

GRUPO I - CLASSE VII - Plenário
TC 003.330/2015-0

Natureza: Acompanhamento

Entidade: Caixa Econômica Federal

Interessados: Caixa Participações S/A (10.744.073/0001-41); CPM Braxis S/A (65.599.953/0001-63); Capgemini Latin America (12.561.847/0001-24)

Representação legal: Jailton Zanon da Silveira (OAB-RJ 77.366) e outros, representando Caixa Econômica Federal e Caixa Participações S/A (peça 30); Alexandre Castello da Costa (OAB-RJ 82.900) e outros, representando CPM Braxis S/A (peças 42 e 59); Carlos Geraldo Egydio Rameh (OAB-SP 101.939), com substabelecimento, representando Capgemini Latin America (peças 60 e 61)

SUMÁRIO: ACOMPANHAMENTO. AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA EM EMPRESA PRIVADA. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA COM PARTICIPAÇÃO ESTATAL MINORITÁRIA CONTROLADA POR ACORDO DE ACIONISTAS. VÍCIO NO MOTIVO. ASSINATURA DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DA AQUISIÇÃO.

1. O poder de controle em uma empresa não decorre apenas da propriedade das ações. O indicativo essencial de exercício de poder no interior da empresa diz respeito à preponderância no exercício do poder de controle (poder para eleger a maioria dos administradores ou o domínio nas deliberações sociais).

2. Historicamente, o acordo de acionistas é utilizado como um instrumento aglutinador dos acionistas minoritários. O poder de controle somente é exercido se e enquanto os membros eleitos pelo grupo votam de modo uniforme. Ou seja, o grupo age como se fosse uma só pessoa. O panorama é diferente, por exemplo, nas situações em que dois sócios celebram um acordo de acionistas, sendo que um dos sócios é o acionista majoritário, que mantém para si os atributos do controle.

3. Ao celebrar um acordo de acionistas, o Estado poderá integrar o grupo de controle e, nesse sentido, exercerá uma parcela de controle na sociedade. Para o sócio estatal, o acordo de acionistas tem o objetivo precípua de prover determinado nível de influência sobre algumas decisões (possibilidade de indicação de certos diretores, voto de qualidade sobre determinadas matérias, direito de voto a certas deliberações).

4. O exercício pelo Estado da preponderância do poder de controle numa empresa público-privada importa na sua caracterização como uma sociedade de economia mista de fato. O Estado não pode adotar técnicas societárias com a finalidade de burlar o regime constitucional aplicável às empresas estatais.

5. Para fins de aplicação do art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/1993, entende-se por controlada a empresa em que a União,

direta ou indiretamente, detenha a preponderância do poder de controle (seja pela propriedade da maioria do capital social com direito a voto ou pela titularidade de direitos de sócio que lhe asseguram o domínio nas deliberações sociais ou o poder de eleger a maioria dos administradores).

6. Para os fins do art. 25 da Lei 8.666/1993, a situação de inexigibilidade de licitação não está associada de forma perene à participação acionária ou ao quadro societário, mas sim a fatores de inviabilidade de competição que devem ser avaliados em cada contratação isoladamente, de acordo com as peculiaridades a ela atinentes.

RELATÓRIO

Por retratar com propriedade as principais ocorrências havidas nestes autos, transcrevo, com fundamento no art. 1º, § 3º, inciso I, da Lei 8.443/1992, e com os ajustes necessários, a última instrução lavrada pela Secretaria de Controle Externo da Fazenda Nacional - SecexFazenda (peça 63), e que contou com a anuência do corpo diretivo daquela unidade (peça 64):

“INTRODUÇÃO

1. Este processo examina a legalidade do processo de aquisição de 22% das participações acionárias da CPMBraxis Capgemini S.A. (CPMBraxis), empresa que atua no ramo de Tecnologia da Informação (TI), pela Caixa Participações S.A (Caixapar), pelo valor de R\$ 321,66 milhões, em maio de 2012, segundo autorização dada pela Lei 11.908/2009.

HISTÓRICO

2. O presente acompanhamento se origina de representação (TC 033.668/2012-4), que analisou a legalidade da aquisição das ações, pela Caixapar, de outras duas empresas: MGH SPE Empreendimentos e Participações S.A. (MGH), atualmente conhecida como Branes Negócios e Serviços S/A e MROSPE Empreendimentos e Participações S.A. (MRO), atualmente conhecida como Habitar Negócios e Serviços S.A.

3. Naquele processo, decidiu-se que o exame da compra das ações da CPMBraxis pela Caixapar seria feito em processo apartado, uma vez que **a modelagem da operação foi diferente da estabelecida para a Branes**, nos termos do Voto do Ministro Relator, Bruno Dantas (peça 104, item 5, TC 033.668/2012-4):

‘5. Enquanto a Caixapar comprou diretamente as participações acionárias de companhia já existente e atuante no mercado, portanto operacional (CPMBraxis Capgemini), o processo de aquisição das ações da MGH e MRO pela subsidiária estatal foi mediada pela participação de Fundos de Investimentos. Por esta razão, **autorizei, mediante despacho (peça 47), que a análise da regularidade dos procedimentos de aquisição de ações da CPMBraxis Capgemini fosse feita em processo apartado - TC 003.330/2015-0**, em instrução na unidade técnica.’

4. Portanto, esta análise objetiva cumprir a determinação do Ministro Relator Bruno Dantas de analisar a **regularidade da compra das participações acionárias da CPMBraxis pela Caixapar**, nos termos da autorização dada pela Lei 11.908/2009, em processo apartado.

5. Embora a operação firmada com a CPMBraxis possua características exclusivas, distintas daquela firmada com a empresa Branes, existem similaridades entre esses negócios firmados com a Caixa/Caixapar: após a compra de participações acionárias minoritárias (portanto, abaixo de 51%) em empresas do ramo de Tecnologia da Informação, pela **Caixapar**, nos termos da autorização dada pela Lei 11.908/2009, a **Caixa Econômica Federal (Caixa)** decidiu contratar os serviços prestados por essas empresas, por dispensa ou inexigibilidade de licitação. No entender da SecexFazenda, a manobra não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, por se tratar de

dupla ilegalidade: contraria tanto o disposto no artigo 2º, *caput*, da Lei 11.908/2009, quanto o disposto no artigo 24, inciso XXIII da Lei 8.666/93.

6. Para fins de vislumbrar como funciona a operação como um todo, é importante estabelecer dois momentos distintos: o primeiro, que consiste na aquisição minoritária de ações de empresas do ramo de Tecnologia da Informação pela Caixapar (subsidiária da Caixa); e o segundo, que consiste em contratar serviços dessas empresas, por dispensa ou inexigibilidade. O primeiro momento, aquisição de participações acionárias, tem sido analisado pela SecexFazenda. Já o segundo momento, por se tratar de contratações na área de Tecnologia da Informação, tem sido objeto de análise de unidades técnicas especializadas do TCU, como a Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog) e a Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti). Especificamente, os contratos celebrados pela Caixa com a CPMBraxis estão sendo analisados no âmbito do TC 008.837/2013-9, de relatoria do Ministro José Múcio.

7. Vale frisar que a divisão em dois momentos distintos é meramente didática. Aliás, é bom que se tenha em mente a interconexão entre ambos os momentos e, principalmente, o aspecto temporal de toda a operação, pois, como se verá no exame técnico abaixo, **a compra minoritária das ações de uma empresa de Tecnologia da Informação (CPMBRaxis) pela Caixapar detinha o propósito único de prestar serviços desse ramo à Caixa Econômica Federal, por dispensa ou inexigibilidade, o que contraria o artigo 24, inciso XXIII da Lei 8.666/93.**

8. Com relação aos processos que tramitam nesta Corte relativos ao ‘primeiro’ momento, é oportuno registrar que o Tribunal considerou **illegal** a compra das ações da **Branes** pela Caixapar (Acórdão 894/2015-TCU-Plenário) e determinou o desfazimento do negócio, no âmbito da já mencionada representação, TC 033.668/2012-4, peça 103:

‘ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 1º, inciso II, da Lei 8.443/1992, e no art. 1º, inciso XXVI, c/c o art. 237, inciso VI e parágrafo único, do Regimento Interno do TCU, em:

9.1. conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. com fulcro no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992 e com a Resolução-TCU 265/2014, **assinar o prazo de 15 (quinze) dias para que a Caixa Econômica Federal e a Caixa Participações S.A. apresentem plano de ação com vistas ao exato cumprimento do art. 2º, *caput*, da Lei 11.908/2009, contemplando as medidas necessárias ao desfazimento dos atos relativos à aquisição de participação acionária, pela Caixapar, na empresa MGHSPE Empreendimentos e Participações S.A. (atual Branes Negócios e Serviços S.A.);**

9.2.1 esclarecer à Caixa Econômica Federal e à Caixa Participações S.A. que o plano de ação acima referenciado deverá especificar, no mínimo: I - as ações a serem adotadas para dar cumprimento à determinação; II - os responsáveis pelas ações; III - os prazos para implementação.’

8.1 Ressalte-se que as partes entraram com recurso contra a deliberação acima, ainda pendente de deliberação de mérito.

9. No que se refere ao ‘segundo’ momento, há também posições desfavoráveis emanadas dessa Corte: 1) a contratação direta de serviços da **Branes** pela Caixa no valor de R\$ 1,2 bilhão foi considerada **illegal** pelo TCU, em sede de cautelar, no âmbito de representação da Selog, TC 029.884/2012-8; e 2) a contratação direta de serviços da CPMBraxis pela Caixa no valor de R\$ 704.347.366,71 (até agora identificado), também foi considerada ilegal pelo TCU, no âmbito do TC 008.837/2013-9, em sede de cautelar. Ambos os contratos (Branes e CPMBraxis) se encontram atualmente suspensos.

10. Esse tipo de operação, que envolve aquisição minoritária de ações de empresa privada para contratá-las diretamente, na sequência, por dispensa ou inexigibilidade, é manobra ilegal já bastante difundida na Administração Pública, segundo o Ministro relator Bruno Dantas (peça 104, TC 033.668/2012-4):

'51. Observo que tal estratégia tem sido largamente difundida, no sentido de as empresas estatais utilizarem-se de empresas privadas (sejam sociedades empresariais anteriormente ou recém constituídas, sejam sociedades de propósito específico - SPE) para alcançarem parte de seus objetivos. Ocorre que essa sistematização vem levantando questionamentos acerca não só de sua viabilidade, como também de sua aderência ao ordenamento jurídico, devido aos riscos intrínsecos à espécie, por exemplo, o risco de descontrole das contratações diretas no âmbito das empresas estatais, em clara afronta aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, e o risco de responsabilização da entidade estatal pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder no âmbito da empresa em que detêm participação acionária, nos termos do art. 117 da Lei 6.404/1976. (...).

54. Em síntese, creio estarmos diante da prática de ato administrativo contrário à legislação que rege a matéria, cabendo a adoção de providências que compõem a esfera de atribuições institucionais do Tribunal de Contas da União, de forma a conferir efetividade ao exercício das competências que lhe foram diretamente outorgadas pelo Texto Constitucional.'

11. Realizada a instrução preliminar (peça 25) deste processo, esta secretaria concluiu que a aquisição da CPMBraxis pela Caixapar é ilegal, já que não serviu ao quesito de complementariedade que exige a lei, e, portanto, não cumpriu a finalidade da norma (item 66 da instrução). A unidade técnica também concluiu que o chamado controle compartilhado da Caixapar na CPMBraxis é limitado e restrito (item 67 da instrução), pois embora a Caixapar detenha algum grau de administração e governança, esta não possui efetivamente o status de controladora do negócio, e portanto, não dispõe de meios tangíveis para exercer o poder de veto ou decidir conclusivamente no futuro da empresa. Tal qual ocorreu no âmbito do TC 033.668/2012-4 (negócio Branes), a compra minoritária de ações da CPMBraxis pela Caixapar não tinha o propósito de desenvolver atividade complementar à do setor financeiro, nos termos da Lei 11.908/2009, mas de mera prestação de serviços de Tecnologia da Informação sem a realização do devido processo licitatório.

12. Diante de um eventual desfazimento do negócio decorrente da conclusão pela ilegalidade, decidiu-se, preliminarmente, chamar as partes interessadas em oitiva para se manifestarem sobre os efeitos que uma eventual decisão nesse sentido poderia causar sobre a sociedade e sobre os contratos de prestação de serviços vigentes.

13. A CPMBraxis respondeu então à solicitação dessa Corte (peça 62), cuja análise da SecexFazenda segue no exame técnico abaixo, após a relação dos processos conexos.

PROCESSOS CONEXOS

14. **TC 033.668/2012-4** (relator Ministro Bruno Dantas): representação que examina o processo de aquisição da empresa MGHSPE Empreendimentos e Participações S.A. (MGH), atualmente conhecida como Branes Negócios e Serviços S/A, pela Caixa Participações S.A. (Caixapar), no exercício de 2012, segundo autorização dada pela Lei 11.908/2009. O Plenário do TCU considerou ilegal a operação (Acórdão 894/2015 - TCU - Plenário) e assinou prazo de 15 dias para apresentação de plano de ação para cumprir a referida lei. As partes entraram com pedido de reexame (relator Ministro Walton Alencar), mas o recurso ainda não foi apreciado pelo Plenário do TCU.

15. **TC 029.884/2012-8** (relator Ministro Bruno Dantas): representação proposta pela extinta 2ª Secex, cujo foco é o exame de momento posterior ao da aquisição de empresas pela Caixapar com base na Lei 11.908/2009 (leia-se: segundo momento), isto é, a análise da legalidade da contratação direta pela Caixa Econômica Federal da empresa MGH, mediante dispensa de licitação, com o objetivo de desenvolver uma solução de TI para otimizar a área de originação e processamento de crédito imobiliário, fundamentada no art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/1993, ao valor estimado de R\$ 1.194.497.164,05. Em sede de cautelar, o relator determinou que a Caixa se abstivesse de adotar quaisquer atos relativos ao contrato firmado, até que o Tribunal de libere sobre o mérito do processo. Os autos encontram-se aguardando o pronunciamento do gabinete do Ministro.

16. **TC 008.837/2013-9** (relator Ministro José Múcio): representação em que se analisa a legalidade da contratação direta da CPMBraxis pela Caixa Econômica Federal. Após instrução da unidade técnica e parecer do Ministério Público junto ao TCU, o Ministro relator determinou a) oitiva da Caixa e da CPMBraxis no prazo de 10 dias úteis para que se manifestem acerca dos apontamentos feitos pela unidade técnica e b) retorno dos autos à Sefti para análise de um contrato quanto a compatibilidade de preços com o mercado (peça 63, TC 008.837/2013-9). Após a apresentação da resposta à oitiva pelas empresas e a conclusão do estudo de preços pela Sefti, o processo retornou ao Plenário para julgamento. Tal qual ocorreu no caso Branes, o Tribunal, mediante o Acórdão 3.019/2015-TCU-Plenário, também determinou que a Caixa se abstivesse de adotar quaisquer atos relativos aos contratos firmados, até que o Tribunal delibere sobre o mérito do processo.

17. **TC 017.417/2015-5** (relator Ministro Raimundo Carreiro): processo apartado constituído a partir do TC 033.668/2012-4, conforme determinação do item 9.3.1 do Acórdão 894/2015-TCU-Plenário, para analisar a regularidade da aquisição da empresa MROSPE Empreendimentos e Participações S.A. (MRO), pela Caixapar, nos termos da Lei 11.908/2009. O processo já foi instruído no mérito e encontra-se aguardando pronunciamento do Ministro Relator.

EXAME TÉCNICO

18. Em resposta arrolada à peça 62, a CPMBraxis reproduziu o manifesto à oitiva em quatro partes, a saber: I) da suposta ilegalidade do investimento feito pela Caixapar na CPMBraxis, II) do controle compartilhado entre Caixapar e Capgemini na CPMBraxis, III) das contratações feitas pela Caixa junto à CPMBraxis e, finalmente, IV) as consequências de eventual desfazimento da parceria entre CPMBraxis e Caixapar, em que se passa agora ao exame de cada uma, separadamente:

I - Da suposta ilegalidade do investimento feito pela Caixapar na CPMBraxis

19. A CPMBraxis alega que a interpretação da SecexFazenda com relação ao artigo 2º da Lei 11.908/2009 é mais restritiva do que a própria norma. Afirma também que esta secretaria enfatizou que a norma não permitiria investimentos em outras organizações que não sejam aquelas do setor financeiro, pois, ‘na visão dos i. Auditores, somente instituições que sejam do ramo financeiro seriam passíveis de receber os investimentos em questão’.

