse avaliada a inviabilidade de procedimento competitivo, a exemplo do chamamento público, como um dos pontos para se aferir o acerto ou desacerto de não ter sido usada licitação no caso.

No processo ligado à sistemática processual de parcerias do BB (Item 2.6.3), o TCU, ao examinar o cumprimento dos requisitos de motivação do art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais, indica a necessidade de se comprovar a “inviabilidade de procedimento competitivo” para a formação de parceria, mesmo após destacar a incompatibilidade geral entre “modelos estanques e procedimentalizados de seleção” e as negociações inerentes ao processo de formação de parcerias.

A indefinição verificada nos precedentes da Telebras, ECT e BB quanto ao cumprimento dos requisitos de motivação e a alusão aos princípios do art. 31 da Lei das Estatais, no caso da Telebras, integram a estratégia de controle do TCU. Isso lhe permite controlar e aproximar o processo de formação de parceria de um procedimento mais “regulatório”.

Nessa linha, a estratégia de controle do TCU também envolve veicular requisitos não previstos no dispositivo da Lei das Estatais (tal como no caso da Telebras e Viasat) e não deixar claro qual seria o procedimento a ser seguido.

De forma geral, entendo que ainda não há uma tendência definida do TCU no delineamento do que é ou não é imprescindível no procedimento, salvo por uma convergência incipiente no sentido de se realizar consulta ao mercado (*e.g.* chamamento público ou negociações simultâneas). Essa indefinição aumenta a possibilidade de questionamento sobre a validade jurídica de parcerias pela Corte de Contas ou o controle do conteúdo de cláusulas de natureza econômica³³⁴.

³³⁴ Nesse ponto, é valioso o entendimento de Gabriel Costa Pinheiro Chagas: “Ao condicionar que a contratação nos moldes do artigo 28 só ocorrerá se for caracterizada a inviabilidade, o Tribunal potencializa a justificativa necessária e prevista naquele mesmo dispositivo e a coloca como um valor de aprovação, que evidentemente só ocorrerá mediante exercício do controle externo a cancelar ou não a justificativa apresentada para se beneficiar da inaplicabilidade de licitação. Daí afirmar-se que o próprio Tribunal esvazia a discricionariedade que apontou,

Também já é possível verificar indução e influência da tomada de decisão por parte dos gestores das estatais, sendo sintomático disso a edição do Manual de SPE pelo grupo Eletrobras, a edição de normativo interno pela Telebras, o acatamento pelo BB de orientações do TCU quanto a sua sistemática processual de parcerias, e a determinação recebida pela CEF para desfazimento das ações detidas na Braxis.

Das estatais analisadas no trabalho, somente não é possível afirmar se a Petrobras sofreu ou não, até o momento, influência do TCU sobre o seu processo de formação de parcerias.

Portanto, a postura do TCU sobre o tema das parcerias passa por modificação relevante, sobretudo após a edição da Lei das Estatais: de uma postura que não se preocupava com a forma de condução do processo em si (salvo de forma indireta por situações específicas) para uma de questionamento ativo sobre o processo, com base nos elementos de motivação do dispositivo da Lei das Estatais, e de consequente definição de exigências a serem observadas para fins de cumprimento dessa motivação.

2.8.2. “Inviabilidade de processo competitivo”: visão do TCU e uso do elemento para fins de controle

O principal incômodo do TCU está relacionado à falta de abertura do processo de formação de parceria a um maior número de potenciais interessados. O TCU associa a questão da abertura ao mercado à motivação que justifica a inviabilidade do procedimento competitivo e a vantagem da parceria.

No caso da parceria da Telebras e Viasat, a Corte de Contas associou a questão da abertura do processo ao elemento de inviabilidade de procedimento competitivo de forma imprecisa³³⁵.

Também de forma imprecisa, a questão da abertura do processo ao mercado é associada a uma suposta não comprovação de vantagem da parceria formada, já que o TCU afirmou que restou comprovada a justificativa atinente à escolha da Viasat e a configuração da oportunidade de negócio.

pois tira do administrador a avaliação dos conceitos técnicos para identificar uma benéfica oportunidade de negócios, condicionando-se à necessidade de comprovar a inaplicabilidade do regime licitatório” (CHAGAS, Gabriel Costa Pinheiro. *A discricionariedade administrativa nas empresas estatais*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 223-224).

³³⁵ A ambiguidade de reconhecer a necessidade de processo mais flexível, mas não afastar totalmente a possibilidade de se recorrer ao mercado para obter propostas alternativas.

No caso da parceria da ECT e Azul, o TCU associou de forma clara a questão da abertura ao mercado à inviabilidade de processo competitivo.

Há claro regresso da inteligência do TCU entre o caso da Telebras e o caso da ECT: no primeiro, o TCU reconheceu que as parcerias envolvem dinâmica de negociação e que a existência de mais de um interessado não implica necessidade de competição (apesar de ter aludido que as contratações devem se pautar pelos princípios do art. 31 da Lei das Estatais); no segundo, o TCU ignorou esses fatores e já aludiu à necessidade de se resguardar ampla concorrência para formação de parceria, o que poderia ser assegurado via chamamento público.

Entendo que o TCU concebe a inviabilidade de processo competitivo do dispositivo da Lei das Estatais como inviabilidade de se realizar qualquer processo simplificado de seleção, a exemplo do que seria um chamamento público ou o envio de convite para rol mais restrito de potenciais interessados.

Nessa linha, competição equivaleria a qualquer procedimento que colocasse duas ou mais empresas como potenciais candidatos a uma contratação com determinada estatal, independentemente de o objeto da referida contratação poder ser substancialmente distinto em função da parte privada efetivamente contratada.

Considerando que raramente não haverá mais de um potencial parceiro privado interessado, o elemento de inviabilidade de competição permite ao TCU questionar a validade jurídica de qualquer parceria cujo processo não tenha envolvido, em alguma medida, prospecção e consulta junto ao mercado privado.

Até esse ponto, não haveria tanto problema no que tange à flexibilidade procedimental necessária para as estatais.

Os problemas se iniciam a partir do momento em que o TCU, com base na sua concepção de competição, e, conseqüentemente de inviabilidade de competição, começa a fazer alusões ao princípio da ampla concorrência e do art. 31 da Lei das Estatais.

Exemplificativamente, no caso da parceria da ECT, o problema não está ligado ao entendimento atinente ao uso da chamada pública para parcerias, mas, sim, ao fundamento utilizado para justificar tal uso.

