

**FGV Direito SP  
Mestrado Profissional**

**Processo de Formação de Parcerias Empresariais por Empresas Estatais**

**Raul Dias dos Santos Neto**

Projeto de pesquisa apresentado ao  
Mestrado Profissional da FGV Direito SP,  
**Orientadora: Vera Monteiro**

**São Paulo  
2019**

## 1. TEMA, CONTEXTO, E DELIMITAÇÃO DE ESCOPO

O art. 173 da Constituição Federal predica que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente poderá ocorrer nas hipóteses nas quais estejam presentes “imperativos da segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo”. O § 1º do dispositivo constitucional implica necessidade de constituição de empresa estatal, sob a forma de empresa pública ou sociedade de economia mista, para o efetivo desempenho de atividade econômica específica.

A descentralização administrativa serve para criação de unidade organizacional com capacidade de autogestão, de modo a impor condições que torne o Estado apto a competir em paridade com o setor privado. Depreende-se tal racional a partir do inciso II, do § 1º, do art. 173 da Constituição Federal.<sup>1</sup>

Por sua vez, o art. 37, incisos XIX e XX, da Constituição Federal, estabelecem a forma de criação de empresas estatais e de subsidiárias de empresas estatais, e de viabilização de participações em empresas privadas.<sup>2</sup>

O tema do trabalho contemplado por este projeto dialoga com tais dispositivos de matriz constitucional na medida em que trata sobre as formas de interação entre empresas estatais e privadas para formação de parcerias.

Mais especificamente, o trabalho diz respeito às parcerias descritas pelo art. 28, §3º, II, da Lei Federal 13.303/2016 (Lei das Estatais),<sup>3</sup> dispositivo que instituiu hipótese de inaplicabilidade de licitação para que empresas estatais selecionem parceiros privados com

---

<sup>1</sup> 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”.

<sup>2</sup> Art. 37 da Constituição Federal: [...] XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; XX – 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”.

<sup>3</sup> 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”.

“características particulares” para “oportunidades de negócio definidas e específicas”, justificada a “inviabilidade de procedimento competitivo”.

Todavia, é importante frisar que a formação de parcerias entre empresas estatais e privadas nos moldes do aludido dispositivo da Lei das Estatais corresponde a fenômeno jurídico que precede a edição da Lei das Estatais.

Exemplificativamente, no setor de petróleo e gás, o art. 64 da Lei Federal 9.478/1997 veiculou autorização genérica para que a Petróleo Brasileiro S/A constituísse subsidiárias, as quais podem associar-se majoritária ou minoritariamente, a outras empresas.<sup>4</sup> No setor elétrico, o art. 3º do Estatuto Social das Centrais Elétricas Brasileiras S/A, permite a constituição de subsidiárias e associação com empresas privadas.<sup>5</sup> No setor aeroportuário, a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero figura como detentora de 49% do capital das concessionárias que exploram os aeroportos concedidos durante a 2ª e 3ª Rodadas de Concessões Aeroportuárias Federais.<sup>6</sup>

Ainda, o art. 32 da Lei Federal 9.074/1995<sup>7</sup> permite, por meio de dispensa de licitação, às empresas estatais se aliarem a empresas privadas para compor proposta visando participação de licitação cujo objeto consiste na concessão ou permissão de serviço público.

Nessa linha, o dispositivo da Lei das Estatais parece veicular, antes de tudo, parâmetro de motivação para que referidas parcerias possam ser estruturadas. Assim, tal dispositivo poderia ser interpretado como mecanismo de controle da discricionariedade de empresas estatais para a constituição de parcerias sem maiores justificativas.

Desse modo, um dos objetivos do trabalho é identificar quando seria juridicamente viável a formação de parcerias entre empresas estatais e privadas.

Frise-se que o art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais também poderia ser compreendido como espécie de inexigibilidade abrangida pelo *caput* do art. 30 do mesmo diploma.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Art. 64 da Lei Federal 9.748/1997: “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, majoritária ou minoritariamente, a outras empresas”.