20. Na instrução arrolada à peça 25, **em nenhum momento esta secretaria afirmou que somente instituições do ramo financeiro seriam passíveis de receber os recursos em questão**. O que se firmou foi que a lei abre indiscutivelmente duas possibilidades de destino para os recursos das estatais financeiras: em empresas do ramo financeiro ou naquelas que atuam em setor complementar ao financeiro. Ou seja, em se tratando da segunda possibilidade, a empresa a receber os recursos em questão não pode ser de qualquer ramo/área, mas de um setor que seja complementar ao dos bancos (setor financeiro).

21. Segue a reprodução do exposto pela SecexFazenda (instrução à peça 25, item 17), com comentários em parênteses (grifo nosso):

‘17. Pela redação da lei, fica claro que a autorização temporária concedida ao Banco do Brasil S.A (BB) e à Caixa Econômica Federal para a compra de participações acionárias (ações) deverá incidir sobre empresas inherentemente do ramo (**leia-se: instituições financeiras**) ou afetas ao setor financeiro (**leia-se: complementares a este**)’

22. Inclusive, houve citação por parte desta secretaria de algumas **instituições financeiras** e de **outras empresas que pertencem ao ramo complementar ao do financeiro**, adquiridas ou incorporadas à Caixapar, com base na mesma lei (instrução à peça 25, itens 18 e 19), reproduzida abaixo:

‘18. Ao analisar as empresas cujas participações a Caixapar detém, percebe-se uma categoria de empresas que, **ou fazem parte do setor financeiro, ou são inegavelmente complementares a esse**. No perfil da carteira atual, existem empresas seguradoras (Caixa (Seguradora S.A.), empresas de securitização (Companhia Brasileira de Securitização, CIBRASEC), duas empresas de cartões de crédito (Cielo S.A. e Elo Serviços S.A.), e pelo menos um banco (PanAmericano S.A.), nos termos da peça 1, p. 114. Observe-se também que a lista está em integral consonância com a

principal competência da Caixapar: adquirir e alienar participações societárias em instituições financeiras públicas ou privadas sediadas no Brasil, segundo o art. 6º, inciso I do Estatuto Social.

19. Diferentemente destas, que inegavelmente são do setor financeiro ou complementar a este, para fins de aplicação da Lei 11/908/2009, a Caixapar adquiriu participações acionárias em outras duas empresas: Branes e CPMBraxis. Ambas são de Tecnologia da Informação, ramo invariavelmente distinto da área econômico-financeira.' (grifo nosso)

23. Tem-se, pois, que o argumento trazido aos autos pelos i. advogados (itens 7 a 17) não corresponde ao entendimento desta secretaria já evidenciado nos autos: o de que a atividade de Tecnologia da Informação, embora constitua elemento primordial ao exercício da atividade bancária, é serviço que **não** pertence a ramo complementar do setor financeiro, para fins de aplicação da Lei 11.908/2009, tais como as **empresas seguradoras** (Caixa Seguradora S.A.), as **empresas de securitização** (Companhia Brasileira de Securitização, CIBRASEC), as **empresas de cartões de crédito** (Cielo S.A. e Elo Serviços S.A.), por exemplo. E, em se tratando da atividade de Tecnologia da Informação, as leis brasileiras não permitem que esse serviço seja prestado de forma direta entre estatais e suas empresas controladas caso a estatal não goze do status de controladora do negócio, como é o caso.

24. Em outra parte (item 18), os advogados argumentaram que a abrangência do artigo 2º da Lei 11.908/2009 é simples de entender, mas ao exemplificarem sobre as bases redacionais da norma, acabaram suscitando notória contradição ao caso ora examinado. Segundo os juristas, uma empresa privada, do ramo complementar ao setor financeiro que preste serviço para diversas instituições financeiras, caso estivesse na eminência de falência devido à inadimplência de uma cliente (um Banco), poderia atingir outras instituições financeiras saudáveis, de forma sistêmica, em efeito dominó. Tal alegação é procedente somente quando a empresa privada em questão detém inegável capilaridade ou ligação com o setor financeiro. Se não há vínculo com o ramo, o dito 'risco sistêmico', com possibilidade de efeito dominó fica esvaziado. No caso ora examinado, a empresa privada é do ramo da Tecnologia da Informação, não atuante do mercado bancário (embora seja prestadora de serviços para o ramo), não participa como agente segurador, de crédito ou securitizador de ativos, como os bancos e demais instituições ligadas ao sistema financeiro o fazem. Portanto, difícil, sim, é imaginar que uma empresa privada de Tecnologia da Informação, como é o caso da CPMBraxis, caso entrasse em falência pela inadimplência de uma de suas clientes, poderia causar a falência de outras instituições financeiras devido ao suposto efeito dominó.

25. Devido à interconectividade presente nas operações entre agentes e atores que efetivamente participam direta ou indiretamente do Sistema Financeiro Nacional, a repercussão da quebra ou falência de um deles para as demais instituições financeiras que compõem o sistema financeiro (ou instituições que sejam ligadas a esse sistema) é realmente, como bem asseverou os i. advogados, simples de se enxergar. O mesmo não acontece com um ente ou organização que não faz parte do ramo ou não detém conexão com este, como é o caso da uma empresa que presta serviços de Tecnologia da Informação. O exemplo de aplicação dada pelos ilustres juristas reforça o já exposto por esta secretaria em instrução anterior: a referida norma surgiu para **fins puramente macroeconômicos, com o objetivo de normalizar e regular o mercado financeiro diante dos potenciais efeitos da crise de 2008** (peça 25, itens 28 a 29). Abaixo, seguem a reflexões desta Secretaria sobre o assunto:

'28. Está bastante explícito, portanto, que **tal concessão partiu da conjuntura de desprovimento de recursos financeiros das instituições financeiras à frente do premente cenário de crise**. Nesse contexto, de agrura financeira, é evidente que a concessão do legislador, direcionada tão somente ao Banco do Brasil e à Caixa Econômica Federal, **tinha como escopo a proteção do mercado financeiro por meio da injeção de recursos dessas estatais**, sentido que pode ser extraído da redação da já mencionada EM Interministerial 175/2008 do Ministério da Fazenda, do Planejamento e do Banco Central (peça 9):

2. A forte retração internacional do crédito observada nas últimas semanas levou o Governo Federal a adotar algumas **medidas para ampliar a oferta de divisas, expandir a liquidez no**

mercado interbancário e incentivar a compra de carteiras de crédito de instituições bancárias de pequeno e médio porte.

29. Em outras palavras: **para fins de atender a aplicação da Lei 11.908/2009**, não seria admissível sequer ponderar que a aquisição de uma empresa de Tecnologia da Informação (CPMBRaxis) pela Caixapar teria o condão de salvaguardar a necessidade de crédito do setor financeiro brasileiro, nos termos estipulados pela citada lei. Afinal, pergunta-se, qual outra interpretação, silogismo ou reflexão jurídica seria cabível no citado parágrafo, que expõe a razão de ser da norma? Nenhum (a). Diante da variedade das transações possíveis entre instituições do Sistema Financeiro Nacional, não há dúvidas de que o trecho utilizado pelo legislador ‘além dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro’ detinha um único propósito, **o de abarcar todas as instituições do mercado interbancário**. Se o vocábulo utilizado pelo legislador fosse unicamente ‘instituição financeira’ ou ‘bancos’, certamente não haveria dúvidas por parte do intérprete da lei que a aplicação da nova lei seria exclusiva para esse tipo de instituição. Nesse caso, o efeito potencial da aplicação da lei sobre o mercado seria esvaziado, pois não envolveria as demais instituições **do mercado financeiro** que complementam à atividade bancária. Tal efeito não é apenas indesejado como também é paradoxal: em situação de crise econômica, o que se busca é ampliar o alcance das medidas de regulação econômica e não restringi-las. Nessa linha, fez bem o legislador ao admitir a possibilidade de aquisição, pelo Banco do Brasil e Caixa, de outras **empresas do setor financeiro que suplementam a atividade bancária**.

26. As peticionárias terminam a exposição referente à primeira parte da resposta à oitiva (da suposta ilegalidade do investimento feito pela Caixapar na CPMBRaxis), refutando todo e qualquer tipo de comparação com o caso Branes: ‘são situações totalmente diversas’ (peça 62, item 28); ‘tomar o caso Branes como parâmetro para o caso em tela seria uma simplificação maniqueísta e inadequada’ (peça 62, item 37). Mais uma vez, procuram rabiscar a posição desta secretaria sobre o tema, expresso de maneira clara em instrução arrolada à peça 25: a que, de fato, existem particularidades na operação de aquisição das participações acionárias das empresas **Branes** (TC 033.668/2012-4), **CPMBRaxis** (TC 003.330/2015-0), pela Caixapar. Exatamente por levar em conta as especificidades de cada caso, **o TCU decidiu, por meio de proposta desta unidade técnica, separar os processos para cuidar das questões exclusivas de cada um, de forma individualizada**. Por outro lado, reitera-se mais uma vez que não há qualquer incerteza, imprecisão ou dúvida por parte desta secretaria de que as operações com as empresas Branes e CPMBRaxis também apresentam similaridades entre si: todas foram consumadas por intermédio da aquisição minoritária de ações de empresas privadas pela Caixapar, nos termos da Lei 11.908/2009, para que essas mesmas companhias pudessem prestar serviços para a Caixa Econômica Federal, pela via da contratação direta, e de forma ilegal, conforme trechos da instrução arrolada à peça 25, abaixo.

‘HISTÓRICO

2. O presente acompanhamento se origina de representação (TC 033.668/2012-4), que analisou a legalidade da aquisição das ações, pela Caixapar, de outra empresa, a MGH SPE Empreendimentos e Participações S.A. (MGH), atualmente conhecida como Branes Negócios e Serviços S/A.

3. Naquele processo, **decidiu-se que o exame da compra das ações da CPMBRaxis pela Caixapar seria feito em processo apartado, uma vez que a modelagem da operação foi diferente da estabelecida para a Branes**, nos termos do Voto do Ministro Relator, Bruno Dantas (peça 104, item 5, TC 033.668/2012-4):

5. Enquanto a Caixapar comprou diretamente as participações acionárias de companhia já existente e atuante no mercado, portanto operacional (CPMBRaxis Capgemini), o processo de aquisição das ações da MGH e MRO pela subsidiária estatal foi mediada pela participação de Fundos de Investimentos. Por esta razão, **autorizei, mediante despacho** (peça 47), **que a análise da regularidade dos procedimentos de aquisição de ações da CPMBRaxis Capgemini fosse feita em processo apartado - TC 003.330/2015-0**, em instrução na unidade técnica.

4. Portanto, esta análise objetiva cumprir a determinação do Ministro Relator Bruno Dantas de analisar a regularidade da compra das participações acionárias da CPMBRaxis pela Caixapar, nos termos da autorização dada pela Lei 11.908/2009, **e em processo apartado**.

5. Embora a operação firmada com a CPMBraxis possua características exclusivas, distintas daquela firmada com a empresa Branes, existem similaridades entre esses negócios firmados com a Caixa/Caixapar: após a compra de participações acionárias minoritárias (portanto, abaixo de 51%) em empresas do ramo de Tecnologia da Informação, pela Caixapar, nos termos da autorização dada pela Lei 11.908/2009, a Caixa Econômica Federal (Caixa) decidiu contratar os serviços prestados por essas empresas, por dispensa ou inexigibilidade de licitação. No entender da SecexFazenda, a manobra não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, por se tratar de dupla ilegalidade: contraria tanto o disposto no artigo 2º, caput, da Lei 11.908/2009, quanto o disposto no artigo 24, inciso XXIII da Lei 8.666/93.'

27. A par das análises, entende-se que a aquisição da CPMBraxis não serviu ao quesito de complementariedade que exige a lei, não cumpriu a finalidade da norma, e, portanto, trata-se de operação ilegal. Para ser considerada uma atividade complementar, para fins de enquadramento na Lei 11.908/2009, entende-se que tanto a empresa adquirente das ações quanto a adquirida devem operar no mercado financeiro em conjunto, atuando como um conglomerado, fornecendo (ambas as empresas) produtos e serviços de natureza econômico-financeira que se somam, se completam, agregando valor às partes. No presente caso, em que a companhia adquirida não atua diretamente no mercado financeiro, trata-se de mera prestação de serviço de Tecnologia da Informação (ramo cuja natureza não é efetivamente complementar ao setor financeiro, para fins de aplicação da Lei 11.908/2009), a ser contratada mediante o devido processo licitatório.

II - Do controle compartilhado entre Caixapar e Capgemini

28. O argumento central das partes em sede de oitiva quanto ao item, expresso nos itens 38 a 68 da peça 62, é o de que a SecexFazenda não reconhece a existência de controle compartilhado da Caixapar no negócio CPMBraxis. Com as devidas vêniás, ao contrário do alegado pelos advogados, esta secretaria reconheceu a administração compartilhada do negócio entre Caixapar e CPMBraxis e sabe que a lei dispõe sobre esta possibilidade no artigo 116 da Lei 6.404/76. O que a lei não admite (e por conseguinte, a SecexFazenda/TCU) é considerar que a gestão compartilhada de uma empresa privada sem que haja, simultaneamente, a posse da maioria das ações com direito a voto, garante à Caixapar o status de acionista controlador, para fins de aplicação da Lei 8.666/93. Ademais, ainda que se considerasse o conceito de acionista controlador presente no art. 116 da Lei 6.404/76 - o qual não se aplica na verificação da hipótese de dispensa presente no art. 24, XXIII da Lei 8.666/93 - a Caixapar não conseguiu demonstrar que detém, de modo permanente, a titularidade de direitos que lhe assegurem a maioria dos votos nas deliberações e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia. Segue a síntese das conclusões da SecexFazenda sobre o assunto do ‘controle compartilhado’ em instrução arrolada à peça 25, item 48:

‘48. Em conclusão, nota-se que a participação da Caixapar no comando da CPMBraxis é bastante limitada e restrita. Por essas razões, entende-se que a Caixapar, apesar de participar na administração e gerência do negócio, não possui efetivamente o status de controladora da CPMBraxis, e, por conseguinte, não dispõe de meios tangíveis para exercer o poder de veto ou decidir conclusivamente no futuro da empresa. Na condição de acionista minoritária, a subsidiária da Caixa ainda está sujeita às deliberações sempre uniformes, em bloco, nas reuniões e assembleias de acionistas minoritários.’

29. Diante do reconhecimento desta secretaria da existência da gestão compartilhada (leia-se: participação da Caixapar na administração e gerência do negócio) entre Caixapar e CPMBraxis, qualquer discussão a respeito da existência de controle compartilhado é infrutífera para fins do deslinde processual desses autos. Não há evidência por parte da Caixapar/CPMBraxis de cumprimento integral do artigo 116 da Lei 6.404/76 ou do artigo 24, inciso XXIII da Lei 8.666/93, que permite a contratação direta de produtos e serviços entre empresas estatais controladoras e suas controladas e/ou subsidiárias. A simples existência de grupo de pessoas, conforme alegaram os juristas (itens 38 a 68 da peça 62), vinculadas por acordo de voto ou controle comum, não transforma os acionistas minoritários participantes em controladores natos, mas apenas compartilha entre as partes a decisão de determinados assuntos da organização. No presente caso, o que se tem é tão somente uma empresa privada em que um dos sócios minoritários é uma entidade estatal. Mesmo com acordo, os minoritários continuam minoritários e os

majoritários continuam majoritários. Se o mero acordo envolvendo a compra de ações minoritárias tornasse a Caixapar controladora-nata, como defendem os ilustres advogados, a CPMBraxis seria hoje uma empresa de natureza pública, devendo realizar concurso público para a contratação de pessoal e prestar contas a essa Corte, conforme manda a Constituição Federal. Como se sabe, não é o caso.

30. Diante do não cumprimento dos requisitos legais, conforme exposto, embora a estatal participe de alguns assuntos (sem poder de voto) na condução do negócio, nota-se que a Caixa **não goza do status de controladora do negócio. O fato de o sócio estatal exercer parte da administração no negócio, sem poder de voto, não transforma ele em figura majoritária, controladora do negócio.** A outra acionista da Caixapar, CPMBraxis Capgemini S.A, é quem de fato exerce o controle do negócio, já que é ela que detém a maioria das ações com direito a voto e o poder de voto nas instâncias deliberativas da companhia.