Aludir a ampla concorrência pode esvaziar a flexibilidade que estatais teriam com base no art. 28, § 3º, II, da Lei Federal 13.303/2016.

O que deve ser compreendido por ampla concorrência? Regras de licitação pública? Regras análogas a procedimento de desinvestimento? Chamada pública?

O uso do conceito indeterminado referente a “ampla concorrência”, assim como os outros princípios do art. 31 da Lei das Estatais, podem servir de artífice para que a Corte de Contas crie novas exigências não contempladas nessa norma.

Isso gera risco de engessamento excessivo do procedimento de formação de parceria e pode desestimular o interesse tanto do setor privado como do público para a formação de parcerias, principalmente se a corte se prender ao uso do vocábulo de ampla concorrência para guiar futuras análises de parcerias.

Na prática, o TCU reconhece a incompatibilidade entre processos de seleção e a dinâmica inerente à formação de parcerias (parceria entre Telebras e Viasat, e sistemática processual de parcerias do BB).

É essa incompatibilidade que denota a presunção de inviabilidade. No entanto, a Corte de Contas não deixa claro como cumprir o requisito de inviabilidade de competição.

2.8.3. Premissa: inadequação de associação de processos de seleção e prospecção com viabilidade de processo competitivo

A definição do objeto da parceria (oportunidade de negócio) envolve dinâmica de interação, cooperação e interação entre a empresa estatal e os potenciais parceiros.

A construção dialógica do objeto denota que potenciais parcerias não são homogêneas entre si. Nesse contexto, não cabe falar de comparação objetiva e de competição.

Esse é o racional que embasa o Enunciado nº 27 da I JDA: “inviabilidade de competição para concretização de oportunidade de negócios deve ser entendida como impossibilidade de comparação objetiva [...]”.

Esse racional também está presente no Enunciado nº 30 da I JDA, o qual indica que é “possível que, mesmo diante de mais de um interessado, esteja configurada a inviabilidade de procedimento competitivo”.

Com base nesses pontos, entendo que seja equivocado associar chamamento público, convite ou outros processos simplificados de seleção ou sondagem a procedimento competitivo. Esses procedimentos podem ser utilizados para sondar e filtrar potenciais interessados para parceria, cuja definição dependerá de etapa de negociação e diálogo, a qual é incompatível com procedimento competitivo.

Ainda, se todos esses processos forem concebidos como sintomáticos de uma viabilidade de competição, o dispositivo da Lei das Estatais poderia se tornar letra morta. Isto porque, conforme indicado acima, dificilmente haverá situação na qual não será possível

realizar qualquer processo de sondagem e/ou seleção, por mais simplificado ou complexo que seja.

Reflexamente, dificilmente restará configurada a inviabilidade de competição nos termos do art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais e, logo, este não será o fundamento jurídico da parceria a ser formada.

Se a inviabilidade de competição é premissa para a formação de parceria, então como se poderia fundamentar uma parceria nele caso a ampla concorrência seja regra? Se se não é possível cumprir com requisito essencial do dispositivo, como será possível afirmar que uma parceria foi erigida com fundamento nele?

Por essas razões, me parece que a forma para que seja possível cumprir com o dispositivo da Lei das Estatais e usá-lo como fundamento para uma parceria é partir da premissa de que os processos de seleção e prospecção de potenciais parceiros não derivam de uma suposta viabilidade de processo competitivo, mas estão ligados à motivação da oportunidade de negócios, como forma de qualificação e demonstração de sua vantagem.

Vincular o uso de tais processos de seleção e prospecção enquanto meio de cumprir a motivação ligada à oportunidade, e não como corolário de viabilidade de competição, é um caminho para preservar o dispositivo da Lei das Estatais (fundamento jurídico) e tentar afastar análises de tribunais de contas que, ao conceberem tais processos como derivados de viabilidade de competição, suscitam princípios e conceitos abstratos para impor regras que podem tolher a flexibilidade procedimental de empresas estatais.

No próximo capítulo, com base nos casos narrados e procedimentos descritos, exporei o conjunto de melhores práticas e pontos de atenção que mitigam risco de questionamento sobre a validade jurídica de parcerias estratégicas e diminuem as chances de interferência por parte de tribunais de contas.

3. MELHORES PRÁTICAS E PONTOS DE ATENÇÃO

Com base no posicionamento ativo mais recente do TCU sobre parcerias, o art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais, enquanto parâmetro de motivação, reivindica maior cautela por parte de gestores responsáveis pela condução dos processos de formação.

Dos três elementos de motivação, o delineamento da oportunidade de negócio requer atenção especial.

A justificativa acerca das características particulares tende a ser mais simples e o elemento de inviabilidade de procedimento competitivo predica que o objeto da parceria não seja passível de ser colocado em disputa a partir de definição mais ou menos exaustiva de todos os seus elementos relevantes (tal como em uma licitação ou um processo de desinvestimento).

E todos os procedimentos que, em maior ou menor medida, envolvam interação com o setor privado são meios de robustecer a justificativa atinente à oportunidade de negócio, e não podem ser concebidos como competitivos. Do contrário, entendo que o art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais seria esvaziado, pois sempre será possível realizar algum tipo de consulta junto ao setor privado para se verificar alternativas³³⁶.

Na sequência, abordo os principais pontos de atenção e melhores práticas identificados com base nos precedentes do TCU e nos normativos das estatais.

3.1. RESTRIÇÕES QUANTO AO OBJETO DA PARCERIA

O primeiro ponto de atenção claro que se extrai dos precedentes do TCU: desinvestimentos são processados por rito procedimental que equivale a procedimento competitivo.

³³⁶ Luiz Eduardo Altenburg de Assis concebe que o dispositivo da Lei das Estatais realça a inviabilidade de licitação, e, conseqüentemente da aplicação do regime jurídico do Capítulo I do Título II da Lei das Estatais e não necessariamente a inviabilidade de competição (ALTENBURG DE ASSIS, Luiz Eduardo. *Parcerias empresariais público-privadas: as parcerias e outras formas associativas em oportunidades de negócio na lei das estatais*. 2018. 295 Folhas. Dissertação (mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 92). No entanto, entendo que para se sustentar essa conclusão seria necessário ignorar o fato de que o art. 28, § 3º, II, fez alusão à “inviabilidade de procedimento competitivo” (tal como fizeram os dispositivos de inexigibilidade) e não à inviabilidade de “processo licitatório” ou “licitação”.

Tanto TCU como Petrobras concebem os desinvestimentos como procedimento competitivo (Item 2.1.3). A definição do art. 5º do Decreto Federal 9.188/2017 e o entendimento do STF na ADI 5.624³³⁷ ilustram a consolidação de tal concepção.