<sup>5</sup> Art. 3º do Estatuto Social das Centrais Elétricas Brasileiras S/A: “A Eletrobras tem sede na Capital Federal e escritório central na cidade do Rio de Janeiro - RJ, constituída por tempo indeterminado, e operará diretamente, ou por intermédio de subsidiárias ou empresas a que se associar, podendo, a fim de realizar seu objeto social, criar escritórios, no país ou no exterior. § 1º A Eletrobras, diretamente ou por meio de suas subsidiárias ou controladas, poderá associar-se, 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”.

<sup>6</sup> Aeroportos de Brasília, Viracopos, Guarulhos, Galeão e Confins.

<sup>7</sup> Art. 32 da Lei Federal 9.074/1995: “A empresa estatal que participe, na qualidade de licitante, de concorrência para concessão e permissão de serviço público, poderá, para compor sua proposta, colher preços de bens ou serviços fornecidos por terceiros e assinar pré-contratos com dispensa de licitação”.

<sup>8</sup> Art. 30 da Lei das Estatais: “A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de: [...]”.

A inexigibilidade pressupõe a inaptidão do processo licitatório para que a Administração Pública obtenha a proposta mais vantajosa.

O caso de formação de parcerias entre empresas estatais e privadas se enquadraria nessa situação na medida em que o formalismo e a burocracia imanentes à licitação seriam opostos à margem de flexibilidade que estatais necessitam para atuação em regime de paridade com o setor privado nos termos do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal.

Nada obstante, a motivação que deve embasar o processo administrativo no caso de formação de parcerias revelaria incremento de ônus argumentativo *vis-à-vis* ao uso da inexigibilidade com base no art. 30 da Lei das Estatais.

Os elementos que configuram parâmetros para motivação da inexigibilidade são: (i) razão de escolha do fornecedor/executante; (ii) justificativa de preço.<sup>9</sup>

As *características particulares* do parceiro privado corresponderiam ao primeiro elemento, enquanto que a *oportunidade de negócio* abrangeria o segundo elemento. A conjugação desses dois elementos deveria ser suficiente, *per se*, para justificar a inviabilidade de competição.

Todavia, ao elencar um terceiro elemento de motivação referente à justificação da *inviabilidade de procedimento competitivo*, o art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais, pode ter imposto ônus argumentativo superior para a formação de parcerias.

Esse seria o entendimento do TCU externado por meio do Acórdão 1.765/2018 – Plenário: “[...] mesmo quando da identificação de situações consideradas como “oportunidades de negócios”, a dispensa só se dará quando justificada a inviabilidade de procedimento competitivo”.<sup>10</sup>

Tal conclusão foi alcançada pelas unidades técnicas (SeinfraElétrica e SecexEstataisRJ) em relação à análise da venda da participação minoritária detida pela Eletrobrás na Integração Transmissora de Energia S/A (Intesa) para a Equatorial Energia S/A (Equatorial). O contexto da operação envolvia a aquisição da participação majoritária do FIP Brasil Energia na Intesa, o que constituiu gatilho para que a Eletrobras exercesse direito de *tag along*.

Ocorre que o TCU reputou que o exercício do *tag along* não representaria inviabilidade de procedimento competitivo, independentemente da inexistência de qualquer indício de

---

<sup>9</sup> Art. 30, § 3º, da Lei das Estatais: “O processo de contratação direta será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: [...] II – II - razão da escolha do fornecedor ou do executante; III - justificativa do preço”.

<sup>10</sup> Parágrafo 402.

antieconomicidade de tal operação e do reconhecimento de que não necessariamente a consecução de processo licitatório resultaria na obtenção de proposta mais vantajosa.<sup>11</sup>

Nesse sentido, será relevante para o trabalho identificar os pontos distintivos entre a contratação direta por inexigibilidade com base no art. 30 da Lei das Estatais e o uso do art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais para a formação de parcerias, junto com a análise do conceito de inviabilidade de processo competitivo e dos parâmetros de motivação que configurariam essa situação.

O próximo passo do trabalho consistirá na identificação de etapas procedimentais necessárias para a formação de parcerias estatais por meio do uso de veículos societários. Para tal questão, nos apoiaremos no documento oficial da Petrobras intitulado de “Padrão para implementação de parcerias estratégicas do Sistema Petrobras”,<sup>12</sup> e na análise do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre a parceria estruturada entre a empresa Telecomunicações Brasileiras S/A (Telebras) e a Viasat Brasil Serviços de Comunicações S/A, para a exploração da capacidade do Satélite Geoestacionário de Defesa e de Comunicações Estratégicas.<sup>13</sup>

Ainda, com base nesse caso, nos processos TC 008.435/2017-0<sup>14</sup>, TC 014.566/2017-6,<sup>15</sup> TC 031.986/2017-0,<sup>16</sup> e TC 000.452/2018-1,<sup>17</sup> serão extraídos e analisados criticamente os principais pontos do TCU sobre a formação de parcerias e as potenciais consequências que poderão decorrer a partir deles.