III) Das contratações feitas pela Caixa junto à CPMBraxis

31. Os advogados da CPMBraxis proclamam, ainda, que a Caixa não é um banco comum, mas uma agência de fomento, com um pé no ‘Público’ e outro no ‘Privado’, focado no avanço das políticas sociais e governamentais, além do objetivo do lucro. Nessa linha, argumentam os advogados que não é legítimo não permitir a Caixa de se modernizar diante da arena competitiva em que se encontra o banco (peça 62, item 71). E completam:

‘72. No parecer da Tendências (Doc 04) fica evidente o desafio: ‘No período recente, principalmente desde a crise de 2009, a CEF vem empreendendo uma política de concessões de crédito bastante ativa, seguindo diretrizes de seu controlador, o governo federal. DDe 2003 a 2014, a carteira de crédito total da instituição passou de R\$ 26,1 Bilhões para R\$576,4 Bilhões, fazendo com que a Caixa passasse a ser o terceiro maior banco nacional em ativos em 2014’ (grifamos)

73. Continuam os pareceristas: ‘Em paralelo a CEF é o agente governamental responsável por garantir o pagamento de importantes programas de benefícios social, com destaque para o Bolsa-Família, programa que conta com 14 milhões de famílias beneficiárias’ (grifamos)

74. Claro está então que, **sem a utilização de tecnologia de informação e, mais precisamente sem uma parceria estratégica que permita-lhe cumprir com sua função de forma ágil e cirúrgica, a Caixa enfrentará dificuldades quase que intransponíveis para cumprir com sua missão econômica e social.**

32. Apesar do contorno de obviedade, nunca é demais lembrar a questão legal do presente caso (especialmente para um órgão de controle). Assim, é importante frisar que a SecexFazenda/TCU não faz juízo algum de mérito sobre os negócios da CPMBraxis e tampouco sobre a decisão da Caixa de se aparelhar a fim de atender os desafios crescentes. Por outro lado, esta secretaria não pode permitir que avanços institucionais sejam feitos de forma ilegal, ao arrepio da lei. Que o cerne discutido nos autos não seja desviado e nem recaia sobre a aptidão, competência ou capacidade operacional da empresa prestadora de serviços no campo da Tecnologia da Informação, CPMBraxis, e, muito menos, sobre a decisão da Caixa Econômica Federal de buscar meios, desde que legalmente viáveis, para se modernizar.

33. Os ilustres juristas retomam ainda antiga discussão sobre a suposta confusão que a SecexFazenda estaria fazendo com o termo ‘controlada’ e ‘subsidiária’, expressos no artigo 24, inciso XXIII da Lei 8.666/93, já exaustivamente debatida em processos do TCU (TC 029.884/2012-8, peça 51, p. 8-9 e TC 008.837/2013-9, peça 63, p. 22), cujos trechos seguem abaixo:

TC 029.884/2012-8, Selog/TCU

‘10.18. Não há dúvidas de que a vontade legislativa [para os fins de direito público regulados pela Lei 8.666/1993] foi dispensar o procedimento licitatório somente entre entes da Administração nos quais o Estado detém a titularidade da maioria do capital votante , a fim de dar atendimento aos interesses públicos, transcedentes aos meramente privados. Não foi

dispensada a licitação entre as empresas estatais e suas coligadas, pois, ainda que a participação societária seja significativa e o controle compartilhado, a influência estatal é, de todo modo, minoritária e não representa uma finalidade pública fundada em imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, como reza o art. 173 da CF/1988.

10.21. O art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/1993, ao tornar dispensável a licitação na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, sabidamente excluiu as coligadas, independentemente de haver ou não controle compartilhado entre a empresa estatal e sua parceira privada.

10.22. Tanto é assim que a grande maioria das normas de direito público, na parte em que tratam de aspectos específicos da Administração indireta e/ou das empresas estatais, sempre faz menção às suas empresas ‘controladas e subsidiárias’, raramente às ‘coligadas’, que são na maior parte das vezes afetas ao direito privado.

10.23. Daí o alinhamento com a lição de Marçal Justen Filho transcrita no parágrafo 10.9 supra. **A participação estatal minoritária não transforma a sociedade em controlada pela Administração Pública** [para fins de licitação/contratação]. Trata-se de uma empresa privada como qualquer outra, com uma única peculiaridade: entre seus sócios minoritários, está uma entidade estatal. Por esse motivo, é descabida sua contratação direta.

10.24. E não poderia ser diferente, pois, a prevalecer entendimento diverso, haveria o risco de que fosse encerrada a realização de licitações, passando a Administração a adquirir bens e serviços diretamente por intermédio de empresas privadas dos mais diversos setores em que houvesse participação societária estatal minoritária, ainda que, repita-se, haja controle compartilhado (...).

10.25. Deste modo, refuta-se a hipótese supracitada e reafirma-se em caráter peremptório que **para a caracterização de sociedade puramente controlada pelo Estado [para fins de licitação/contratação] é necessária a propriedade pelo Estado da maioria das ações com direto a voto da companhia [considerando que a definição do termo ‘controlada’ para os fins de direito público regulados pela Lei 8.666/1993 (licitações e contratos da Administração Pública) deve ser a mesma que apresenta em outras normas jurídicas de natureza pública, como, por exemplo, o art. 2º, inciso II, da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF), ao passo que o termo ‘controlada’ para os fins de direito privado (constituição e atuação empresarial de sociedades privadas) tem, nesse contexto, a acepção da legislação própria para tais fins, como o art. 116 da Lei 6.404/1976 (Lei das SA’s) e o art. 1.098 da Lei 10.406/2002 (Código Civil).]**

TC 008.837/2013-9, Sefti/TCU

‘143. Embora a CPM Braxis seja uma empresa controlada pela Caixa de forma compartilhada, de acordo com a legislação de direito privado, o controle obtido pela estatal não é da mesma intensidade exigida em normas de direito administrativo, as quais requeuem que a União detenha a maior parte do capital votante da empresa privada. Como foi exposto anteriormente, a Caixa não detém a maioria do capital votante da CPM Braxis, de modo que não se cumpre requisito indispensável para considerá-la como uma empresa controlada no âmbito do direito administrativo.’

34. A questão, portanto, independe se a Caixapar for ‘subsidiária’ ou ‘controlada’. Em ambos os casos é necessária a propriedade pelo Estado da maioria das ações, pois **ainda que a participação societária seja significativa e o controle compartilhado, a influência estatal é, de todo modo, minoritária e não representa uma finalidade pública fundada em imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, como reza o art. 173 da CF/1988.**

35. O assunto das contratações entre Caixa e CPMBraxis depende inexoravelmente do cumprimento do artigo 24, inciso XXIII da Lei 8.666/93. Ou seja, **só é permitida a dispensa de licitação entre estatal e sua controladora caso a primeira detenha o status de controladora da segunda, o que, para fins do direito público, somente se dá mediante participação acionária majoritária**. Como exposto anteriormente, a Caixa não detém o status de controladora do negócio, pois não é proprietária da maioria das ações com direito a voto, embora participe de alguns pontos

da administração da CPMBraxis como parceira minoritária do negócio, sem inclusive fruir do poder de veto. Como a Caixapar não é acionista controladora da CPMBraxis, não há que se falar em contratação direta entre ela e a Caixa Econômica Federal. Sem gozar do status de controladora para a consecução de contratos por dispensa entre a estatal federal e a sua sócia, esta secretaria entende que os atuais contratos de serviços da Caixa Econômica Federal firmados com a CPMBraxis são ilegais, por descumprimento ao artigo 24, inciso XXIII da Lei 8.666/93. Esse entendimento, inclusive, foi reforçado em recente deliberação do Plenário (Acórdão 3.019/2015 TCU/Plenário), no âmbito do TC 008.837/2013-9.

36. Em suma, o que se extrai desta representação é que a aquisição das participações acionárias da CPMBraxis pela Caixapar não sobreveio para atender o quesito da complementariedade exigido pelo art. 2º, caput da Lei 11.908/09, mas para a empresa (CPMBraxis) ser contratada pela Caixa Econômica Federal por dispensa de licitação. No entender da SecexFazenda, a manobra não encontra respaldo no ordenamento jurídico, por se tratar de dupla ilegalidade: contraria tanto o disposto no artigo 2º, caput, da Lei 11.908/2009, quanto o disposto no artigo 24, inciso XXIII da Lei 8.666/93.

IV) Das consequências de eventual desfazimento da parceria entre CPMBraxis e Caixapar

37. Sendo ilegais tanto a aquisição das participações acionárias da CPMBraxis pela Caixa par quanto a contratação direta dos serviços da empresa pela Caixa Econômica Federal, o caminho jurídico natural é o desfazimento do negócio.

38. Com relação ao tema, alude a CPMBraxis que a Caixa terá prejuízos consideráveis caso quaisquer dos contratos em vigor forem interrompidos, vez que não serão facilmente continuados ou retomados por terceiros através de processos licitatórios, dada a complexidade e a natureza estratégica dos mesmos (peça 62, item 150). Afirma ainda que uma eventual interrupção desses serviços acarretará um impacto imediato e irrecuperável para a Caixa, seus clientes, os beneficiários dos programas sociais do Estado, bem como para CPMBraxis (peça 62, item 154), sem contar a ocorrência de atrasos substanciais à agenda de programas sociais, o que prejudicaria a competitividade do banco (peça 62, item 155).

39. Diante do potencial impacto que a interrupção repentina dos contratos causaria às partes envolvidas no negócio e a terceiros beneficiários, propõe-se que o desfazimento do negócio seja feito após o cumprimento do prazos contratuais vigentes. Assim, terminado o prazo original dos atuais contratos de Tecnologia da Informação firmados entre Caixa e CPMBraxis, finda-se os mesmos sem a possibilidade de prorrogação. Ficam então as partes interessadas (Caixa, Caixapar e CPMBraxis) responsáveis por elaborar, no prazo de 90 dias, plano de ação para o desfazimento /anulação da operação de aquisição de ações da Caixapar pela CPMBraxis.

CONCLUSÃO

40. Os investimentos realizados pela Caixapar na CPMBraxis não atenderam o disposto no artigo 2º da Lei 11.908/2009, cuja redação exige que a empresa recebedora dos investimentos pertença ao setor financeiro ou, pelo menos, seja de ramo complementar a este, como é o caso de outras empresas que compõem a carteira de investimentos da Caixapar: **empresas seguradoras** (Caixa Seguradora S.A.), **empresas de securitização** (Companhia Brasileira de Securitização, CIBRASEC) e **empresas de cartões de crédito** (Cielo S.A. e Elo Serviços S.A.). Para ser considerada uma atividade complementar, para fins de enquadramento na Lei 11.908/2009, entende-se que tanto a empresa adquirente das ações quanto a adquirida devem operar no mercado financeiro em conjunto, atuando como um conglomerado, fornecendo (ambas as empresas) **produtos e serviços de natureza econômico-financeira** que se somam, se completam, agregando valor às partes. No presente caso, em que a companhia adquirida não atua diretamente no mercado financeiro, trata-se de mera prestação de serviço de Tecnologia da Informação (ramo cuja natureza não é efetivamente complementar ao setor financeiro, para fins de aplicação da Lei 11.908/2009), a ser contratada mediante o devido processo licitatório (itens 19 a 27).

41. Verificou-se também que a Caixa não goza do status de controladora do negócio, embora a estatal participe de alguns assuntos (sem poder de veto) na condução do negócio. **O fato da sócia**

estatal e exercer parte da administração no negócio, sem poder de veto, não transforma e la em figura majoritária, controladora do negócio. A outra acionista da Caixapar, CPMBraxis Capgemini S.A, é quem de fato exerce o controle do negócio, dando cumprimento aos requisitos expressos na Lei 6.404/76 (itens 28 a 30).

42. No que tange aos serviços de TI prestados pela CPMBraxis para a Caixa Econômica Federal, viu-se que as contratações dependem inexoravelmente do cumprimento do artigo 24, inciso XXIII da Lei 8.666/93. Ou seja, só é permitida a dispensa de licitação entre estatal e sua controladora caso a primeira de tenha o status de controladora da segunda. Como a Caixapar não é acionista-controladora da CPMBraxis, não há que se falar em contratação direta entre ela e a Caixa Econômica Federal. Sem gozar do status de controladora para a consecução de contratos por dispensa entre a estatal federal e a sua sócia, esta secretaria entende que os atuais contratos de serviços da Caixa Econômica Federal firmados com a CPMBraxis são ilegais, por descumprimento ao artigo 24, inciso XXIII da Lei 8.666/93. Em suma, o que se extrai desta representação é que a aquisição das participações acionárias da CPMBraxis pela Caixapar não sobreveio para atender o quesito da complementaridade exigido pelo art. 2º, caput da Lei 11.908/09, mas para a empresa (CPMBraxis) ser contratada pela Caixa Econômica Federal por dispensa de licitação. No entender da SecexFazenda, a manobra não encontra respaldo no ordenamento jurídico, por se tratar de dupla ilegalidade: contraria tanto o disposto no artigo 2º, caput, da Lei 11.908/2009, quanto o disposto no artigo 24, inciso XXIII da Lei 8.666/93(itens 31 a 35).

43. Diante do potencial impacto que a interrupção repentina dos contratos causaria às partes envolvidas no negócio e a terceiros beneficiários, propõe-se que o desfazimento do negócio seja feito após o cumprimento do prazos contratuais vigentes. Assim, terminado o prazo original dos atuais contratos de Tecnologia da Informação firmados entre Caixa e CPMBraxis, finda-se os mesmos sem a possibilidade de prorrogação. Ficam então as partes interessadas (Caixa, Caixapar e CPMBraxis) responsáveis por elaborar plano de ação para o desfazimento do negócio no prazo de 90 dias a contar da decisão dessa Corte (itens 36 a 38).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

44. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

- a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI do Regimento Interno deste Tribunal, para, no mérito, considerá-la procedente;
 - b) nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c art. 45 da Lei Orgânica do TCU, assinar prazo de 90 dias para que a Caixa Econômica Federal e a Caixa Participações S.A. apresentem plano de ação com vistas ao exato cumprimento do art. 2º, caput, da Lei 11.908/2009, contemplando as medidas necessárias ao desfazimento dos atos relativos à aquisição de participação acionária, pela Caixapar, na empresa CPMBraxis Capgemini S.A. (CPMBraxis), a ser ultimado ao término dos contratos de serviços vigentes entre a Caixa Econômica Federal e a CPMBraxis, sem possibilidade de prorrogação.
 - c) esclarecer à Caixa Econômica Federal e à Caixa Participações S.A. que o plano de ação acima referenciado deverá especificar, no mínimo: I - as ações a serem adotadas para dar cumprimento à determinação; II - os responsáveis pelas ações; III - os prazos para implementação.
 - d) encaminhar a cópia do Acórdão que sobrevier, assim como do Relatório e Voto que o fundamentarem à CPMBraxis Capgemini S.A, à Caixapar e à Caixa Econômica Federal;
 - e) arquivar o presente processo, nos termos do art. 169, V do Regimento Interno deste Tribunal.”
- É o relatório.

VOTO

Conforme visto no relatório precedente, cuidam os autos de acompanhamento com o fito de analisar especificamente a legalidade e a legitimidade da aquisição de participação acionária pela Caixa Participações S/A (CaixaPar), subsidiária integral da Caixa Econômica Federal, na empresa CPM Braxis S/A, conforme proposta formulada pela unidade instrutiva em 6/2/2015 e por mim autorizada (TC 033.668/2012-4, peças 41 e 47).

2. O presente acompanhamento insere-se no âmbito de uma série de processos autuados nesta Corte com o propósito de analisar a aquisição de participações acionárias minoritárias pela CaixaPar com suposto amparo na Lei 11.908/2009, que “*autoriza o Banco do Brasil S/A e a Caixa Econômica Federal a constituírem subsidiárias e a adquirirem participação em instituições financeiras sediadas no Brasil*”.

3. Nessa esteira, a CaixaPar adquiriu participações acionárias em duas empresas, Branes Negócios e Serviços S/A e CPM Braxis S/A, que atuam na área de tecnologia da informação (TI). O modelo de negócio pensado para essas duas empresas consistia, basicamente, em formar sociedades com companhias especializadas no ramo de TI, por intermédio de participações acionárias minoritárias, para que, em seguida, as referidas empresas prestassem serviços para a Caixa Econômica Federal, mediante contratação direta, de tal modo que, a meu ver, é impossível dissociar as análises de ambos os casos.