Com base no caso da alienação da Intesa (Item 2.2.3), não importa para o TCU se o desinvestimento se enquadra como oportunidade de negócio (art. 28, § 4 da Lei das Estatais); se há justificativa clara sobre a parte contratante; se há indícios de que o valor envolvido não é antieconômico; e se a realização de procedimento competitivo não necessariamente resulta em melhor proposta.

A mera configuração de desinvestimento como oportunidade de negócio não é suficiente para fundamentá-lo nos termos do art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais, já que a rigor essa hipótese é compatível com procedimento competitivo, e, reflexamente, não configura a situação de inviabilidade exigida pelo dispositivo legal.

Nada obstante, determinados desinvestimentos podem vir a integrar o escopo de parceria mais ampla, tal como o caso da alienação de participação acionária na Termobahia pela Petrobras (Item 2.1.2). Entendo que, para esses casos, é adequado utilizar o art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais para se processar desinvestimentos. Do contrário, deve prevalecer a fundamentação jurídica com base no art. 29, XVIII, da Lei das Estatais e o uso de regras análogas às do Decreto 9.188, uma vez que nesse caso a alienação é um fim em si mesmo.

Aliás, o próprio TCU reconheceu que a alienação não se configura como desinvestimento nesse cenário (Item 2.1.2).

Desse modo, constato que um dos efeitos práticos do elemento de “inviabilidade de procedimento competitivo”, é afastar o processamento de desinvestimentos com base no art. 28, § 3, II, c/c o § 4º do mesmo dispositivo da Lei das Estatais.

Em reforço a essa assertiva, ressalto posicionamento do TCU que questiona a disciplina uniforme da IN 941 no bojo da análise de desinvestimentos do BB (Item 2.3.2).

A recomendação clara que se extrai do exposto: não processar alienação de participação acionária com base no art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais, salvo se esta for parte integrante de projeto de parceria mais amplo.

Nesse ponto, é interessante citar o PIPESP, no qual há limitação de valor de empresa(s)/ativo(s) *vis-à-vis* ao valor total da transação da parceria estratégica. Tal limite não deve superar 20% do referido valor total da transação, salvo em casos excepcionais,

³³⁷ Trecho da Ementa do Acórdão do Referendo na Medida Cautelar na ADI 5.624/DF. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.624/DF*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, Data de julgamento 06/06/2019).

circunstância nas quais deverá haver justificativa e aprovação da Diretoria Executiva (Itens 1.6.39 e 8.21.1).

Essa limitação aliada à previsão de que Acordos Estratégicos devem versar apenas indiretamente sobre aquisição/alienação de empresa/ativo serve para evitar que o principal objeto da parceria seja uma transação de compra e venda acionária.

Entendo que essa preocupação se liga ao risco de evitar a descaracterização da singularidade referente ao objeto da parceria e do uso artificial da parceria para realização de desinvestimento sem atenção ao rito competitivo aplicável³³⁸.

Ademais o próprio PIPESP veda que subsidiárias integrais da Petrobras possam ser envolvidas em negociações para fins de alienação (parcial ou total) (Item 1.6.40).

O segundo ponto de atenção: evitar que a oportunidade de negócio seja estruturada em função da intenção de viabilizar contratação direta nos termos do art. 29, XI, da Lei das Estatais.

A situação na qual parceria societária cujo controle acionário não pertença à estatal é grave nesse cenário, de modo que há precedente que determinou o desfazimento da Braxis, parceria entre CEF (CaixaPar) e Capgemini (Item 2.4.2).

Por outro lado, caso o controle acionário pertencesse à estatal, seria possível cogitar sobre o enquadramento da parceria societária no dispositivo de dispensa. No entanto, penso que daí derivariam discussões acerca do rigor do processo de seleção para a parceria, já que uma empresa privada passaria a ter contratos, cujo acesso sob outra circunstância dependeria de licitação³³⁹.

O terceiro ponto de atenção: não enquadrar contratação de assessorias especializadas com base no art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais.

O TCU deixa claro no precedente do BNDES que é juridicamente inviável o enquadramento de tal tipo de contratação como uma parceria para o uso do dispositivo da Lei das Estatais.

Enfim, a contratação direta de empresa, resultante de parceria societária, pela estatal, e a contratação de assessores especializados não podem integrar escopo de parcerias estratégicas, enquanto o desinvestimento não pode corresponder ao principal propósito da parceria estratégica, sob risco de serem consideradas inválidas.

³³⁸ Caso se trate de uma empresa/ativo da Petrobras, deve ser aplicada a sistemática de desinvestimentos da Petrobrás e não o PIPESP.

³³⁹ Não é objeto desse trabalho a análise sobre a validade jurídica de ter esse propósito como objetivo principal de parceria. Entendo que até seria possível, mas há risco, sobretudo quando não houver uma consulta mais ampla no mercado para a formação da parceria.

3.2. CRITÉRIOS PARA CARACTERÍSTICAS PARTICULARES, OPORTUNIDADE DE NEGÓCIO E PROCEDIMENTOS

Com base nos normativos da Petrobras (PIPESP), Eletrobras (Manual SPE) e RLC-CEF, os principais critérios que balizam a análise de características particulares dizem respeito à: (i) reputação da empresa: posição na indústria, práticas de governança corporativa, idoneidade e atendimento à legislação anticorrupção; (ii) capacidade técnica e econômica: extensão de recursos humanos e financeiros, acesso a soluções tecnológicas melhores e inovadoras e experiências anteriores.

Sem perder de vista que a oportunidade de negócio também é moldada pelo potencial parceiro, os principais pontos para delinear seu objeto (escopo e formatação) e justificar a vantagem que representa são: (i) potenciais benefícios, com foco em aquisição de conhecimentos estratégicos e intercâmbio tecnológico e/ou criação de novas frentes de geração de valor; (ii) alinhamento da oportunidade com o plano de negócios da estatal; (iii) definição de investimentos, custos operacionais e outros valores relevantes; (iv) definição de percentuais acionários e estrutura de governança corporativa (no caso de parceria societária); (v) ganhos de competitividade e sinergia.

A alta administração da estatal (diretoria ou conselho de administração) deve atuar desde o início do procedimento para fins de prospecção de potenciais parceiros, definição dos critérios relevantes para análise de características particulares e definição da oportunidade de negócios.

Tanto no PIPESP como no Manual SPE, há previsão de participação da alta administração dessas empresas no processo, aumentando o controle da aderência das parcerias aos planos de negócio.