## **2. MODELO DE PESQUISA**

Considerando a existência de material relevante produzido pelo TCU em relação ao processo de seleção do parceiro privado para fins de estruturação de parcerias, e para consecução de desinvestimentos de empresas estatais, a metodologia de pesquisa dominante consistirá no estudo de casos.

## **3. QUESITOS**

---

<sup>11</sup> O posicionamento das unidades técnicas aparentemente foi internalizado pelos Conselheiros, já que o item 9.1.4 do Acórdão determinou que a Eletrobras se abstinhasse de realizar a operação de venda da Intesa com base no *tag along*.

<sup>12</sup> Parte integrante do Padrão SINPEP PP-1PBR-00377.

<sup>13</sup> TC 022.981/2018-7.

<sup>14</sup> Esse processo se refere à análise de venda de ativos e participações em empresas pela Petrobras.

<sup>15</sup> Esse processo se refere à análise da sistemática de desinvestimentos da Petrobras.

<sup>16</sup> Esse processo se refere à análise da sistemática de desinvestimentos da Eletrobras.

<sup>17</sup> Esse processo se refere à joint venture formada entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e pela Azul Linhas Aéreas Brasileiras S/A (Azul), selecionada por meio de contratação direta, para operacionalização de transporte aéreo de carga postal dos Correios (Rede Postal Noturna)

Os principais quesitos que servirão de baliza para a produção do trabalho seguem abaixo alinhavados:

- Quando é juridicamente viável que empresas estatais optem pela formação de parcerias empresariais com empresas privadas?
- Em que hipóteses se configura a “inviabilidade de procedimento competitivo”? A existência de mais de um parceiro com “características particulares” aptos para uma mesma “oportunidade de negócio” desvirtuaria hipótese de inviabilidade de competição?
- Qual a diferença entre o art. 30, *caput*, da Lei das Estatais, e o art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais, para fins de formação de parcerias? O que significa inviabilidade de procedimento competitivo para fins do art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais?
- Existindo possibilidade de competição para fins de formação de parceria, é viável realização de processo simplificado para escolha do parceiro privado? Seria viável realizar contratação direta? Em quais hipóteses? Quais seriam os requisitos mínimos do procedimento simplificado e da contratação direta?
- O Procedimento de Manifestação de Interesse poderia ser útil para o processo de estruturação de parceria estratégica nos termos do art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais?
- É possível estipular critérios para a seleção de determinado parceiro em caso de competição ou negociação simultânea?
- Qual o aprendizado que se pode extrair dos casos analisados pelo Tribunal de Contas da União?

#### **4. RELEVÂNCIA PRÁTICA, CARÁTER INOVADOR E POTENCIAL DE IMPACTO**

A relevância do 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.

Ademais, o resultado final do trabalho também servirá para orientar empresas privadas que entrem em processo de negociação ou seleção junto a empresas estatais para a formação de parcerias.

## 5. FONTES DE PESQUISA

Para a elaboração do trabalho, as fontes de pesquisa consistirão em:

- (i) Legislação;
- (ii) Precedentes do Tribunal de Contas da União;
- (iii) Atos Normativos Internos de Empresas Estatais

Destaque-se que, além dos processos do TCU supracitados, serão explorados precedentes que dizem respeito aos investimentos realizados pelo Banco do Brasil para aquisição de participação em instituições financeiras privadas,<sup>18</sup> e à formação de parceria entre a Caixa Econômica Federal e a empresa privada IBM para prestação de serviços de tecnologia de informação voltados a atividades bancárias.<sup>19</sup>

Com o compêndio de precedentes do TCU, ter-se-á análise que abrange parcerias estruturadas pela Petrobras, Eletrobras, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Telebras e ECT.<sup>20</sup>