4. A Branes Negócios e Serviços S/A apresenta-se como uma *joint venture* idealizada pela IBM e pela Caixa, com a intermediação de um fundo de investimento em participação (FIP). No âmbito dessa organização societária, a IBM ficou com 51% das ações, a Funcef com 11,75% e a CaixaPar com 2%, de forma direta, e 35,25%, de forma indireta (por meio do FIP), totalizando uma participação de 37,25% no capital da companhia.

5. A fim de fiscalizar os negócios atinentes à Branes Negócios e Serviços S/A, foram autuados os TC's 029.884/2012-8 e 033.668/2012-4 para tratarem, respectivamente, da contratação direta da empresa e da sua constituição.

6. Destaco que a divisão em dois processos serve apenas para fins de organização processual. Aliás, é bom frisar a interconexão entre ambos os momentos e o aspecto temporal das operações, pois, como dito, a aquisição de participação acionária em empresas de TI aparentemente ocorreu com o propósito único de servir de pretexto para a contratação direta dessas empresas, por dispensa ou inexigibilidade de licitação, para a prestação de serviços desse ramo à Caixa Econômica Federal.

7. No primeiro processo (TC 029.884/2012-8), foi adotada medida cautelar determinando à Caixa Econômica Federal que se abstivesse de adotar quaisquer atos relativos ao contrato firmado com a empresa, por considerar, em juízo de cognição sumária e não exauriente, a existência de elementos a indicar que ela não se enquadra no conceito de controlada para fins de subsunção ao disposto no art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/1993, estando pendente de julgamento de mérito.

8. O segundo processo (TC 033.668/2012-4) foi julgado por meio do Acórdão 894/2015-TCU-Plenário, tendo o Tribunal assinado prazo para adoção das medidas necessárias ao desfazimento dos atos relativos à aquisição de participação acionária pela CaixaPar na Branes Negócios e Serviços S/A, estando, atualmente, em fase recursal.

9. Da mesma forma, em relação à CPM Braxis S/A, foram autuados o TC 008.837/2013-9 e o presente processo, versando, respectivamente, sobre as contratações diretas já efetuadas e sobre a aquisição de participação.

10. No processo que trata das contratações (TC 008.837/2013-9), por meio do Acórdão 3.019/2015-TCU-Plenário, também foi adotada medida cautelar determinando à Caixa Econômica Federal que “*abstenha-se de efetuar novas contratações com a CPM Braxis S/A, (...) bem como de aditar quantitativos ou valores aos contratos em execução, salvo para alterações pontuais de adequação que, justificadamente, sejam necessárias à conclusão dos serviços*”.

11. No bojo deste TC 003.330/2015-0, consta que a CaixaPar adquiriu participação societária de 22% do capital social, equivalente a 24,4% do capital votante, da CPM Braxis S/A, pelo valor total de R\$ 321,66 milhões. Eis como teria ficado a estrutura acionária da empresa investida, de acordo com informação produzida em 21/5/2012 (peça 8, p. 5):

Post-Transaction CPM Braxis Shareholding Structure	Ownership	%	Voting	%
Capgemini do Brasil	155,908,350	55.8%	155,908,350	62.0%
CaixaPar (Secondary & Recap Shares)	61,423,000	22.0%	61,423,000	24.4%
CPM Holdings (<i>Bradesco holdings</i>)	27,241,268	9.8%	21,179,590	8.4%
Braxis Technologia Da Informacao SA	11,782,838	4.2%	6,316,696	2.5%
Uniao Participacoes LTDA (<i>Bradesco holdings from 2011 recap</i>)	-	-	-	-
Uniao Participacoes LTDA (<i>Bradesco holdings originally held</i>)	11,747,580	4.2%	-	-
Alothon Group (<i>indirect holding through CPM Holdings</i>)	6,074,451	2.2%	6,074,451	2.4%
Infors Investimentos LTDA	2,604,802	0.9%	-	-
Cristal Delaware LLC	800,218	0.3%	-	-
Jose Luiz Teixeira Rossi	466,980	0.2%	466,980	0.2%
SERPartners Participacoes e Administracao SA	329,769	0.1%	-	-
SBS Servicos De Informatica LTDA.	290,945	0.1%	290,945	0.1%
BDS Technology LLC	290,409	0.1%	-	-
NextGenB LLC	234,829	0.1%	-	-
Board of Director Members	16	0.0%	16	0.0%
Total Shares	279,195,456	100.0%	251,660,028	100.0%

12. Em 30/7/2015, exarei despacho determinando a oitiva das empresas interessadas para manifestarem-se, no mérito, sobre todos os fatos em análise no processo (peça 32). A Caixa Econômica Federal e a CaixaPar apresentarem resposta conjunta (peça 58), bem assim a CPM Braxis S/A e a Capgemini Latin America (peça 62).

13. Feito esse breve introito, passo ao exame de mérito.

I. Do alcance do permissivo instituído pela Lei 11.908/2009, do enquadramento da atividade exercida pela CPM Braxis S/A e da superveniência da Lei 13.262/2016

14. De início, transcrevo o dispositivo da Lei 11.908/2009 que, em tese, conferiu suporte à aquisição de participação acionária na CPM Braxis S/A pela CaixaPar:

“Art. 2º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, além dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro, com ou sem o controle do capital social, observado o disposto no inciso X do caput do art. 10 daquela Lei. (Vide Decreto nº 7.509, de 2011)”

15. No voto condutor do Acórdão 894/2015-TCU-Plenário, sustentei que a Lei 11.908/2009 (resultante da conversão da Medida Provisória 443/2008) teve como objetivo principal fomentar o mercado de crédito nacional, em um cenário de severo estrangulamento decorrente da crise imobiliária

que se iniciara nos Estados Unidos em meados de 2008, conforme se extraí da exposição de motivos que acompanhou a apresentação da medida. Em outras palavras, a norma foi editada em virtude da contração de liquidez decorrente da crise internacional de crédito.

16. Para tanto, a nova legislação ampliou, temporariamente, os mecanismos de intervenção estatal na economia, com o intuito de impulsionar o crédito, e, por conseguinte, o mercado, por meio da participação de instituições estatais em empresas que exercessem atividades inerentes ou complementares à do setor financeiro. Tal concessão partiu da conjuntura de desprovimento de recursos de empresas do setor financeiro diante do premente cenário de crise, tendo como foco a expansão do setor naquele contexto de dificuldades econômicas.

17. Por certo, as empresas que atuam no ramo de TI não exercem atividade inerentemente afeta ao setor financeiro. A dúvida, então, residia em definir se, para os fins da Lei 11.908/2009, o ramo de TI era uma atividade complementar à do setor financeiro.

18. Por ocasião do Acórdão 894/2015-TCU-Plenário, defendi que determinada empresa, para exercer uma atividade considerada como complementar à do setor financeiro para os fins daquela norma, deveria operar em conjunto com o banco estatal no mercado, “*ambas atuando como um conglomerado, fornecendo produtos e serviços que se somassem, completassem, agregando valor às duas partes*”. Do contrário, tratar-se-ia de simples contratação, com prestação de serviços e contraprestação remuneratória.

19. Muito embora inegável a relevância dos serviços de TI para a operacionalização das atividades bancárias, destaquei que não era a importância dessa atividade que estava em discussão, não havendo qualquer interferência dessa questão no alcance dos comandos contidos na Lei 11.809/2009. Para melhor compreensão, julgo pertinente transcrever meu raciocínio:

“37. Se, por um lado, o serviço de TI sustenta o ciclo operacional das instituições financeiras, por outro, ele não pode ser considerado complementar ao exercício da atividade destas instituições, porque a prestação de serviços de tecnologia não compõe tipo de operação que se preste a atender a demanda e oferta de recursos financeiros no mercado e nem mesmo a intermediação ou troca de moeda, atividade de mercado, esta sim, verdadeiramente complementar e inerente ao setor financeiro, consoante dispõe o artigo 2º, caput, da Lei 11.908/2009.

38. Para suportar a premissa de que, para os fins daquele dispositivo, o serviço de TI é complementar ao setor financeiro, então todo o espectro de serviços que meramente alimenta o funcionamento de uma empresa também o será. Por essa ótica, qualquer serviço que não seja de TI mas que auxilie a operacionalização de uma determinada empresa (e.g. segurança, limpeza, manutenção) também serviria a tal propósito, o que evidentemente extrapolaria qualquer limite aceitável de aplicação da norma em comento.”

20. Assim, a aquisição de participação acionária em uma empresa privada para a mera prestação de serviços de TI não teria o condão de reverter a situação de retração internacional do crédito, ampliar a oferta de divisas ou expandir a liquidez no mercado interbancário, salvaguardando as necessidades do setor financeiro nacional. Ao fim, concluí que os serviços de TI não possuiriam qualquer característica singular que possibilitasse seu enquadramento como complementar às atividades do setor financeiro, à luz da Lei 11.908/2009.

21. No tocante a estes autos, que tratam da aquisição de participação acionária minoritária na CPM Braxis S/A pela CaixaPar, mantenho na íntegra o entendimento que expressei no voto condutor do Acórdão 894/2015-TCU-Plenário, plenamente aplicável ao presente caso, motivo pelo qual não hesitaria em, desde já, reconhecer a ilegalidade da referida aquisição.

22. Ocorre que, recentemente, foi publicada a Lei 13.262/2016 (resultante da conversão da Medida Provisória 695/2015), com a seguinte disposição:

“Art. 1º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão constituir ou adquirir participação em empresas, inclusive no ramo de tecnologia da informação, nos termos e condições previstos no art. 2º da Lei nº 11.908, de 3 de março de 2009.

§ 1º A autorização prevista no caput é válida até 31 de dezembro de 2018.”

23. Como se vê, o novo diploma retomou a proposta anterior, mais uma vez autorizando o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal a adquirirem participação nos termos e condições previstos no art. 2º da Lei 11.908/2009, desta feita até 31/12/2018.

24. À vista disso, gostaria de destacar dois aspectos que chamaram a minha atenção: a motivação da nova norma legal e a menção explícita ao ramo de TI.

25. Em primeiro lugar, o contexto que levou à edição da nova medida em 2015 não se assemelha àquele que pairava em 2008. E nem poderia ser diferente, uma vez que os efeitos deletérios da instabilidade econômica derivada da crise internacional de 2008 já se consolidaram no tempo, ainda que por ventura possam estar relacionados às sucessivas crises que frequentemente abalam o cenário econômico mundial. Na realidade, creio que, em 2015, as recentes complicações no ambiente político e social influenciam mais a conjuntura econômica brasileira do que os fatores internacionais.

26. É por isso que a exposição de motivos da Medida Provisória 443/2008 possui conotação nitidamente diversa da apresentada em relação à Medida Provisória 695/2015. A primeira, como já dito, visava a reverter a situação de retração internacional do crédito, ampliar a oferta de divisas e expandir a liquidez no mercado interbancário. Já a segunda tem o objetivo de “*igualar as condições de concorrência dos bancos públicos com instituições privadas*”:

“A proposta objetiva fortalecer o Banco do Brasil S.A - BB e a Caixa Econômica Federal - CEF, principais bancos públicos federais do País que exploram atividade econômica, ao capacitá-los para concorrer em igualdade de condições com instituições financeiras privadas (...).”

27. O segundo aspecto diz respeito à ampliação das empresas que poderão ser constituídas ou ter participação adquirida, nos termos da recente Lei 13.262/2016. A meu ver, tal situação apenas corrobora o posicionamento adotado no Acórdão 894/2015-TCU-Plenário, no sentido de que a atividade de TI é sim estratégica para a atuação das instituições bancárias, mas definitivamente não é uma atividade inerente ou complementar à do setor financeiro, conforme era exigido pela Lei 11.908/2009. Assim, a menção explícita ao ramo de TI na Lei 13.262/2016 expande o rol das empresas que podem ser objeto da permissão temporária.

28. Em face do exposto, creio que se encontra superada a questão da autorização para aquisição de participação acionária em empresa do ramo de TI, em face do advento da Lei 13.262/2016, motivo pelo qual este Tribunal poderia convalidar a aquisição de participação minoritária na CPM Braxis S/A pela CaixaPar, caso não existissem outras dúvidas sobre a operação, mormente no tocante ao nível de controle da estatal na sociedade privada e ao motivo da aquisição.

II. Da definição de empresa público-privada, do critério para identificar o acionista controlador, da diferença entre empresa controlada e participada, do regime jurídico aplicável a cada tipo e da impossibilidade de exercício pelo Estado da preponderância do poder de controle numa empresa público-privada.

29. Antes de prosseguir, devo tecer algumas considerações preliminares sobre as chamadas empresas público-privadas ou semiestatais ou paraestatais.

30. Adotarei neste voto o termo “empresas público-privadas”, introduzido com mais minúcias pelo jurista Alexandre Santos de Aragão, em 2009, e com o qual coadunam os autores de outros estudos recentes sobre o assunto, como, por exemplo, Carolina Barros Fidalgo (O Estado empresário:

das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado; no prelo) e Rafael Wallbach Schwind (Participação estatal em empresas privadas: as “empresas público-privadas”; tese de doutorado em direito; São Paulo: USP, 2014).

31. Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão, “*empresas público-privadas seriam, assim, as sociedades comerciais privadas com participação estatal, direta ou indireta, minoritária com vistas à realização de determinado objetivo público incumbido pelo ordenamento jurídico ao Estado*”.

32. Diga-se de passagem, de acordo com essa definição, a sociedade de propósito específico (SPE) é uma espécie do gênero empresas público-privadas, que se distingue pela aplicação do modelo de *project finance* (também chamado de financiamento estruturado), como as SPE’s previstas na Lei de Parcerias Público-Privadas e na Lei de Inovação Tecnológica. Mas não trata este processo de SPE’s, e sim da aquisição de participação acionária minoritária na CPM Braxis S/A pela CaixaPar, motivo pelo qual não se debaterá as características específicas do referido modelo.

33. Já disse em outras assentadas que a temática em discussão é nova, propensa a controvérsias e sujeita a evoluções. É também um assunto que possui infinitas nuances e peculiaridades, cujo estudo poderia abordar o desenvolvimento do intervencionismo do Estado brasileiro no domínio econômico, as características e finalidades da Administração Indireta e da descentralização administrativa, o histórico dos problemas ocorridos na atuação das empresas estatais federais, a existência de empresas atuando como meros órgãos administrativos, os ajustes promovidos pela CF/1988 reduzindo a atuação do Estado como agente na esfera da atividade econômica e estabelecendo em seu art. 173 as hipóteses para tal, a aplicabilidade dos princípios da livre iniciativa e da subsidiariedade que regem a intervenção do Estado na economia, a finalidade da participação do Estado como sócio minoritário de empresas privadas, os critérios e a forma de escolha do parceiro societário, as características e a formalização da parceria (p.ex., garantia de certos poderes por meio de acordo de acionistas), a definição das estruturas de controle aplicáveis, a forma de controle externo passível de ser exercido pelo TCU, etc.

34. Conforme assinalei no voto condutor do Acórdão 2.734/2015-TCU-Plenário, não é preciso muito esforço imaginativo para verificar que a utilização pelo Estado tanto de empresas privadas com participação estatal quanto de empresas públicas com personalidade jurídica de direito privado tem lugar especialmente em função das prerrogativas que lhe são intrínsecas. No meu sentir, tal forma de ação deve-se muito mais à busca de maior libertação dos grilhões do regime do direito público do que à necessidade (real ou eventual) de adequação do regime jurídico de tais empresas às atividades que por elas são executadas. Busca-se liberar determinadas áreas ou atividades dos procedimentos burocráticos e formais impostos de forma geral aos órgãos e entidades da Administração, mas sem quaisquer garantias de que tais empresas sejam geridas para atender os princípios que devem pautar a intervenção do Estado na economia ou que atinjam os objetivos de eficiência e agilidade pretendidos.

35. Nesse sentido, merece atenção o alerta de Carolina Fidalgo (obra citada) no sentido de que não é muito profícuo especular se o Estado forte é bom ou necessário, ou se o chamado capitalismo estatal é ou não inevitável, uma vez que a escolha pela intervenção na economia já foi adotada pela Constituição. Continua a autora:

“É evidente, contudo, que essa escolha será submetida a alguns limites constitucionais, como o princípio da proporcionalidade e da eficiência, muito fluidos, contudo, para permitir uma enumeração completa dos casos em que o Estado pode intervir na economia e quais instrumentos deverá utilizar para cada hipótese.”