A partir de uma definição mais ou menos precisa sobre o objeto da parceria, é possível calibrar as características particulares. Isso é relevante para se definir a amplitude da sondagem de mercado que a estatal deve realizar para motivar a vantagem da parceria.

A inviabilidade de competição presumida não exclui automaticamente a viabilidade de processo de seleção.

Desse modo, a maior ou menor abertura ao mercado seria meio de se robustecer a motivação acerca da escolha do parceiro e da oportunidade de negócio (e sua vantajosidade), e não deve ser relacionada a uma suposta viabilidade de processo competitivo.

Ainda, a dissociação entre consulta ao mercado e processo competitivo, seria meio para rechaçar análises de órgãos de controle que se alicercem em princípios típicos de processos de licitação. Ao se estabelecer essa dissociação, entendo que, teoricamente, seria desprovido de sentido recorrer a tais princípios quando não está em pauta uma discussão de processo competitivo.

Com base nos procedimentos da Eletrobras e da CEF, se identifica como uma melhor prática o uso de chamadas públicas para consultar o mercado sobre interesse em parcerias.

No caso da Eletrobras (pelo menos no âmbito de Furnas), há o uso de chamada pública preliminar para a formação de cadastro permanente de possíveis interessados.

Entendo que o uso de chamada pública pressupõe maior grau de pré-definição do objeto e da formatação da parceria, o que reflexamente tende a diminuir margem de negociação referente a tais pontos.

Assim, para casos de menor complexidade, me parece que a chamada pública é ideal. Por outro lado, para casos de maior complexidade, o uso de chamada pública pode se tornar empecilho e comprometer a celeridade para a formação de parceria cujo objeto dependa de uma etapa dialógica mais sensível para a qual a participação de um maior número de participantes pode ser prejudicial e soterrar negociação(ões) em curso.

Nesse cenário, me parece viável o uso de convite para rol mais restrito, tal como o BB fez para as parcerias que celebrou antes da Lei das Estatais (Item 2.6.1). Conforme sua sistemática processual, o BB compartilha materiais informativos e memorando de entendimentos junto a potenciais parceiros mediante assinatura de termo de confidencialidade, sendo que não consta (da descrição feita a partir de decisão do TCU) uma obrigação de se publicar amplamente aviso sobre a disponibilização de tais materiais.

A estruturação do objeto da parceria e a definição dos aspectos econômico-financeiros envolvidos fica sujeita a menor risco de questionamento de validade jurídica quando a estatal se valer de instrumento para consultar potenciais parceiros. E quanto mais ampla for tal consulta, menor se torna o risco de questionamento. Reflexamente, mais engessado se torna o processo e maior o risco de insucesso.

A partir de uma primeira seleção com as empresas que demonstrem interesse na parceria, boa prática interessante seria celebrar memorando de entendimentos para balizar as negociações, e divulgá-lo para o mercado, tal como no PIPESP. Ainda, qualquer tipo de seleção deve ser embasada por nota técnica.

Uma possibilidade para gestores seria se valer do rito do diálogo competitivo, modalidade de licitação instituída pela Lei Federal 14.133/2021, a qual envolve a (i)

publicação de um primeiro edital para sondar interessados; (ii) etapa de diálogo; (iii) publicação de novo edital para início de fase competitiva; (iv) avaliação de propostas e seleção do vencedor.

No entanto, considerando que a parceria é formada em cenário de inviabilidade de competição e que as estatais devem desfrutar de margem de flexibilidade para o processo de formação, tal rito pode ser adaptado de modo que não precisa se ater aos pontos do referido diploma normativo, sobretudo à etapa que predica a publicação de novo edital para “competição” após a fase de diálogo.

Sob o aspecto econômico, análises econômicas para embasar os valores da transação ligada à formação da parceria são uma melhor prática relevante. Elas auxiliam na definição dos aspectos econômico-financeiros da oportunidade de negócio.

Tomando o PIPESP e as operações do Banco do Brasil analisadas pelo TCU (Item 2.3.1) como parâmetro, as estatais devem contratar assessores para elaboração de relatórios econômicos (*fairness opinion* e *valuation report*). O D-279 da Telebras também estipula como diretriz a contratação de consultorias externas para auxiliar na modelagem da parceria.

Outra melhor prática que se extrai do PIPESP e do D-279 diz respeito à segregação interna de funções nas estatais. Uma divisão de tarefas entre unidades distintas para análises econômicas, análises técnicas pertinentes ao objeto da parceria, e para interações e negociações com o potencial parceiro.

Normas de direito privado oriundas dos arts. 153 ao 160 da Lei 6.404/1976 também são uma melhor prática a ser observada que se extrai da análise do TCU referente à reestruturação da Serra do Facão por Furnas e do D-279.

O envolvimento do corpo jurídico da estatal para analisar o processo de formação é crucial, sobretudo para se fundamentar a situação de inexigibilidade e a vantagem inerente à oportunidade de negócio.

O D-279 indica questões de sigilo, questões estratégicas/comerciais, incompatibilidade de prazos licitatórios com a celeridade e dinamismo de contratações empresariais e a impossibilidade de definição adequada para fins de licitação em função da complexidade do objeto da parceria, como hipóteses para justificar a inviabilidade de procedimento competitivo.

Entendo que todos esses elementos tendem a estar presentes no processo de formação de parcerias: a indefinição do objeto da parceria ligada a assuntos estratégicos da estatal, cujo delineamento depende de negociações em um mercado dinâmico e requer sigilo.

As negociações representam construção dialógica do objeto da parceria, o que é incompatível com procedimento competitivo. Toda negociação para melhor delineamento do objeto é ramificação da situação de singularidade da parceria cujas principais balizas já foram desenhadas.

Portanto, não há como se cogitar sobre a adequação de procedimento competitivo nesse caso. Basta à análise jurídica refletir e contextualizar esses elementos no caso concreto para que fique clara a situação de inexigibilidade.

Para a questão da vantagem, a sondagem de interessados (seja por convite ou chamamento público) facilita a tarefa de a análise jurídica de demonstrar a vantagem da parceria.

Pelo fato de a oportunidade ser modelada a partir do potencial parceiro, uma sondagem mais ampla ajuda a explicitar a vantagem de forma comparativa. Por outro lado, quanto maior a sondagem maior o ônus para se justificar a escolha de um parceiro em detrimento dos outros.

Outro ponto de atenção relevante para os casos de parcerias societárias: celebração de acordo de acionistas para resguardar determinadas prerrogativas à empresa estatal³⁴⁰.