Depreende-se a suficiência de se concentrar a análise nessas companhias na medida em que elas controlam 94 (noventa e quatro) das 100 (cem) subsidiárias indiretamente controladas pela União.<sup>21</sup> Ainda, Petrobras, Eletrobras, Banco do Brasil e Caixa Econômica

---

<sup>18</sup> TC 030.037/2008-7

<sup>19</sup> TC 003.330/2015-0

<sup>20</sup> “O valor patrimonial das participações da União nas 47 empresas sob controle direto atingiu R\$ 260,1 bilhões no fim de 2017, um montante 13,3% maior que o de R\$ 232,3 bilhões do fim de 2016. O aumento do patrimônio líquido do BNDES contribuiu para essa elevação. Apenas cinco empresas – BB, BNDES, Caixa, Eletrobras e Petrobras – respondiam por 90% do patrimônio líquido das estatais. Todas essas cinco empresas apresentaram aumento de seu patrimônio líquido no ano passado em relação a 2016, inclusive a Petrobras, que desde 2014 vinha registrando recuo de seu PL”.

Fonte: Boletim das Empresas Estatais do Tesouro Nacional publicado em 29.10.2018. Disponível em: <<https://www.tesouro.fazenda.gov.br/-/tesouro-divulga-boletim-das-estatais-leia-a-integra-do-relatorio-e-o-sumario-executivo>>. Acesso em: 21.set.2019.

<sup>21</sup> Conforme o Boletim das Empresas Estatais do Tesouro Nacional (fl. 12).

Federal respondiam por 81% do patrimônio líquido total das empresas estatais no âmbito federal.<sup>22</sup>

Assim, o trabalho focará nos casos que envolveram as empresas estais mais relevantes do ponto de vista financeiro e de composição do conglomerado empresarial da Administração Pública Federal.

## 6. FAMILIARIDADE COM OBJETO DA PESQUISA

Possuo experiência profissional no que diz respeito a parcerias formadas entre empresas estatais e privadas.

Também possuo bom relacionamento com profissionais que estiveram diretamente envolvidos no caso do TCU sobre a formação de parceria entre a Telebras e Viasat e na formação de parceria entre ECT e Azul, o que me permite determinado nível de acesso a documentos relevantes atinente às referidas parcerias.

Adicionalmente, por conta da atuação do escritório no qual trabalho, tenho acesso aos documentos do processo TC 008.435/2017-0.

## 7. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contratos administrativos nos dias atuais*. Interesse Público, Belo Horizonte, Forum, v. 17, n. 90, p. 37-62, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. Ed. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BITTENCOURT, Sidney. *A nova lei das estatais: novo regime de licitações e contratos nas empresas estatais*. São Paulo: JH Mizuno, 2017.

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:

---

<sup>22</sup> Conforme o Boletim das Empresas Estatais do Tesouro Nacional (p. 68), a soma do valor do patrimônio líquido da Petrobras, Eletrobras, Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal correspondia a R\$ 432.418.210.000,00.



[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322019000100200&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](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.

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, pp. 243-269.

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.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto jurídico das empresas estatais: lei 13.303/2016*. Ed. 1, São Paulo: Editora 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).

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.

SAADI Lima, Mário. *Empresas semiestatais*. Belo Horizonte: Fórum. 2019.

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 al.]. *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, pp. 374-389.

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.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI N. 1642/MG.

TORRES, Ronny Charles Lopes de; BARCELOS, Dawison. *Da não observância das regras licitatórias das estatais (lei nº 13.303/2016)* (disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61192/da-nao-observancia-das-regras-licitatorias-na-nova-lei-das-estatais-lei-13-303-2016>).

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Processo TC 022.981/2018-7, Acórdão 1170/2019 – Plenário.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Processo TC 022.981/2018-7, Acórdão 114/2019 – Plenário.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Processo TC 022.981/2018-7, Acórdão 2488/2018 – Plenário.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Processo TC 000.452/2018-1, Acórdão 585/2019 – Plenário

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Processo TC 008.435/2017-0.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Processo TC 014.566/2017-6, Acórdão 477/2019 – Plenário.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Processo TC 031.986/2017-0, Acórdão 1765/2018 – Plenário.

WALD, Arnaldo; JUSTEN Filho, Marçal; PEREIRA; Cesar Augusto Guimarães. *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.