Mas, de toda forma, o Direito possui um importante papel nesse processo de escolha: se não é possível enumerar de antemão e de forma exaustiva por que e como o Estado deve intervir na economia, cabe ao Direito impedir que os (reais) motivos da intervenção sejam inconstitucionais (e, por isso, as teorias do interesse privado são importantes), impor que a escolha da forma de intervenção seja fundamentada e considere os seus riscos e possíveis alternativas (como que em uma análise de impactos da intervenção), bem como determinar uma avaliação, pelo

Estado, da eficiência dos meios por ele escolhidos para o atendimento dos fins almejados, a fim de evitar o desperdício de recursos públicos.”

36. Obviamente, não tenho (e nem poderia ter) a pretensão de esgotar o assunto nesta feita. Logo, o posicionamento que expressarei pode, naturalmente, ser reconsiderado no futuro em função da presumível progressão da matéria. E a fim de que este voto não se estenda o equivalente a uma tese de doutorado, tentarei manter o foco apenas nas questões mais relevantes para o deslinde destes autos. Os demais aspectos poderão ser interpelados em outros processos (ou fases processuais) que requeiram o seu desdobramento.

37. De fato, esta Corte tem se deparado com diversos processos que enfrentam situações nas quais empresas estatais figuram como sócias minoritárias em empresas privadas e com elas mantêm (ou pretendem manter) alguma relação contratual, a exemplo dos recentes Acórdãos 894, 1.344, 1.602 e 1.985/2015, todos do Plenário, em relação aos quais atuei como relator ou revisor da matéria.

38. O cerne da discussão está no regime jurídico aplicável às empresas público-privadas. Para resolver a polêmica, é necessário perquirir como se configura o poder de controle na nova companhia, em que medida essas novas empresas são controladas pelo Estado e quais os efeitos da parcela de controle exercido. Tudo isso para aquilatar se tais empresas integram ou não a Administração Pública, ou seja, se sobre elas incidem mecanismos de direito público ou privado e quais as implicações do regime jurídico cabível.

39. Embora tenha muitas ressalvas ao expansionismo estatal, relacionadas aos motivos acima delineados, não abordarei neste voto as origens do novo modelo e as razões pelas quais tem se alicerçado. Por ora, basta dizer que, segundo consta em instruções no âmbito do TC 029.884/2012-8, com base em parecer emitido por Marçal Justen Filho, a constituição de uma empresa público-privada é medida de fomento estatal para incentivar a iniciativa privada a adotar as condutas desejadas a fim de obter, de modo indireto, a finalidade buscada pela Administração. A criação de uma empresa público-privada caracteriza-se não como uma modalidade clássica de fomento, onde o Estado desempenha uma função passiva, editando regras ou prevendo benefícios, mas sim como uma medida extraordinária, cuja vantagem essencial é o aporte pelo Estado de uma parcela dos recursos necessários ao empreendimento, que será desenvolvido por uma sociedade privada subordinada ao respectivo regime.

40. Parte da doutrina assevera que a atividade de fomento possui, como limite jurídico, o princípio da isonomia. Sobre isso, pertinente transcrever:

“Em seu nunca suficientemente elogiado *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, Celso Antônio Bandeira de Mello desvelou com precisão o princípio constitucional da isonomia (...). Para o autor, para que seja compatível com o princípio da isonomia, o tratamento desigual deve estar fundado em critério diferencial que não singularize de modo absoluto o indivíduo que se será tratado de forma peculiar, pois do contrário ‘corresponderia ou à imposição de um gravame incidente sobre um só indivíduo ou à atribuição de um benefício a uma única pessoa’, situações incompatíveis com a ideia de igualdade. (...) Respeitadas tais orientações, qualquer traço diferencial pode ser invocado como razão de ser de um tratamento jurídico desigual, o que não significa, contudo, que tal tratamento desigual seja válido à luz do princípio da isonomia. (...)

Não é difícil perceber que a atividade de fomento oferece um vasto campo para que a Administração Pública atue ao arreio do princípio da isonomia. Afinal, trata-se de uma atividade marcada pela concessão de vantagens e benefícios aos particulares que ajam em conformidade com o desejo estatal, que por conta de sua escolha recebem um tratamento especial, eventualmente prejudicial aos que não sucumbem aos incentivos oferecidos pelo Estado (...).

O maior risco à isonomia é que os benefícios e privilégios sejam distribuídos sem qualquer critério racional que justifique o tratamento diferenciado. (...) O exercício da atividade de

fomento sem controles jurídicos pode levar a um ‘Estado de amigismo’, obviamente incompatível com o Estado de Direito.

A palavra-chave, aqui, é transparência: o Estado precisa definir os critérios objetivos que deverão ser preenchidos para que os interessados possam ser beneficiados por medidas de fomento. (...) Estando bem definidos os critérios objetivos que serão utilizados para a escolha dos beneficiários, o princípio da isonomia exige que todos os que preencham as condições definidas pela Administração sejam contemplados pela medida de fomento. Caso isso não seja possível, em situações em que haja escassez de recursos, a escolha dos beneficiários deve se dar através de um procedimento competitivo, também fundado na objetividade (...).

E não se olvide da relevância da motivação dos atos administrativos, exigência que pode impedir que a atividade administrativa de fomento seja exercida sem observância ao princípio da isonomia, ao obrigar o agente administrativo a expor as razões de fato e de direito que o levaram a conceder tal e qual benefício a esse ou aquele particular. (...) Não se tratasse de um princípio que deriva da própria ideia de Estado Democrático de Direito, a motivação em tais casos seria indispensável para impedir que recursos públicos fossem mal utilizados, como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello em passagem feita sob medida para o fecho do presente trabalho: ‘em País no qual a Administração frequentemente pratica favoritismos ou liberalidades com recursos públicos a motivação é extremamente necessária em atos ampliativos de direito’.” (MELLO, Rafael Munhoz de; Atividade de fomento e o princípio da isonomia; Salvador: Redae, 2011)

41. Ao fim, após mencionar que, por vezes, a Administração Pública atinge a esfera jurídica dos particulares com medidas de cunho negativo, o autor conclui que “*a situação é pior no exercício da atividade de fomento, em que as medidas administrativas geram benefícios e não restrições, o que leva a Administração a agir como se estivesse livre de quaisquer amarras jurídicas, distribuindo favores a quem lhe parecer conveniente, algo de todo incompatível com a ideia de Estado de Direito*”.

42. Tais ponderações são em tudo aplicáveis à disciplina das empresas público-privadas, não apenas em relação à forma e à motivação dos atos que resultaram na escolha do sócio privado, como também na relação das empresas estatais com as empresas público-privadas. O Estado deve se cercar de todos os cuidados possíveis para que o fomento de operações societárias não ocasione concentração de mercado, ofensa ao princípio da isonomia ou prejuízo à livre concorrência.

43. As características fundamentais na atuação de empresas público-privadas residem na ausência de integração no âmbito da Administração Pública, na inexistência de desempenho de função estatal de qualquer natureza e na não aplicação dos princípios próprios do direito público. Assim, é da natureza da constituição de uma empresa público-privada que essa se baseie exclusivamente na existência de um empreendimento privado. Todos os benefícios a serem produzidos dependem do seu enquadramento no regime de direito privado.

44. Se a participação de um sócio estatal afetasse a natureza privada da nova companhia e causasse sua sujeição ao regime de direito público, sua atuação seria malograda. A aplicação do regime de direito público também ocasionaria a desnaturação da empresa público-privada e colocaria em xeque sua própria necessidade e existência. Diga-se de passagem, é muito provável que o parceiro particular se recusasse a participar ou a continuar no empreendimento se a existência de recursos públicos acarretasse a submissão da nova empresa a todos os atributos do regime de direito público.

45. Sendo lícito à Administração constituir empresas público-privadas com todos os privilégios intrínsecos à espécie, deve-se reconhecer, na outra mão, o necessário contrapeso. É por isso que Marçal Justen Filho conclui, no precitado parecer, que, se a empresa público-privada possui natureza essencialmente privada e não se subordina a quaisquer das características próprias das entidades administrativas, também não se admitirá que ela seja beneficiária de qualquer vantagem decorrente da qualidade do sócio estatal, ou seja, a participação do sócio estatal não produz qualquer

efeito jurídico relativamente às relações jurídicas de que participa a nova empresa, produzindo-se uma imunização dos atributos dos sócios.

46. A essa mesma conclusão chegou Rafael Schwind (obra citada):

“Já a empresa público-privada desempenha um empreendimento privado - ainda que haja algum interesse estatal na sua atuação. A forma jurídica adotada volta-se especificamente para a finalidade de se desempenhar um empreendimento privado. Mesmo nos casos em que a empresa público-privada preste um serviço público, para ela a atividade desempenhada será um empreendimento privado, como ocorre, por exemplo, com qualquer empresa privada que seja concessionária de um serviço público.

Se a simples participação de um ente estatal comprometesse a configuração privada da sociedade e a submetesse, ainda que parcialmente, ao regime jurídico de direito público, a própria constituição da empresa estaria frustrada. Outra forma jurídica - possivelmente a de uma empresa estatal, integrante da Administração - deveria ser adotada.

O fato é que, se as contratações da empresa público-privada fossem submetidas a licitação, se os seus empregados somente pudessem ser contratados mediante a realização de concursos públicos, se a criação de cargos dependesse de lei e se houvesse a adoção das demais decorrências da incidência do regime de direito público, seria mais lógico que se constituísse uma empresa estatal. Não faz sentido prever a participação estatal em empresas privadas como uma modalidade específica de intervenção do Estado na economia se ela se equiparasse em tudo às empresas estatais.

Na realidade, não há lógica na aplicação do regime de direito público às empresas aqui denominadas de público-privadas. Esse tipo de associação empresarial do poder público com particulares somente faz sentido se for submetida ao regime de direito privado.

Na empresa público-privada, a entidade administrativa que a integra assumirá uma posição jurídica equivalente à de um sujeito privado. Serão assegurados a ela todos os direitos, poderes e deveres previstos para qualquer sócio privado, sem nenhuma diferença essencial em relação ao que ocorre em qualquer relacionamento societário em empresas privadas.

A entidade da Administração não poderá exercer os seus poderes de sócio para conduzir a empresa à realização de funções administrativas públicas. A empresa público-privada é uma entidade privada que não integra a Administração Pública. O sócio estatal deve compreender adequadamente essa circunstância e observar tais parâmetros. Caberá a ele submeter-se a todos os limites que se aplicam a qualquer sócio privado de um empreendimento desse tipo.

Isso significa que o sócio público não dispõe de prerrogativas públicas no âmbito interno da empresa público-privada. Existirá uma paridade no vínculo associativo entre os sócios, o que significa a ausência de poderes jurídicos diferenciados do sócio público em face do sócio privado.

Os poderes de que dispõe a entidade da Administração no âmbito interno da empresa são aqueles que a condição de sócio lhe conferiu na definição da modelagem concreta utilizada. (...) Eles decorrem da posição de sócio detida pelo ente estatal, e não pelo simples fato de o ente em questão integrar a Administração Pública. Tanto é que esses mecanismos de exercício do controle societário podem ser utilizados de modo geral em qualquer empresa privada que não conte com nenhuma participação estatal.”

47. Assim, penso não haver maiores dúvidas de que, pelo menos inicialmente, as empresas público-privadas, devido ao fato de terem personalidade jurídica de direito privado e de o Estado ter participação apenas minoritária, não integram a Administração Indireta, estando adstritas ao regime jurídico de direito privado.

48. A mera participação minoritária, sem que o poder de controle seja exercido pelo Estado, não é capaz de atrair para as empresas público-privadas as regras de direito público que tornam híbrido o regime aplicável às empresas estatais integrantes da Administração Indireta.

49. De acordo com a doutrina, emprega-se a expressão poder de controle no direito empresarial como aptidão para comandar em última instância as atividades empresariais, impondo-lhe os rumos, diretivas e orientações.

50. Ponto praticamente pacífico na doutrina é que o poder de controle em uma empresa não decorre apenas da propriedade das ações. Nas palavras de Rafael Schwind:

“(...) o exercício do poder de controle interno de uma empresa não deriva apenas da propriedade acionária. Ainda que ela seja um elemento relevante para a definição do controle societário, não se trata do único pressuposto para o exercício de poder no interior de uma sociedade comercial. Existe uma série de outros fatores que condicionam o exercício do poder de controle, e que podem levar a que sócios minoritários exerçam o poder de comando da empresa, ainda que detenham uma parcela muito pequena do seu capital social.”

51. É por isso que, ao participar de uma empresa público-privada, o sócio estatal deve, em regra, viabilizar mecanismos para que tenha condições de influenciar os rumos da nova companhia, a fim de que ela atinja os objetivos que serviram de fundamento para que o Estado se associasse ao empreendimento. Usualmente, utiliza-se o acordo de acionistas previsto no art. 118 da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas - LSA). Segundo Rafael Schwind:

“Tais mecanismos serão, em regra, o direito de eleger determinados conselheiros, a previsão de que deverá haver unanimidade em torno da aprovação de certas matérias - o que equivale a conceder ao Estado um direito de voto -, bem como a previsão de certas restrições à circulação de ações. (...)

Assim, o acordo de acionistas firmado entre o sócio estatal e o sócio privado garantirá que o Estado, mesmo não tendo preponderância no controle da empresa, irá dispor de condições para influenciar determinadas decisões. Ainda que se trate de um instrumento de direito societário, terá objetivos nitidamente regulatórios. As prerrogativas previstas em favor do sócio estatal no acordo de acionistas são ao mesmo tempo mecanismos para o cumprimento de objetivos buscados pelo Estado e decorrência do apoio institucional aplicado pelo Estado no empreendimento. (...)

Em termos teóricos, a utilização de um acordo de acionistas no âmbito de uma empresa público-privada reforça a constatação de que se trata de uma verdadeira parceria público-privada, de natureza societária, entre o Estado e a iniciativa privada, que se associam em torno de um empreendimento comum. Em vez de se valer de mecanismos impositivos, o Estado, em uma empresa público-privada, deverá negociar suas posições com o sócio privado.

Esse relacionamento de natureza societária se dará exatamente nos mesmos termos que ocorre em qualquer empresa privada. Nem poderia ser diferente, uma vez que a empresa público-privada não integra a estrutura estatal, e o Estado não tem preponderância no exercício do controle societário da companhia. Ao optar pela constituição de uma empresa público-privada em lugar de outros possíveis arranjos de intervenção na ordem econômica, o Estado faz uma opção consciente pelos mecanismos de direito privado, o que significa abrir mão de uma série de prerrogativas que eventualmente teria por outros meios.”

52. A celebração de um acordo de acionistas representa um compartilhamento do poder de controle. Para Carolina Fidalgo, o controle compartilhado é aquele no qual os atributos do controle (maioria de votos nas deliberações sociais e poder de eleger a maioria dos administradores) são exercidos por bloco de controle composto por sócios independentes. A autora menciona que:

“(...) somente há que se falar em controle conjunto ou compartilhado quando o grupo de controle exerce as prerrogativas e as responsabilidades que incumbem ao acionista controlador de forma coletiva, e quando as pessoas que constituem tal grupo agem e respondem como se fossem uma só pessoa, sem que, cada uma, por si só, possa ser caracterizada como acionista controlador.”

53. Historicamente, o acordo de acionista é utilizado como um instrumento aglutinador dos acionistas minoritários, que organiza o exercício de seus direitos de acionistas a fim de defender os seus interesses diante do acionista controlador. Ou seja, a minoria constitui um grupo que age como se fosse uma só pessoa. O panorama é diferente, por exemplo, nas situações em que dois sócios celebram

um acordo de acionistas, sendo que um dos sócios é o acionista majoritário e mantém para si os atributos do controle, caso em que deve ser caracterizado como acionista controlador, servindo o acordo, em tais situações, somente para garantir algumas prerrogativas para o outro sócio.

54. Sobre a necessidade de o grupo de controle agir de maneira uniforme para configuração do poder de controle, vale citar:

“Se a companhia tem Conselho de Administração e os membros do grupo controlador têm direito de indicar os conselheiros, o poder de controle somente é exercido se e enquanto os Conselheiros eleitos pelo grupo votam de modo uniforme. Por isso, é requisito usual do acordo de grupo controlador que seus membros se obriguem a fazer com que as pessoas por eles indicadas para o Conselho vote m em bloco, segundo as decisões do grupo.