Seja para casos nos quais ocorra o advento de nova estrutura societária ou de aquisição de participação acionária de empresa privada já existente³⁴¹, qualificar a participação acionária minoritária estatal, por meio de acordo de acionistas, é importante para proteger os interesses e evitar que a estatal seja mera coadjuvante na relação de parceria.

Assim, entendo que o acordo de acionistas é elemento importante que integra a justificativa atinente à oportunidade de negócio.

³⁴⁰ “O mecanismo da participação estatal no capital de empresas que não integram a Administração Pública, portanto, demanda que o Estado possua alguns poderes passíveis de controlar certos aspectos da atividade da sociedade, de modo a orientá-la aos objetivos que justificaram a presença estatal. Daí a possibilidade de instituição de mecanismos que confirmem poderes específicos ao sócio estatal, tais como (i) poder de veto de determinadas matérias, (ii) celebração de acordo de acionistas que confira ao sócio estatal certas prerrogativas, (iii) criação de ações de classe especial (golden shares), que atribuam determinados poderes ao ente estatal que integra a sociedade, entre outros” (SCHWIND, Rafael Wallbach. A participação de empresas estatais no capital de empresas privadas que não integram a administração pública. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal (coord). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: lei 13.303/2016 (livro eletrônico). ed. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016).

³⁴¹ Entendo que seria possível a formação de parceria por meio de aquisição da participação acionária majoritária pela estatal. No entanto, esse tipo de situação pode comprometer a capacidade de atuação da empresa adquirida, na medida em que ela se tornaria sujeita ao regime da Lei das Estatais.

4. CONCLUSÕES

A Lei Federal 13.303/2016 colocou em evidência o tema das parcerias entre estatais e empresas do setor privado.

O tema não é novo. Nova é a percepção sobre o assunto a partir do art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais, o qual é concebido por parte da doutrina como hipótese que afasta licitação, distinta da inexigibilidade e da dispensa.

Os precedentes analisados no trabalho denotam que as parcerias eram fundamentadas em inexigibilidade de licitação, anteriormente à Lei das Estatais.

E pelo fato de a demonstração das características particulares, a configuração da oportunidade de negócio e a inviabilidade de procedimento competitivo serem necessárias para se motivar a parceria, de forma similar aos elementos de motivação de contratações via inexigibilidade, entendo que o dispositivo da Lei das Estatais nada é mais que uma hipótese específica de inexigibilidade.

Da mera leitura da nova norma, não é possível afirmar que houve alguma mudança no procedimento exigido para a formação de parcerias. Por outro lado, é claro o advento de um fundamento específico de inexigibilidade que, junto ao art. 2º, § 3º, da Lei das Estatais, flexibilizou o permissivo legal para a formação de parcerias que envolvessem a criação de novas subsidiárias e a aquisição de participações acionárias em empresas privadas, já que não é mais necessária edição de leis veiculando autorizações (genéricas ou específicas) para que determinadas estatais criem subsidiárias e/ou se associem (direta ou indiretamente) ao setor privado por meio de parcerias.

Todavia, o TCU passou a adotar nova postura após a edição da Lei das Estatais relativamente às exigências a serem cumpridas nos procedimentos para a formação de parcerias.

Antes, a Corte de Contas não havia se preocupado propriamente com o processo de formação, mas apenas com questões específicas que poderiam macular o processo como um todo (por exemplo: parcerias do setor petroquímico da Petrobras, reestruturação societária da Serra do Facão, casos do BPAN, Braxes e Branes, e operações do BB com base na Lei Federal 11.908/2009). Nessa linha, o TCU nunca havia realizado análise holística do cumprimento dos requisitos de motivação da inexigibilidade.

Havia uma margem de liberdade maior para gestores de empresas estatais. A exceção a esse posicionamento foi a determinação feita à Furnas para que fosse editado normativo

para regerar a constituição de SPEs em parceria com o setor privado (caso da auditoria operacional de Furnas, julgado em 2015).

Os casos de formação de parcerias analisados pelo TCU, com base no art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais (caso Telebras/Viasat e ECT/Azul), revelam posicionamento mais ativo e preocupação sobre o processo como um todo. Somada à análise da alienação da Intesa, fica claro que o TCU passa a analisar o cumprimento dos requisitos/elementos de motivação para fundamentar a celebração de parcerias com base na Lei das Estatais, algo que não era feito anteriormente em relação à “mera” inexigibilidade, fundamento para a formação de parcerias até então.

Parece que a regra abriu espaço para um controle mais forte, pois o TCU passou a usar os elementos de motivação do art. 28, § 3º, II, da Lei Federal 13.303/2016 para apontar seu ponto de vista sobre as parcerias e, conseqüentemente, influir na decisão dos gestores públicos. Isto está claro nos acórdãos que listaram requisitos para a formação de parcerias, os quais não estão expressamente contemplados na Lei das Estatais (casos das parcerias da Telebras e da ECT, e da análise da sistemática processual do BB).

Quanto às características particulares do potencial parceiro, o TCU não chega a discutir com maior profundidade os elementos para sua configuração.

No caso do SGDC, o TCU reputou justificada a escolha da Viasat, com base em uma nota técnica da própria Telebras que indicou as premiações da empresa, a sua experiência e amplitude de seu atendimento, o fato de possuir contratos com outros governos, e a maturidade e capacidade de seu sistema.

A qualificação da capacidade técnica foi o foco para o TCU concordar que a Telebras logrou a comprovar as características particulares da Viasat.

Ocorre que quanto a esse ponto remanesceu indefinição, pois o TCU aponta as características particulares como meio de se comprovar a superioridade do parceiro frente a outros interessados, e já indica que era possível realizar negociações simultâneas. Não fica definido como se comprovar características particulares de potencial parceiro sem uma análise comparativa com outros interessados para se denotar a superioridade do parceiro selecionado.

Quanto ao delineamento da oportunidade de negócio, as diretrizes mais claras que surgem são: (i) desenquadramento da hipótese de desinvestimento (puro) do conceito de oportunidade de negócio para fins de uso do art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais; (ii) inviabilidade de concepção de oportunidade de negócio tendo como principal objetivo o uso

da empresa derivada de uma parceria societária para fins de contratação direta com a parceira estatal.

Porém, o principal incômodo do TCU se relaciona à falta de abertura do processo a um maior número de potenciais interessados na parceria, o que revelaria suposta falha na motivação que justifica a inviabilidade de procedimento competitivo e a vantagem da parceria.