(...) Quando os membros do grupo controlador repartem entre si a atribuição de indicar membros do Conselhos de Administração de controlada e o grupo elege apenas a maioria, e não a totalidade, dos seus membros (porque há conselheiros que representam acionistas minoritários), o acordo do grupo controlador requer estipulações que assegurem a reprodução, no Conselho de Administração da controlada, da condição essencial para a existência do grupo, que é o voto uniforme de seus membros. Daí a estipulação usual de que todos os membros indicados pelo grupo devem votar em bloco, segundo as decisões do grupo: se o voto não for uniforme, ou seja, se alguns dos conselheiros eleitos pelo grupo controlador votarem com o sócio minoritário, o grupo controlador perde o controle.” (PEDREIRA, José Luiz Bulhões; Acordo de acionistas sobre controle de grupo de sociedades; *In: Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*; São Paulo: RT, 2010)

55. Passa-se, então, a um ponto de suma importância. A empresa público-privada na qual foi celebrado um acordo de acionistas enquadra-se no conceito de “controlada” pelo Estado? Ou, então, será que o compartilhamento de parcela do poder de controle, por meio de acordo de acionistas, tem o condão de alterar o regime aplicável a tal empresa? A meu ver, dois caminhos são possíveis, ambos relacionados aos critérios que devem balizar a definição de empresa controlada.

56. Em 2007, foi constituída uma comissão de juristas a fim de elaborar um anteprojeto de lei para a nova organização da Administração Pública Federal. De acordo com a minuta do anteprojeto, entregue em 2009, eis as propostas dos juristas sobre o assunto:

“Art. 9º. As entidades estatais podem ter subsidiárias, que se integram à administração indireta, devendo sua instituição observar o disposto nos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição.

§ 1º São subsidiárias: (...)

II - das empresas estatais, as empresas estatais e fundações estatais por elas controladas;

Art. 10. As entidades estatais podem:

I - participar, quando autorizadas por lei específica, do capital de empresa não estatal, desde que isso não lhes confira, de modo permanente, preponderância nas liberações sociais ou poder para eleger a maioria dos administradores; (...)

§ 2º As empresas ou entidades com participação estatal a que se refere este artigo não integram a administração indireta e estão sujeitas ao regime jurídico que lhes é próprio, segundo sua legislação de regência, não lhes sendo aplicáveis o regime e os controles a que se submetem as entidades estatais.

Art. 15. (...)

§ 1º Controlada por entidade estatal é a empresa em que esta é titular de direitos que lhe asseguram, de modo permanente, preponderância nas deliberações ou o poder de eleger a maioria dos administradores.”

57. Em linha de consonância com a precitada minuta, Carolina Fidalgo afirma que algumas formas de intervenção societária não necessariamente conferem a seu titular o poder de controle da

companhia, já que não atendem à exigência de preponderância na tomada de decisões sobre a atividade da empresa. No dizer da autora:

“O direito de voto, por si só, não confere, necessariamente, uma influência preponderante. Isso dependerá, logicamente, das matérias com relação às quais esse direito de voto poderá ser exercido. O direito de nomear membros dos órgãos da administração, por sua vez, só denota preponderância se for relativo à maioria desses membros.

A detenção do poder de controle pelo Estado em uma sociedade privada só seria legítima se realizada a título provisório, a fim de cumprir um objetivo específico e transparente previsto na lei, já que o controle permanente importa na caracterização da sociedade como uma sociedade de economia mista de fato, ensejando a responsabilização daqueles que tiverem concorrido para a manutenção dessa situação.

O Estado não pode, a nosso ver, adotar técnicas societárias com a finalidade de burlar o regime constitucional aplicável às empresas estatais. Não nos parece legítimo que o Estado controle uma companhia senão através da constituição de uma sociedade de economia mista e da aplicação do regime previsto nos arts. 37 e 173 da Constituição Federal. (...)

Se o controle do Estado sobre uma sociedade privada não for transitório, haverá duas possibilidades: (i) ou se transforma a sociedade em sociedade de economia mista, mediante autorização legal específica para tanto; (ii) ou o Estado deverá se desfazer das ações e/ou direitos que lhe garantem o controle da sociedade.”

58. Do mesmo modo, Rafael Schwind assevera que, para a configuração de uma empresa público-privada, o essencial é que a preponderância do poder de controle não esteja de modo permanente com o Estado. Prossegue o autor:

“Fala-se aqui em ‘preponderância’ no exercício do poder de controle porque o Estado, ainda que minoritário, poderá integrar o bloco de controle e, nesse sentido, também exercerá poder de controle interno na sociedade.

Além disso, para a identificação de uma empresa público-privada, mencionou-se que o Estado não deve possuir ‘de modo permanente’ a preponderância no exercício do poder de controle interno. Com a menção à questão da permanência, procura-se tratar de situações em que o Estado, de modo transitório, possa adquirir de algum modo essa preponderância. Caso se trate de uma situação passageira, não permanente, não estará necessariamente descaracterizada a empresa público-privada. Entretanto, caberá definir se o Estado passará a ter tal preponderância de modo permanente ou não - o que poderá resultar, eventualmente, na própria estatização da empresa.

A identificação do poder de controle numa empresa público-privada será realizada por meio dos critérios previstos no artigo 116 da Lei nº 6.404 - os quais inclusive foram acolhidos pelo anteprojeto de lei da nova organização administrativa. Assim, entende-se por controlador aquele que é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente a maioria de votos nas deliberações e o poder de eleger a maioria dos administradores, e utiliza efetivamente os seus poderes para dirigir as atividades sociais.

Portanto, caberá ao particular o domínio do poder de controle da empresa público-privada. O sócio não estatal disporá, portanto, do poder de eleger a maioria dos administradores e de exercer a maioria dos votos nas tomadas de decisão.”

59. Rafael Schwind reputa que o indicativo essencial de exercício de poder no interior da empresa diz respeito à preponderância no exercício do poder de controle interno. O critério proposto é certamente menos objetivo do que o do percentual de participação acionária. Sobre isso, o autor alerta:

“Basta verificar a quantidade de estudos e discussões existentes sobre o exercício do poder de controle nas sociedades empresariais. O tema é altamente complexo. Discute-se o conteúdo do poder de controle e quando há o seu exercício ou o seu compartilhamento entre os sócios. Como o poder de controle é modulável, determinadas situações geram certa perplexidade por não haver uma certeza absoluta sobre se determinado sócio é ou não controlador.”

60. Alguns doutrinadores a ferram-se ao atributo da permanência como o caracterizador do controle acionário. Para esses, tal atributo indica que o poder de controle deve ser dotado de estabilidade, ou seja, basear-se em uma posição estrutural, de modo a não confundi-lo com situações conjunturais, esporádicas, fortuitas ou eventuais. Nesse sentido, Eduardo Munhoz (Aquisição de controle na sociedade anônima; São Paulo: Saraiva, 2013). O problema reside na ausência de definição legal de permanência, motivo pelo qual parte da doutrina continua usando o critério das “três últimas assembleias”, previsto nas antigas Resolução-CMN 401/1976 e Instrução-CVM 229/1995, ambas revogadas em 2002.

61. Outra linha de escritores defende que o critério de permanência para caracterização do poder de controle deve ser objeto de reinterpretação. Nessa direção, Erik Oioli (Regime jurídico do capital disperso na Lei das S/A; São Paulo: Almedina, 2014). Para ele, a expressão “de modo permanente” gera a ilusão de que o controle é um fenômeno estático, não sujeito a constantes mudanças na vida societária, quando na realidade é justamente o contrário. Conclui o autor:

“As teorias organizativas da empresa hoje se ocupam da adequada alocação de poder e riscos entre os diversos agentes relacionados à empresa, conferindo menor importância à dicotomia entre acionistas controladores e minoritários. O poder de controle, ao longo da vida empresarial, pode flutuar entre os referidos agentes em função da própria dinâmica que lhe é particular.”

62. Em suma, a proposta de Rafael Schwind é no sentido de definir as empresas público-privadas como sendo as sociedades comerciais privadas, não integrantes da Administração Pública, em que o Estado, por meio de um ente estatal, participa como sócio e se vale de instrumentos societários destinados a direcionar o comportamento da empresa para a realização de determinados objetivos públicos previstos no ordenamento jurídico, mas sem possuir, de modo permanente, preponderância no exercício do poder de controle. No interior das empresas público-privadas, o Estado atua como genuíno sócio sem preponderância no poder de controle, o que diferencia tais empresas das sociedades de economia mista.

63. De tudo quanto explanado até esse ponto, passo a sintetizar as conclusões que merecem nosso acolhimento. A ideia básica é que se impõem à empresa público-privada todos os instrumentos privados de incentivo à eficiência. A empresa deverá adotar os procedimentos mais eficientes e se orientará à obtenção de lucro. Isso quer dizer que a empresa estará direcionada a oferecer o maior rendimento possível para os recursos nela investidos. Para tanto, o desempenho das atividades da empresa público-privada deve se dar sob regime de direito privado, não se aplicando os princípios próprios do direito público.

64. Entende-se por acionista controlador aquele que é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria de votos nas deliberações e o poder de eleger a maioria dos administradores, e que utiliza efetivamente os seus poderes para dirigir as atividades sociais. Um bloco de controle, constituído por um grupo de sócios, deve agir de forma coletiva como se fosse uma só pessoa para ser caracterizado como acionista controlador. Nas situações em que o acionista majoritário celebra um acordo de acionistas, mas mantém para si os atributos do controle (maioria de votos nas deliberações sociais e poder de eleger a maioria dos administradores), deve continuar sendo considerado o acionista controlador.

65. O acordo de acionistas, do ponto de vista do sócio estatal que tem participação minoritária em uma empresa público-privada, tem o objetivo precípuo de prover determinado nível de influência sobre algumas decisões. As prerrogativas previstas em favor do sócio estatal no acordo de acionistas podem ser vistas tanto como mecanismos para o cumprimento de objetivos buscados pelo Estado quanto decorrência do apoio institucional aplicado pelo Estado no empreendimento. Embora o acordo de acionistas confira uma parcela de controle compartilhado ao sócio estatal, não o torna controlador da empresa público-privada e nem torna ela controlada por ele.

66. Portanto, não se trata de verificar tão somente a simples celebração do acordo de acionistas, por si só, para definir se uma empresa privada com participação do Estado é controlada ou não pelo sócio estatal. A questão vai além. Em cada caso, devem-se analisar as particularidades do acordo de acionistas e verificar qual sócio exerce o poder de controle de forma predominante.

67. Aplicando os critérios previstos no art. 116 da LSA (também usados na minuta da Nova Lei Orgânica da Administração), creio ser defensável o entendimento de que **acionista controlador é aquele sócio titular de direitos que lhe asseguram a preponderância nas deliberações sociais (maioria de votos nas assembleias) ou o poder de eleger a maioria dos administradores**. Em face da ausência de definição legal ou normativa, aliada à inexistência de consenso sobre o assunto, deixo de propor a aplicação do requisito da permanência.

68. Assim, se o sócio estatal for titular de tais direitos, está-se a falar de **empresa controlada**, sobre a qual deve incidir o mesmo regime híbrido atualmente aplicável às empresas estatais, em especial as regras e contrições do direito público, sendo necessária a sua adequação; caso contrário, trata-se de **empresa participada**, não integrante da Administração Indireta, sujeita unicamente ao regime de direito privado, aqui sim a empresa público-privada *stricto sensu*.

69. Como visto, o poder de controle em uma empresa não decorre apenas da propriedade das ações. Ao propor a utilização do critério da preponderância do poder de controle para identificar o sócio controlador, evoluí meu entendimento de forma sutil, mas relevante, considerando que, *a priori*, as empresas privadas controladas pelo Estado (repita-se: aquelas em que o sócio estatal exerce a preponderância do poder de controle por meio de direitos que lhe asseguram o domínio nas deliberações sociais ou o poder de eleger a maioria dos administradores) funcionarão tais quais as empresas em que o Estado detém a maioria do capital social com direito a voto.

70. Ou seja, **o exercício pelo Estado da preponderância do poder de controle numa empresa público-privada importa na sua caracterização como uma sociedade de economia mista de fato. O Estado não pode adotar técnicas societárias com a finalidade de burlar o regime constitucional aplicável às empresas estatais. Não quer me parecer legítimo que o Estado controle uma companhia privada senão através da constituição de uma sociedade de economia mista e da aplicação do regime previsto nos arts. 37 e 173 da CF/1988.**

71. Na realidade, penso que tal constatação guarda consonância com o que restou decidido no julgamento do Acórdão 1.344/2015-TCU-Plenário, quando esta Corte assentou de forma contundente que os fatos jurídicos efetivamente realizados no plano da existência é que devem servir de norte para a real aplicação da norma jurídica, não podendo ser afastados pelo mero uso formal de uma sutil engenharia jurídico-financeira, mormente quando dentre os propósitos figura o de tentar afastar o exercício constitucional pelo TCU do controle externo sobre a administração da coisa pública.

72. Se o Estado vier a ser caracterizado como o controlador de uma empresa público-privada, haverá duas possibilidades: 1) ou se transforma a empresa público-privada em sociedade de economia mista, mediante autorização legal específica para tanto e aquisição da maioria das ações com direito a voto, nos termos do art. 5º, inciso III, do Decreto-Lei 200/1967; ou 2) o Estado deverá se desfazer das ações e/ou direitos que lhe garantem a preponderância do poder de controle na empresa. Parece-me plausível que o prazo para cumprimento da segunda condição, na ausência de implemento da primeira, seja o mesmo que o anteprojeto da Nova Lei Orgânica da Administração propõe para situações similares: ao fim do exercício subsequente ao da assunção do controle (arts. 15, § 2º, e 18, § 3º).

III. Da prestação de serviços pela empresa público-privada para o sócio estatal mediante contratação direta com fundamento no art. 24, inciso XXIII (licitação dispensável), ou no art. 25 (licitação inexigível) da Lei 8.666/1993.

73. De se examinar, então, as implicações das conclusões acima no relacionamento entre as empresas estatais e as empresas público-privadas, especialmente no tocante à possibilidade de contratação direta das segundas para a prestação de serviços às primeiras.

74. Vale repasar que, apesar de ter como sócio um ente integrante da Administração Pública e de existirem recursos de origem pública no seu capital, a empresa público-privada não se subordina ao regime de direito público. Nem sequer integra a Administração Indireta, sendo que o sócio estatal não tem preponderância no seu controle. O simples fato de haver participação estatal na empresa público-privada não conferirá à sociedade qualquer vantagem perante o poder público. Na qualidade de pessoa jurídica de direito privado que não integra a Administração Pública, a empresa privada com participação estatal deve atuar em pé de igualdade com toda a iniciativa privada.

75. Outra é a situação na qual o Estado almeja exercer um certo nível de controle na empresa público-privada. Aplicando o critério da predominância do poder de controle, a empresa público-privada *stricto sensu* é aquela em que, independentemente de haver a celebração de acordo de acionistas, o sócio estatal não seja titular de direitos que lhe garanta a preponderância nas deliberações sociais ou o poder de eleger a maioria dos administradores. Trata-se, neste caso, de empresa meramente participada, não integrante da Administração Indireta, que permanece sujeita somente ao regime de direito privado.

76. Por outro lado, se o sócio estatal for titular de tais direitos, está-se a falar de empresa controlada, com funcionamento similar a uma empresa pública ou sociedade de economia mista em que o Estado detém a maioria do capital social com direito a voto, sobre a qual deve incidir o mesmo regime híbrido aplicável às empresas estatais, em especial as regras e contrições do direito público, sendo necessária a sua adequação.

77. No tocante à questão da contratação direta, essa necessária distinção entre empresas participadas e controladas aplica-se, nos dizeres de Marçal Justen Filho, tanto em face de encargos e restrições quanto de vantagens e benefícios. Daí decorre que a mera participação acionária numa empresa público-privada, por si só, não autoriza sua contratação direta pela Administração. De outra parte, caso o ente estatal adote uma solução com características próprias das entidades administrativas, pode, aí sim, usufruir pacificamente da exceção albergada no art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/1993. E, como é inerente à natureza das coisas, tal liberalidade é compensada por outras limitações.

78. Chego a essa conclusão, sobretudo, por entender que as empresas público-privadas em que o Estado não exerce a preponderância do poder de controle (ou seja, as empresas meramente participadas, e não as controladas) devem concorrer em condições de igualdade com as demais empresas do setor privado, sob o risco de afronta ao princípio da isonomia.

79. Esse é o mesmo desenlace a que chegam outros autores:

“A interpretação mais adequada para o inciso XXIII do artigo 24 da Lei nº 8.666 é a de que o dispositivo pretende alcançar as empresas que integram a estrutura estatal e, portanto, sejam controladas de modo preponderante por uma empresa pública ou sociedade de economia mista. Assim, se uma empresa estatal constituiu outra empresa, subsidiária, que integra a Administração Pública, esta última poderá ser contratada pela primeira, com dispensa de licitação, observados os preços de mercado. Já se a empresa estatal apenas integra o capital de uma empresa privada, ainda que com alguma participação no seu controle, esta última não poderá ser contratada diretamente com fundamento no inciso XXIII do artigo 24 da Lei nº 8.666. Atribuir um tratamento privilegiado a uma empresa privada, controlada preponderantemente pelo sócio privado, apenas pelo fato de uma estatal integrar o seu quadro de acionistas, seria ofensivo à isonomia.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho afirma que ‘a participação estatal minoritária não transforma a empresa em integrante da Administração Pública. Trata-se de uma empresa privada como qualquer outra. Ora, como justificar, especialmente em face do princípio da isonomia, que essa empresa privada fosse privilegiada com contratação direta por parte da Administração? Isso significaria

discriminar outras empresas que não tivessem o privilégio de contar, em seus quadros societários, com uma participação minoritária estatal’.

Note-se que a integração de uma empresa estatal como sócia de uma empresa privada não ocorre com o objetivo de viabilizar contratações diretas entre essas sociedades. A constituição de empresas público-privadas pode se prestar a uma série de objetivos diversos. Assim, deve-se afastar o argumento segundo o qual de nada adiantaria uma empresa estatal integrar o quadro de sócios de uma empresa privada se não pudesse atribuir a ela um tratamento diferenciado.

Há ainda o risco de se instituir um privilégio ao sócio privado, que, titular de parcela relevante, normalmente majoritária, do capital da empresa público-privada, seria o beneficiado pela contratação direta por parte de seu sócio estatal. (...)

Portanto, a solução de ser [dispensável] a licitação para contratação da empresa público-privada em virtude da existência de participação estatal é incompatível com a natureza essencialmente privada da empresa, que não se subordina às características que são próprias dos entes que integram a Administração Pública. O fato de a empresa público-privada não integrar a Administração Pública torna impossível a consideração dos atributos dos seus sócios como um fator determinante da concessão de benefícios estatais.” (SCHWIND, Rafael; obra citada)

“Conferir tratamento privilegiado a uma empresa privada, sob controle efetivamente privado, implicaria quebrar o suposto de isonomia, que é uma das pedras de toque do regime licitatório, bem como concorrencial. Embora seja absolutamente lícito que empresas estatais para desenvolver seu objeto venham a firmar parcerias societárias com parceiros estratégicos, esse modo de atuação não pode servir para desnivellar as empresas privadas no que tange ao acesso ao mercado público.” (GUIMARÃES, Bernardo; A participação de empresas estatais no capital de empresas controladas pela iniciativa privada: algumas reflexões, 2013; In: SCHWIND, Rafael; obra citada)

“A Lei não o estabelece, mas também não parece necessário - , a entidade pública participante não pode fazer adjudicações às sociedades comerciais participadas, sem observância das regras da contratação pública.” (GONÇALVES, Pedro; Regime jurídico da atividade empresarial local, 2012; In: SCHWIND, Rafael; obra citada).

80. Diga-se de passagem, é nesse sentido o desfecho uníssono de três diferentes unidades técnicas deste TCU (Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas, Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação e Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Aviação Civil e Comunicações) que, desde 2012, debatiam-se sobre processos desta natureza. Desse modo, permito-me resgatar a essência das asserções que consignei no voto condutor do Acórdão 1.985/2015-TCU-Plenário.

81. Com efeito, a empresa privada em que há a participação estatal não se confunde com a empresa estatal que detém a participação. Trata-se de universos jurídicos diametralmente distintos, em espaços com regimes de direito inteiramente diferentes, lidando com pessoas de naturezas jurídicas absolutamente diversas. Nas sociedades de economia mista, por exemplo, é o capital privado que vai ao setor público; já nos casos das empresas público-privadas, é o capital público que vai ao setor privado, subjugando-se, pois, ao regime jurídico desse. Por óbvio, o Estado não torna público ou administrativo tudo aquilo de que venha a participar.

82. Estando atualmente em voga uma estratégia da Administração no sentido de adquirir participação acionária minoritária em empresas privadas buscando todos os privilégios intrínsecos à espécie, deve-se reconhecer, na outra mão, o necessário contrapeso: se, por um lado, é inconteste que a empresa público-privada *stricto sensu* não se subordina a quaisquer das características próprias das entidades administrativas e que sobre ela não incidem as restrições típicas do direito público, por outro, não se permitirá que essa mesma empresa seja beneficiária de qualquer vantagem decorrente da qualidade do sócio estatal, o que forçosamente atinge a pontuação de contratos privilegiados com a Administração Pública, vedando-se, notadamente, sua contratação direta, sem licitação.

83. Tal situação realça, de modo bastante peculiar, uma grave incongruência presente nas alegações daqueles que defendem a possibilidade de contratação direta das empresas público-privadas *stricto sensu*. Em seu art. 1º, parágrafo único, a Lei 8.666/1993 estipula que se subordinam ao seu regime as empresas públicas e as sociedades de economia mista, incluindo suas controladas. Mais adiante, no art. 24, inciso XXIII, afirma que a licitação é dispensável na contratação realizada por empresa estatal com essas controladas.

84. Não me afigura plausível a tese de que uma empresa investida com participação estatal minoritária não deseje ser controlada para certos fins (como os do art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, o que causaria sua subordinação às normas de licitações e contratos administrativos), mas que se pretenda controlada para outros (tal qual os do art. 24, inciso XXIII, da mesmíssima Lei, o que dispensaria a licitação para a sua contratação). Reputo mais crível que o sentido do termo controlada seja interpretado de forma mais homogênea.

85. Pensar em uma definição do conceito de controlada como uma aplicação mesclada que atenda casuisticamente aos interesses das empresas envolvidas (tanto a estatal quanto a público-privada) é, como professa o dito popular, querer “o melhor de dois mundos”, com todos os bônus e sem nenhum ônus, o que não pode ser convalidado por esta Corte. Ou a nova companhia é controlada para todos os efeitos ou não é.

86. Não tenho dúvidas que a vontade legislativa para os fins da Lei 8.666/1993 foi dispensar o procedimento licitatório somente para entes da Administração nos quais o Estado detém e exerce, de fato e efetivamente, o poder de controle. Não foi dispensada a licitação nas contratações entre as entidades estatais e as empresas nas quais o sócio estatal não exerce o poder de controle de forma preponderante, pois, nestes casos específicos, ainda que a participação societária seja significativa e o controle compartilhado, a presença do Estado com mera participação acionária não pode propiciar regalias para as empresas público-privadas em detrimento das demais empresas do setor privado, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.

87. Não pretendo, com o entendimento expresso neste Voto, obstar o poder das entidades administrativas de constituir ou adquirir participação em empresas ou tampouco impedir a legítima utilização do mecanismo de dispensa licitatória facultada pelo art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/1993. Espero, isso sim, alcançar a aplicação mais justa da referida norma.

88. Uma eventual ampliação dos casos de contratação direta pelas empresas estatais só seria possível mediante nova lei federal que definisse outras exceções às atuais hipóteses, o que pode ocorrer quando for aprovado o estatuto mencionado no art. 173, § 1º, da CF/1988, impondo uma linha evolutiva sobre o tema. Na presente conjuntura, a Administração deve valer-se dos instrumentos próprios e adequados para cada finalidade.

89. Um último ponto ainda sobre o art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/1993, diz respeito à alegação dos defensores da contratação direta no sentido de que seria necessário fazer uma distinção entre subsidiárias e controladas, uma vez que a lei não conteria palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*). Assim, a única interpretação possível derivada da utilização dos dois termos pela norma seria a de que as subsidiárias são empresas estatais, e as controladas seriam empresas público-privadas de qualquer espécie.

90. Todavia, parece-me que a precitada regra de hermenêutica pode conduzir a diversas interpretações dos termos contidos no dispositivo em discussão. Por exemplo, é possível entender que subsidiárias seriam as subsidiárias das empresas estatais, ao passo que as controladas seriam as próprias empresas estatais. Outra interpretação plausível é que as subsidiárias sejam as empresas em que o Estado detenha maioria do capital social com direito a voto e que as controladas sejam aquelas em que o Estado, embora com participação minoritária, exerçam o domínio do poder de controle.

91. Para além disso, alguns autores consideram que a regra invocada não se aplica ao caso:
- “De modo geral, interpreta-se ‘sociedade subsidiária’ como sinônimo de ‘sociedade controlada’. Aplicam-se os critérios da Lei das S.A. para identificar o conceito. Sob esse ângulo, não há como diferenciar sociedade controlada e subsidiária, o que conduziria a excesso linguístico na redação do dispositivo ora comentado.” (JUSTEN FILHO, Marçal; Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 2012; In: SCHWIND, Rafael; obra citada)
- “A concepção segundo a qual a lei não contém palavras inúteis deve ser rejeitada. Por vezes, observa-se que as normas contemplam excessos linguísticos que precisam ser desprezados. Ainda que o intérprete procure algum sentido lógico na utilização de certas expressões, em certos casos isso não é possível. Nessas situações, deve-se privilegiar a coerência da norma com o ordenamento, concluindo-se que ela contém, sim, expressões inúteis. Assim, deve-se rejeitar a noção de que o inciso XXIII do artigo 24 da Lei nº 8.666 pretendia abranger duas situações distintas ao fazer uso das expressões ‘subsidiárias’ e ‘controladas’.” (SCHWIND, Rafael; obra citada)
92. Destarte, não merece guarida a alegação de que haveria apenas uma única interpretação possível. A um, porque o princípio segundo o qual a lei não conteria palavras inúteis não é absoluto, havendo dissenso na doutrina acerca de sua aplicação ao art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/1993. E a dois, porque a interpretação pretendida pelos defensores da contratação direta, embora adaptável, não é a mais coerente, havendo outras interpretações mais apropriadas para o referido dispositivo.
- ***
93. O argumento central dos autores que sustentam que as empresas público-privadas poderiam ser beneficiadas pela hipótese de inexigibilidade de licitação reside no fato de que existe uma especial sinergia entre contratante e contratada, um vínculo societário especial, que poderia proporcionar benefícios singulares às empresas estatais que são suas sócias. Ou seja, a defesa baseia-se na qualificação da empresa público-privada, mas exclusivamente pelo seu quadro societário, e não por causa de eventuais qualidades singulares como fornecedora ou prestadora de serviço.
94. Em outras palavras, tais autores alegam que seria contraditório que a empresa estatal tivesse que submeter as companhias que constituíram à disputa em licitação com terceiros que não têm o mesmo compromisso de cooperação, uma vez que a *affectio societatis* seria uma característica de cunho inteiramente subjetivo, não sendo passível de aferição via critérios objetivos.
95. De uma parte, é possível reconhecer que a empresa público-privada poderá sim ser contratada por inexigibilidade de licitação pela empresa estatal que detém participação acionária. Ocorre que o simples fato de haver participação societária de uma na outra não é permissivo suficiente para tanto. A contratação por inexigibilidade só poderá ocorrer se o caso concreto enquadrar-se nas hipóteses gerais do art. 25 da Lei 8.666/1993, exatamente da mesma forma que ocorre, em tese, com qualquer outra empresa privada que não tenha nenhum tipo de participação estatal.
96. No voto do Acórdão 3.019/2015-TCU-Plenário, que adotou medida cautelar para suspender novas contratações entre a Caixa Econômica Federal e a CPM Braxis S/A, restou consignado o seguinte:
- “Não seria admissível a contratação por inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, caput, da Lei 8.666/1993. Os argumentos utilizados pela Caixa para justificar a inexigibilidade (a sinergia, o retorno econômico via distribuição de dividendos e a compatibilidade de objetos sociais) não levam à inviabilidade de licitação, já que o mercado da área de TI conta com diversas empresas capazes de atender às eventuais demandas.”
97. Concordo não ser plausível que a contratação prevista no art. 25 da Lei 8.666/1993 possa ter como arrimo atributos que decorrem, única e exclusivamente, da relação societária entre a empresa estatal e a sociedade na qual detém participação acionária.

98. Tal relação, por si só, não caracteriza a inexigibilidade de licitação pela inviabilidade de competição, pois não retira a aptidão de outras empresas fornecerem determinado produto/serviço nos exatos termos pretendidos. Uma coisa (a participação acionária numa empresa) não interfere na outra (capacidade de fornecimento de outras empresas). É indiferente.

99. Já a *affectio societatis* é definida, por exemplo, como uma “relação de afinidade entre as partes para a realização de um objetivo comum”, ou uma “colaboração voluntária e ativa, interessada e igualitária”, ou uma ideia composta de dois elementos, “a união entre os sócios e a aceitação de áleas comuns”. Vê-se, com isso, que o conceito de *affectio societatis*, por ser meramente descriptivo, não fornece nenhum instrumento útil para lidar com as questões que se relacionam ao vínculo que une o sócio à sociedade.

100. Sobre o assunto, eis os apontamentos de Carolina Fidalgo:

“A noção de *affectio societatis*, contudo, vem sendo discutida pela doutrina juscomercialista, tanto no que tange à sua conceituação, quanto no que diz respeito à sua utilidade e, ainda, no que toca à sua aplicabilidade às sociedades anônimas. Além de controversa, a *affectio* também comprovadamente não se encontra presente em todos os laços societários. Por isso, o afastamento da regra da licitação não pode ser, a nosso ver, fundamentado em argumentos genéricos relacionados à existência dessa afeição societária.

Além disso, mesmo elementos como a confiança e a lealdade recíprocas não justificam, por si sós, pelo menos não para a totalidade dos casos, a inexigibilidade de licitação. A existência prévia desses elementos não nos parece, com efeito, ser necessária em todos os casos e, de qualquer forma, ela poderia ser aferida através de critérios objetivos de avaliação. É possível cogitar a existência de quesitos como (i) contratos anteriores entre a Administração e determinada empresa; (ii) qualidade da execução de contratos anteriormente celebrados; (iii) quantidade e natureza de penalidades já cominadas; (iv) exigência de capacidade financeira mínima; etc. Apenas quando a escolha tiver que ser necessariamente pautada por critérios subjetivos, em virtude da ausência de critérios objetivos para tanto, é que a licitação se tornaria inexigível.

Dessa forma, parece-nos que a *affectio* só poderia ser fundamento da inexigibilidade quando consistir, no caso concreto, um requisito para o atendimento do interesse público, a única forma de obter uma parceria satisfatória.”

101. Levantamento realizado por Rafael Schwind indica que a noção de *affectio societatis* e a sua previsão como elemento constitutivo e caracterizador do contrato de sociedade são praticamente ignoradas nos sistemas jurídicos mais modernos, tratando-se de um conceito desprezado pelas obras de direito societário mais conhecidas da Itália, Espanha e Portugal. É uma noção praticamente abandonada também na Alemanha e na Suíça. Apenas na França ainda se encontram maiores referências à *affectio societatis*, ainda assim, mais por força da jurisprudência. Conclui o autor:

“Entretanto, a doutrina que vem se dedicando a estudar o tema tem conferido cada vez menor importância ao conceito de *affectio societatis*, reconhecendo-se que se trata de noção equívoca. A expressão, na realidade, é destituída de conteúdo, uma vez que o elemento voluntário existe em qualquer espécie de contrato. Ademais, traduzida literalmente, acaba por definir a sociedade pelo ‘ânimo de constituir uma sociedade’, caracterizando verdadeiro círculo vicioso que em nada contribui para a compreensão dos arranjos societários. (...)

A ideia de *affectio societatis* como fundamento geral para se defender a impossibilidade de seleção objetiva do sócio em uma empresa público-privada deve ser rejeitada. A própria noção de *affectio societatis* é criticável justamente devido à sua imprecisão - o que faz com que sua aplicação acrítica e desmedida se revele incompatível com a evolução da ciência jurídica. Além disso, a ideia de *affectio societatis*, ainda que fosse aceitável na prática do direito societário atual, é absolutamente despropositada para servir de critério seguro para a prática da técnica acionária pelo Estado. A invocação do conceito - impreciso, vazio e altamente subjetivo - de *affectio societatis* é incompatível com os princípios que regem a Administração Pública.”

102. Portanto, há sérias divergências sobre a aféição societária. Tal conceito não deve servir de fundamento nem mesmo para a escolha do parceiro privado com o qual a empresa estatal fará um acordo societário e, com muito mais razão, também não pode ser invocado como fundamento para a inexigibilidade da licitação.