Uma estratégia de controle, a partir do dispositivo da Lei das Estatais, se forma. E o TCU exara decisões com conteúdo ambíguo nas quais reconhece a importância de processo mais flexível para a formação de parcerias, mas por outro lado, não afasta totalmente a possibilidade de se recorrer ao mercado para obtenção de propostas alternativas.

O TCU passa a fazer alusão a conceitos típicos de processos competitivos (ampla concorrência e impessoalidade) para impor requisitos que não constam expressamente da Lei das Estatais. Além disso, no caso da parceria entre ECT e Azul, crava que a participação de interessados deve ser a mais ampla possível.

Nesse sentido, a existência de mais de um potencial parceiro já ensejaria a necessidade de algum processo de seleção, concebido pelo TCU como consequência de uma suposta viabilidade de processo competitivo. Nesse cenário, não restaria configurada a inviabilidade de procedimento competitivo para o TCU.

Tais fatores e entendimentos podem esvaziar a flexibilidade das estatais e o próprio dispositivo da Lei Federal 13.303/2016, enquanto fundamento jurídico da parceria.

Paralelamente, o TCU intensifica seu controle sobre projetos de parceria, já que passa a manter sob seu radar projetos por meio de acompanhamentos. Exemplificativamente, cito o acompanhamento do Projeto Lotus da Petrobras e dos processos de parceria da Caixa Cartões Holding, além da solicitação de que lhe fosse dado conhecimento sobre qualquer projeto de parceria aprovado para prosseguimento pelo Conselho Diretor ou outra instância decisória competente do BB.

Se o objetivo do art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais era gerar maior segurança ao procedimento de formação de parceria, a partir de previsão expressa, – conforme conceberam as justificativas das emendas ao PLS 555, – o que é possível afirmar é que ele gerou um efeito inesperado, o de abrir espaço para um controle mais intenso do TCU sobre o mérito das parcerias.

Ainda, em uma análise de impacto legislativo restrita ao dispositivo, entendo que ele aumentou a insegurança quanto ao processo de formação de parcerias, com base na ocupação do referido espaço de controle pelo TCU.

Isso deve inspirar maior cuidado para a formação de parcerias, já que a validade jurídica de sua constituição pode ser colocada em xeque e as condições econômicas da parceria podem ser questionadas.

Não há guia definitivo para a formação de parcerias³⁴², tanto que o próprio normativo da Petrobras (Item 1.5) e o Manual de SPE da Eletrobras (Item 3) destacam a necessidade de atualização e aprimoramento contínuo das práticas atinentes à formação de parcerias.

As melhores práticas indicadas no trabalho foram extraídas a partir dos casos analisados pelo TCU e dos normativos das estatais, os quais foram em boa medida influenciados pela atuação do TCU.

O envolvimento da alta administração das companhias estatais desde o início do processo para fins de definição dos critérios para seleção do parceiro e delineamento da oportunidade de negócio e também para avaliação e manifestação em etapas intermediárias que correspondam a pontos de filtragem no processo (além da deliberação final), a não incidência nas hipóteses restritivas de oportunidade de negócio supracitadas (desinvestimentos puros e contratação direta), e o uso de algum procedimento de prospecção ou seleção simplificado são os principais requisitos/etapas que se extraem da jurisprudência do TCU.

Ponto relevante que deve ser tratado nos processos de formação diz respeito à dissociação entre a realização de procedimentos de prospecção e seleção junto ao mercado e o requisito de inviabilidade de procedimento competitivo. Trata-se de diretriz que deve ser construída e consolidada. Os Enunciados nº 27 e 30 da I JDA do STJ servem de fundamento para amparar a construção de tal diretriz.

Entendo que a inviabilidade de procedimento competitivo pode ser presumida na formação de parcerias, já que essas não são homogêneas entre si, e seu objeto e formatação pressupõem etapa dialógica que envolve interação, cooperação e negociação com as empresas privadas.

Nessa linha, eventuais sondagens, consultas e chamamentos junto ao mercado não devem ser reputadas como corolário de uma suposta viabilidade de competição, mas, sim, como forma de se qualificar a motivação da própria oportunidade de negócio e das características particulares do parceiro privado.

³⁴² Nesse mesmo sentido, é a posição de Luiz Altenburg que indica a ausência de “padrão ideal de procedimento” (ALTENBURG DE ASSIS, Luiz Eduardo. *Parcerias empresariais público-privadas: as parcerias e outras formas associativas em oportunidades de negócio na lei das estatais*. 2018. 295 Folhas. Dissertação (mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 221).

Ao afastar os referidos procedimentos de prospecção e consulta do conceito de inviabilidade de competição, a alusão a princípios abstratos típicos de processos competitivos ficaria desprovida de sentido e o risco de interferência sobre os gestores com base neles seria mitigada.

Me parece que o TCU deveria trilhar caminho similar quando da análise de casos de formação de parcerias e evitar o uso do requisito de inviabilidade de competição como um meio de invocar princípios para impor seu entendimento em detrimento do entendimento dos gestores das estatais. Do contrário, tende a permanecer o conteúdo ambíguo das decisões do TCU e a prevalecer o cenário de insegurança jurídica.

O reconhecimento da flexibilidade necessária para a formação de parcerias deveria guiar a corte de contas, de modo que o controle deveria se restringir a auditorias operacionais que façam recomendações de melhoria procedimental e que as determinações se limitem aos casos nos quais haja claras falhas de motivação ligadas à seleção do parceiro e ao desenho da oportunidade de negócio.

Enfim, as melhores práticas podem ser replicadas por outras estatais e a diretriz ligada à dissociação entre procedimentos de prospecção e seleção junto ao mercado explorada na construção da motivação de seus processos de formação de parcerias para diminuir o risco de interferência e questionamento da validade jurídica de tais parcerias por tribunais de contas, e quem sabe garantir que o processo fique o mais próximo possível do ideal de flexibilidade para fins de atuação paritária com o setor privado nos termos do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTENBURG DE ASSIS, Luiz Eduardo. *Parcerias empresariais público-privadas: as parcerias e outras formas associativas em oportunidades de negócio na lei das estatais*. 2018. 295 Folhas. Dissertação (mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. Ed. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresa público-privada. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord). *Empresas públicas e sociedades de economia mista*. Belo Horizonte: Fórum. 2015.

BANCO DO BRASIL. *Regulamento de licitações e contratos do Banco do Brasil S.A.* [s.l.], 2018. Disponível em: <https://www.bb.com.br/docs/pub/siteEsp/dilog/dwn/rlbb.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.624/DF*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, Data de julgamento 21/05/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6424 DF*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, Data de julgamento 25/04/19, Data de publicação: DJe-089 30/04/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1649-1*. Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, Data de Julgamento 24/03/2004.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Sest). *Boletim de Empresas Estatais Federais*. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-das-empresas-estatais-federais>. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Emenda ao Projeto de Lei 555*. Brasília, [s.d], p. 5. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122838>. Acesso em: 04 mar. 2021.

BRASIL. Senado Federal. Gabinete do Senador Tasso Jereissati. Parecer nº 1.188, de 2015. De Plenário, sobre as emendas apresentadas ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 555 (...). Brasil: DF, [2016?]. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LKtgHZpMBAJ:https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento%3Fdm%3D4159126%26disposition%3Dinline+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 05 out.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1744/2021. Processo TC 368481/21*. Rel. Min. Rel. Walton Alencar, Plenário, Data de julgamento 21/07/2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 460/2021. Processo TC 006.211/2021-6.* Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de Julgamento 10/03/21.

Brasil. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1644/2021. Processo TC 046.650/2020-2.* Rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, Data de julgamento 02/02/2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3230/2020. Processo TC 018.149/2020-0.* Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 02/12/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 871/2020. Processo 015.759/2019-9.* Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 08/04/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 585/2019. Processo TC 000.452/2018-1.* Rel. Min. Ana Arraes, Plenário, Data de julgamento 20/03/2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2696/2019. Processo TC 002.665/2011-5.* Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, Data de julgamento 06/11/2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2570/2009. Processo 030.037/2008-7.* Rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, Data de julgamento 04/11/2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2446/2019. Processo TC 000.452/2018-1.* Rel. Min. Ana Arraes, Plenário, Data de julgamento 09/10/2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1797/2019 – Processo nº TC 029.884/2012-8,* Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de Julgamento: 31/07/2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2090/2019. Processo nº TC 033.668/2012-4.* Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Data de julgamento 04/09/2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1170. Processo nº TC 022.981/2018-7.* Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, Data de julgamento 22/05/2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1220/2016. Processo 003.330/2015-0.* Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de Julgamento 15/05/2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acompanhamento (ACOM) 014.566/2017-6.* Rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, Data de julgamento: 13/03/2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 477/2019.* Rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, Data de julgamento: 13/03/2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 114/2019. Processo TC 022.981/2018-7.* Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, Data de julgamento 30/01/2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Auditoria (RA) 023.736/2014-3.* Rel. José Múcio Monteiro, Plenário, Data de julgamento 14/11/2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.488/2018. Processo TC 022.981/2018-7.* Rel. Min. Benjamin Zymler. Plenário, Data de julgamento 31/10/2018.

Brasil. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1765/2018. Processo TC 031.986/2017-0*. Rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, Data de julgamento 01/08/2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 997/2018. Processo TC 008.435/2017-0*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 23/05/2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2645/2017. Processo 003.102/2017-3*. Rel. Min. José Mucio Moteniro, Plenário, Data de julgamento 29/03/2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 442/2017. Processo TC 013.056/2016-6*. Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, Data de julgamento 15/03/2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 3166/2016. Processo TC-013.056/2016*. Rel. Min. José Múcio Monteiro, Plenário, Data da Sessão: 7/12/2016, AC-3166-50/16-P.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1973/2016. Processo TC 017.417/2015-5*. Plenário, Data de publicação 03/08/2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2322/2015. TC 021.932/2014-0*. Min. Rel. Vital do Rêgo, Plenário, Data de julgamento 16/09/2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1362/2015. Processo 002.564/2011-4*. Rel. Min. Raimundo Carreiro, Plenário, Data de julgamento 03/06/2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1985/2015. Processo 001.577/2015-8*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, data de julgamento 12/08/2015, item 9.2.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 894/2015. Processo 033.668/2012-4*. Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, Data de julgamento 22/04/2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1692/2014. Processo 002.665/2011-5*. Rel. Min. Raimundo Carreiro, Plenário, Data de Julgamento 25/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1760/2013. Processo 007.300/2012-3*. Rel. Min. Valmir Campelo, Plenário, Data de julgamento 10/07/2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *TC 032.090/2010-2*. Rel. Min. José Múcio Monteiro, Data de Julgamento 15/06/2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão nº 803/98. Processo nº013.674/97- (TC 013.674/97-8 - Apenso: TC 013.949/97-7)*. Rel. Min. Bento José Bugarin, Plenário, Data de julgamento 18/11/1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 412-413, 417 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord). *Empresas públicas e sociedades de economia mista*. Belo Horizonte: Fórum. 2015.

BITTENCOURT, Sidney. *A nova lei das estatais: novo regime de licitações e contratos nas empresas estatais*. São Paulo: JH Mizuno, 2017.

BRAGA, André de Castro O.P. O tribunal de contas da união impõe obstáculos à inovação no setor público? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade*. 1. ed. São Paulo: Almedina, p. 365-402, 2020.

BRITO, Pedro Eduardo Fernandes. *Chamada pública para a formação de parcerias societárias entre os setores público e privado: superando incertezas e promovendo a transparência*. 2017. 106 Folhas. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF). *Oportunidade de investimento*. [s.l], [s.d]. Disponível em: http://www.caixa.gov.br/Downloads/caixa-governanca/Teaser_Pre_Pago_Jan20.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A. - ELETROBRAS. *Regulamentação*. [s.l], 2017. Disponível em: <https://eletrobras.com/pt/Paginas/Regulamentacao.aspx>. Acesso em: 13 set. 2021.

CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A. – ELETROBRAS. *Manual de SPE versão 3.0*. [s.l], 2017. Disponível em: http://www.eletrosul.gov.br/files/files/Manual%20SPE_v3%200_vfinal.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

CHAGAS, Gabriel Costa Pinheiro. *A discricionariedade administrativa nas empresas estatais*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

COSTA, Diego Vasconcelos; BAUMANN, Marcelo Lindos; SANTOS, Isabel Luiza dos. Afastamento das regras sobre licitação efetiva função social das estatais. *Conjur*, [s.l], 17 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-17/opinioao-liberar-estatais-licitacao-efetiva-funcao-social>. Acesso em: 13 set. 2021.

COUTINHO, Diogo R.; MESQUISA, Clarissa Ferreira de Melo; NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas. *Revista direito GV*, vol. 15, no. 1. São Paulo, 2019 (disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000100200&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)

COUTINHO, Diogo R. O direito no desenvolvimento econômico. *Revista Brasileira de Direito Público – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, jul./set. 2012.

CORREIOS. *Licitações e contratos*. [s.l], 2021. Disponível em: <https://www.correios.com.br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratos-1/regulamento-de-licitacoes-e-contratacoes-dos-correios>. Acesso em: 13.set 2021.

DAL POZZO, Augusto Neves; FACCHINATO, Renan Marcondes. Contratos na lei das empresas estatais. In: DAL POZZO, Augusto; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

ELETROBRAS. Eletrobras Furnas. Chamada Pública, Novas oportunidades de negócios (...) Rio de Janeiro, 09 de jul. 2013. Disponível em:

<https://www.furnas.com.br/noticiasfurnasnet/noticias/16/Procedimentos%20para%20Sele%C3%A7%C3%A3o%20de%20Empresas.pdf>. Acesso em: 05 out.2021.

ELETROBRÁS FURNAS. *Novas oportunidades de negócios - Leilão 02/2019*. Rio de Janeiro, [s.d]. Disponível em: <https://www.furnas.com.br/subsecao/281/novas-oportunidades-de-negocios---leilao-022019?culture=pt>. Acesso em: 13 set. 2021.

ELETROBRÁS FURNAS. *Procedimentos para seleção de potenciais parceiros*. Rio De Janeiro, [s.d]. Disponível em: <https://www.furnas.com.br/subsecao/168/procedimentos-para-selecao-de-potenciais-parceiros?culture=pt>. Acesso em: 13 set. 2021.

FERRAGUT PASSOS, Maria Eugênia. A atuação dos órgãos de controle junto às empresas estatais: limites e peculiaridades. In: MACHADO, Eloísa (Coord.). *Controle da administração pública*. São Paulo: FGV Direito SP, 2014, pp. 117-135.

FERRAZ, Sérgio. *Comentários à lei das estatais (lei 13.303, de 30.6.2016)*. São Paulo: Malheiros, 2019.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da lei 13.303/2016 – lei das estatais*. Belo Horizonte: Fórum. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARCATO, Fernando S.; SARAGOÇA, Mariana. Parcerias estratégicas entre empresas públicas e privadas no setor de infraestrutura. In: MARCATO, Fernando S.; PINTO JUNIOR, Mario Engler (Coord.) *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 149-193 (Série GVlaw).

MARQUES NETO, Floriano Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Empresas estatais e parcerias institucionais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 272, p. 59-92, maio/ago. 2016.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], p. 43–61, 2018, p. 45. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649>. Acesso em: 01 set. 2021.

MENDONÇA, José Vicente; BORGES, Daian. Parcerias estratégicas das estatais: aplicação e controle do art. 28, §3º, II, da Lei das Estatais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 97-109, jul./set. 2020.

MOTTA, Fabrício. Empresas estatais. In: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia; MOTTA, Fabrício (Coord.). *Tratado de direito administrativo: administração pública e servidores públicos*. v. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 215-261.

NIEBUHR, Joel de Menezes. O regime jurídico das oportunidades de negócios para as estatais. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN Filho, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães

(Org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) (defensor do estado de direito)*. São Paulo: Malheiros, 2017.

PEIXOTO, Pedro Ivo. *Regulamentos de licitações editados sob a lei 13.303/2016: instrumentos de inovação ou de repetição?* 2018. 83 Folhas. Dissertação (Mestrado). Escola Brasileira De Administração Pública e de Empresas, Rio de Janeiro, 2018.

PEREIRA JUNIOR. Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. A lei das estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos? *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, n. 141, p. 84-105, jan./abr. 2018.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto; HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei das Empresas Estatais - Lei 13.303/16*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PETRÓLEO BRASILEIRO S.A (PETROBRÁS). Padrão para Implementação de Parcerias Estratégicas do Sistema Petrobrás (Parte Integrante do Padrão SINPEP PP-1PBR-00377-D). Rio de Janeiro, [2019]?

PETROBRÁS. *Regulamento de licitações e contratos da Petrobrás (RLCP)*. [S.L], 2018. Disponível em: https://canalprovedor.petrobras.com.br/media/filer_public/fc/62/fc62e81b-7a2a-44da-9dba-bd5463d2d7db/cartilha-rlcp_rev01.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

ROSILHO, André. *Licitação no brasil*. Malheiros: São Paulo, 2013.

SAADI Lima, Mário. *Empresas semiestatais*. Belo Horizonte: Fórum. 2019.

SAADI, Mário; DEGUIRMENDJIAN, Juliana. Parcerias empresariais de bancos estatais: a necessidade de procedimento de tomada de decisão. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, p. 211-224, jan./mar. 2019.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; FIDALGO, Carolina Barros. O artigo 28 da lei das estatais e as hipóteses de contratação vinculadas ao objeto social da empresa estatal e às oportunidades de negócio. *Revista Digital da ESA OAB-RJ*, Vol. 3, Ano 3, p. 1215-1241. 2021.

SCHWIND, Rafael Wallbach. A participação de empresas estatais no capital de empresas privadas que não integram a administração pública. In: JUSTEN FILHO, Marçal (coord). *Estatuto jurídico das empresas estatais: lei 13.303/2016 (livro eletrônico)*. ed. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *O estado acionista; empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*. São Paulo: Almedina, 2017.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

STROBEL GUIMARÃES, Bernardo *et al.* *Comentários à lei das estatais (lei nº 13.303/2016)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

STROBEL GUIMARÃES, Bernardo. A participação de empresas estatais no capital de empresas controladas pela iniciativa privada: algumas reflexões. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Menezes Dias de; [et alii.]. *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

ARI SUNDFELD, Carlos. Incerteza nas contratações estatais: estratégia do controle público ainda em desenvolvimento?. *REVISTA ELETRÔNICA DA PGE-RJ*, [S. l.], v. 1, n. 1, 2018. Disponível em: <http://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/17>. Acesso em: 20 jul. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. Onde está o princípio universal da licitação? In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo. Malheiros. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; MONTEIRO, Vera. Os projetos de infraestrutura com participação minoritária de empresa estatal e o problema da concessão de garantias. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 45, p. 33-45, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.) *Tribunal de contas da união no direito e na realidade*. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2020.

TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S.A. (TELEBRAS). *Licitações e contratos*. Brasília, [s.d]. Disponível em: <https://www.telebras.com.br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratos/>. Acesso em: 13 set. 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de; BARCELOS, Dawison. Da não observância das regras licitatórias das estatais (lei nº 13.303/2016). *Jus*, Teresina, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61192/da-nao-observancia-das-regras-licitatorias-na-nova-lei-das-estatais-lei-13-303-2016>. Acesso em: 09 jan. 2021.