103. Também não é inteiramente válida a justificativa que a escolha pela inexigibilidade deveria ser compatibilizada com o poder discricionário conferido à Administração Pública. Sobre isso, Marçal Justen Filho, ao comentar o art. 25 da Lei 8.666/1993, presta os seguintes esclarecimentos:

“(...) É evidente que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. A discricionariedade consiste numa autonomia de escolha exercitada sob a égide da Lei e nos limites do Direito. Isso significa que a discricionariedade não pode traduzir um exercício prepotente de competências. Não autoriza a faculdade de escolher ao bel-prazer, por liberalidade ou para satisfação de interesses secundários ou reprováveis. (...) Justamente por ser vontade sob o Direito, admite limitações e controle, de acordo com os instrumentos jurídicos tradicionalmente desenvolvidos para controle da atuação administrativa (...).” (JUSTEN FILHO, Marçal; Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; 13ª edição; São Paulo: Dialética, 2009)

104. Indubitavelmente, a temática da inexigibilidade de licitação é objeto de sérias divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Nessa conformidade, pertinente mencionar o paradigmático Acórdão 550/2004-TCU-Plenário, no qual foram tecidas várias reflexões acerca da inexigibilidade de licitação e em cujo relatório restou consignado o seguinte magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Somente depois de definir o objeto que pretende contratar é que a Administração Pública deverá buscar o profissional para executá-lo. Nunca, em hipótese nenhuma, procede-se de forma inversa. Aqui, a ordem dos fatores altera a equação, pois quando se parte da definição do profissional, certamente se agregam ao objeto características que individualizam o executor do serviço.”

105. O certo é que a inexigibilidade de licitação deriva da inviabilidade de competição, sendo impossível enumerar todos os eventos que podem conduzir a esta situação. Para fins de estudo e sistematização, a doutrina tenta organizar tais possibilidades, tomando por base o modelo exemplificativo fornecido pelos incisos do art. 25 da Lei 8.666/1993, da seguinte forma:

105.1. Ausência de alternativas (ou ausência de pluralidade de soluções). Nesse caso, existe apenas um único produto/fornecedor em condições de atender a demanda formulada pela Administração, como, por exemplo, uma única solução técnica (devido a direitos autorais ou de propriedade industrial), representante exclusivo, monopólio e padronização.

105.2. Ausência de mercado concorrencial. Esse contexto se configura quando os particulares em condições de executar a prestação não competem entre si formulando proposta. Nessa conformidade, a inexistência de mercado concorrencial está relacionada à carência de ofertantes para disputar entre si, ou seja, à ausência de competição direta e formal.

105.3. Impossibilidade de definição objetiva da prestação a ser executada. Em tal circunstância, o conteúdo das obrigações somente se define ao longo da própria execução, ou seja, as variáveis da prestação são determinadas em função de fatos futuros, não havendo possibilidade de definir previamente as prestações exatas e precisas a serem executadas ao longo do contrato.

105.4. Impossibilidade de seleção objetiva da prestação a ser executada. Nessa situação, a avaliação é basicamente subjetiva, tanto por causa da natureza da prestação quanto da natureza personalíssima da atuação do particular. Em outras palavras, para que a licitação seja inexigível pela impossibilidade de seleção objetiva da melhor prestação, devem estar plenamente caracterizadas a singularidade dos serviços e a notória especialização do fornecedor a ser contratado.

106. Assim, não é possível afirmar, de antemão, que as contratações realizadas entre empresas estatais e empresas público-privadas nas quais detém participação são dotadas do atributo de inexigibilidade, pois tal situação possui várias nuances, devendo ser avaliada individualmente, de

acordo com as peculiaridades atinentes a cada caso concreto. É possível apenas (re)afirmar que a inexigibilidade não pode ter como arrimo atributos que decorrem, única e exclusivamente, da relação societária entre a empresa estatal e a sociedade na qual detém participação acionária.

107. A prevalecer entendimento diverso, além de malferir os princípios que guiam a intervenção do Estado no domínio econômico (principalmente isonomia e livre concorrência), haveria ainda o risco de descontrole sobre as contratações sem licitação (por dispensa ou inexigibilidade), passando a Administração a adquirir bens e serviços diretamente por intermédio de empresas privadas dos mais diversos setores em que houvesse participação societária estatal minoritária, aumentando a possibilidade de desvios de conduta, direcionamentos e favorecimentos indevidos. Veja-se o escólio de Marçal Justen Filho:

“Imagine-se que uma sociedade de economia mista, para aplicar recursos financeiros disponíveis, adquirisse participação societária irrisória em uma montadora de veículos. A interpretação ampliativa conduziria ao resultado despropositado de que aquele Estado poderia adquirir veículos automotores de um específico fabricante, sem necessidade de licitação. Ou seja, criar-se-ia vantagem para as entidades não estatais que nem sequer se cogita como constitucional em face das próprias sociedades de economia mista.” (JUSTEN FILHO, Marçal; Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 2012; *In: SCHWIND, Rafael*; obra citada)

108. Interessante mencionar, de passagem, o caso da ADI 4.829, ajuizada no STF em 9/8/2012, em face dos arts. 67 e 68 da Lei 12.249/2010, que altera a Lei 5.615/1970, criando nova hipótese de para contratação direta do Serpro. No sítio do STF, foi publicada uma nota sobre a ADI informando que a requerente sustenta que a Lei 12.249/2010 representaria intervenção excessiva do Estado na atividade econômica, uma vez que a nova legislação concederia privilégios indevidos à empresa pública e faria cativo o mercado representado pela União.

109. Ora, independentemente do mérito da ADI, ainda não julgada pelo STF, se o mercado privado de TI expressa tamanho desconforto com a ampliação das possibilidades de contratação sem licitação de uma empresa pública, integrante da própria Administração, penso que deve ser obtemperada, com mais cuidado ainda, a permissividade de contratação direta de uma empresa público-privada, não integrante da Administração, para que o fomento de operações societárias não ocasione concentração de mercado, ofensa ao princípio da isonomia ou prejuízo à livre concorrência.

IV. Da não caracterização da CPM Braxis S/A como controlada pela CaixaPar e do vício no motivo para a aquisição da participação acionária.

110. Consignado todo o escorço teórico que julguei imprescindível para melhor entendimento da questão posta nos autos, volto a enfrentar o caso específico da aquisição de participação acionária na CPM Braxis S/A pela CaixaPar. Para deslinde do processo, é necessário definir se a CPM Braxis S/A é controlada ou não pela CaixaPar e avaliar o motivo da aquisição. Os dois aspectos estão intimamente ligados.

111. Segundo consta nos autos, a CaixaPar adquiriu participação societária de 22% do capital social da CPM Braxis S/A, equivalente a 24,4% do capital votante. Mas, como dito, o poder de controle em uma empresa não decorre apenas da propriedade das ações, sendo necessário verificar se o sócio estatal exerce a preponderância do poder de controle por meio de direitos que lhe asseguram o domínio nas deliberações sociais ou o poder de eleger a maioria dos administradores.

112. O acordo de acionistas no âmbito da CPM Braxis S/A foi celebrado em 28/6/2012 (peça 10). De acordo com a seção 2.3 do instrumento, o conselho de diretores da empresa é composto por nove membros, divididos na seguinte proporção: cinco indicados pela Capgemini, dois pela CaixaPar e dois pelos chamados acionistas originais.

113. Adicionalmente, o acordo de acionistas não possui qualquer cláusula, notadamente em sua seção 2.8 (princípios orientadores), estabelecendo que seus membros se obriguem a fazer com que as pessoas por eles indicadas para o conselho votem em bloco, segundo as decisões do grupo. Ou seja, o grupo não age como se fosse uma só pessoa.

114. Assim sendo, salta aos olhos que a Capgemini é titular de direitos de sócio que lhe asseguram o poder de eleger a maioria dos administradores e a maioria de votos nas deliberações, e utiliza efetivamente os seus poderes para dirigir as atividades sociais da CPM Braxis S/A.

115. A seu turno, a CaixaPar participa da CPM Braxis S/A como sócia e se vale do acordo de acionistas para ter assegurados determinados poderes no âmbito da empresa (como a possibilidade de indicação de certos diretores, o voto de qualidade sobre determinadas matérias, o direito de voto a certas deliberações), mas, definitivamente, sem possuir a preponderância no exercício do poder de controle, uma vez que não elege a maioria dos administradores, nem domina as deliberações sociais.

116. Trata-se, portanto, de uma verdadeira empresa público-privada sujeita exclusivamente ao regime jurídico de direito privado, segundo a definição adotada neste voto.

117. Como visto, o Estado não pode adotar técnicas societárias com a finalidade de burlar o regime constitucional aplicável às empresas estatais. Daí porque, no interior das empresas públicas-privadas, o Estado atua como um sócio que não exerce a preponderância no poder de controle, o que diferencia tais empresas das sociedades de economia mista. O exercício pelo Estado da preponderância do poder de controle numa empresa público-privada importa na sua caracterização como uma sociedade de economia mista de fato, resultando na sua estatização.

118. Portanto, a mera participação no bloco de controle, por meio da celebração de acordo com o acionista majoritário, conferindo uma parcela de controle compartilhado à CaixaPar, não a torna controladora da CPM Braxis S/A e nem torna a empresa privada controlada pela estatal.

119. Por outro lado, se a CaixaPar fosse titular de tais direitos, a CPM Braxis S/A poderia ser classificada como uma empresa controlada, mas daí seu funcionamento seria similar a uma sociedade de economia mista (em que o Estado detém a maioria do capital social com direito a voto), motivo pelo qual incidiria sobre a CPM Braxis S/A o mesmo regime híbrido aplicável às empresas estatais, em especial as regras e contrições do direito público. Deixo de esmiuçar as demais consequências dessa eventual conjuntura por não ser a hipótese que ora se apresenta neste caso concreto.

120. De todo modo, o que precisa restar esclarecido de uma vez por todas é que, independentemente do critério utilizado, a caracterização de uma empresa como controlada por um ente estatal acarreta bônus e ônus, em qualquer caso, sem exceção, conforme tenho reiterado em votos anteriores.

121. No presente caso, ou a CPM Braxis S/A é controlada para todos os efeitos ou não é. Pensar em uma aplicação mesclada que atenda casuisticamente aos interesses das empresas envolvidas (tanto a estatal quanto a privada) é, como professa o dito popular, querer “o melhor de dois mundos”, com todos os bônus e sem nenhum ônus, o que não pode ser convalidado por esta Corte.

122. Então, se a participação da CaixaPar na CPM Braxis S/A, nos moldes acima delineados, não faz com que a empresa investida seja controlada pelo Estado e, consequentemente, nem esteja sujeita a quaisquer das restrições peculiares ao direito público, também não se pode admitir que a mera presença do sócio estatal atraia para a empresa participada regalias típicas de entidades sujeitas ao regime jurídico de direito público. Os resultados esperados da participação estatal no empreendimento devem advir do necessário enquadramento da empresa investida no regime de direito privado.

123. Resta, assim, avaliar a questão do motivo, pois, conforme defendido neste voto, a integração de uma empresa estatal como sócia de uma empresa privada não pode ocorrer única e

exclusivamente com o objetivo de viabilizar contratações diretas entre essas sociedades. Atribuir um tratamento privilegiado a uma empresa privada, controlada preponderantemente pelo sócio privado, apenas pelo fato de uma estatal integrar o seu quadro de acionistas, seria ofensivo à isonomia.

124. Compulsando os principais documentos constantes nos autos produzidos pela CaixaPar, NT DE Novas Aquisições 20/2012 (peça 8, p. 39-66) e PR DINOV 14/2012 (peça 8, p. 1-13), e pela Caixa Econômica Federal, PJ GN Atendimento Jurídico 147/2012 (peça 5, p. 9-21) e Resolução do Conselho Diretor 5.944/2012 (peça 5, p. 1-8), para subsidiar a participação acionária na CPM Braxis S/A, verifico alguns pontos relevantes, que merecem ser analisados.

125. Consta na NT DE Novas Aquisições 20/2012 da CaixaPar (e também nos documentos subsequentes) que a Caixa Econômica Federal relatou uma situação de dependência tecnológica em relação às empresas de TI terceirizadas. Daí porque a definição da participação societária na nova companhia teria sido pautada em dois parâmetros: “manter a CPMBraxis como uma empresa privada e garantir a qualidade de Governança necessária para contratação direta dos serviços da Companhia”. O acordo operacional é o documento que visa a consubstanciar tal estratégia. Sobre isso, eis o que prescreveu o referido documento (peça 8, p. 49-56):

“4.12 Acordo Operacional

4.12.1 O acordo operacional, elaborado em conjunto entre a CPMBraxis e a DETEC, rege a relação comercial entre a CAIXA e a CPMBraxis, que será contratada para prestar serviços de TI.

4.12.2 O acordo tem por objetivo formalizar o compromisso das Partes em envidar seus melhores esforços para que a CPMBraxis possa expandir a sua capacidade operacional e maximizar o seu resultado, possibilitando o atendimento das demandas estratégicas de TI da CAIXA para os mercados bancários, financeiros e de seguros em geral.

4.12.3 Assim, para alcançar esse objetivo, a CAIXA se compromete a envidar seus melhores esforços para direcionar para a Companhia o atendimento de sua demanda pelos Serviços e Soluções, observada a capacidade operacional da Companhia e a compatibilidade aos preços de mercado. O cumprimento desse objetivo não deverá prejudicar o direito da CAIXA de ter as suas demandas de serviços devidamente atendidas pela companhia, a qual deverá envidar seus melhores esforços para promover a prestação de serviços e soluções voltados para o atendimento das necessidades técnicas e operacionais apresentadas.

4.12.3.1 As partes acordam que a contratação da Companhia pela CAIXA nunca será feita em caráter exclusivo, ficando tanto a CAIXA, e ainda a CAIXAPAR, livres para contratar a prestação de serviços com terceiros

4.12.4 As contratações deverão seguir os procedimentos e princípios previstos na Lei 8.666/93, devendo ser realizadas a preço de mercado. Não será permitida a subcontratação de terceiros por parte da companhia, exceto quando expressamente autorizado pela CAIXA. (...)

6 SINERGIAS DO NEGÓCIO

6.1 O principal objetivo que se busca com a parceria é atender a grande demanda por desenvolvimento de novas soluções e a atualização das soluções já em ambiente produtivo, acrescentando-se também a essa necessidade a integração e internalização de soluções de mercado adquiridas nos últimos anos.

6.2 Os contratos potenciais foram quantificados pela DETEC em um gasto anual de R\$ 309 milhões, divididos em diferentes categorias. É importante observar que não se deve considerar imediatamente, por razões diversas, o aporte da totalidade das carteiras de negócios na nova empresa da qual teremos participação.

6.2.1 É crítico que se busque o interesse estratégico dos negócios da CAIXA, mas tendo em consideração em quais carteiras de negócios se entende que seja possível obter máxima produtividade. Esta é, portanto, a consideração fundamental que se deve avaliar para a formação de uma proposição das propostas de contratação direta.”

126. Em adição, a seção 4.6 do precitado acordo de acionistas (peça 10, p. 47-48) prevê que a CaixaPar e a Capgemini estão autorizadas, respectivamente, à opção de venda (*put*) e de compra (*call*), no caso de ocorrer um desencadeador legal. As circunstâncias desencadeadoras dizem respeito a mudança normativa ou decisão exequível que cause um provável “efeito material adverso”. Segundo o acordo de acionistas:

“Para os fins desta Seção 4.6, ‘Efeito Material Adverso’ significa que (i) se a qualquer momento, a partir da data deste, a Caixa Federal ou quaisquer das suas Afiliadas não forem mais capazes de obter, sem estar sujeitas a procedimentos públicos vinculantes, no mínimo o mesmo nível ou volume de serviço da Empresa e/ou suas Afiliadas como os prevalecentes antes da ocorrência do Desencadeador Legal, ou a Caixa Federal ou quaisquer das suas Afiliadas são capazes de fazê-lo, mas sob termos e condições não equivalentes àqueles que prevaleceram antes do Desencadeador Legal (...).”

127. Em resposta à oitiva por mim determinada, a Caixa Econômica Federal ressalta que “o planejamento da área de operações tecnológica da CAIXA, para cumprir a estratégia definida, prevê a transferência gradual dos serviços para a CPM BRAXIS S/A, ao término da vigência dos contratos em vigor, de forma a se ter todos os serviços de operação e suporte dos ambientes operacionais contratados por meio da parceira estratégica” (peça 58, p. 11).

128. No direito positivo, a imprescindibilidade da motivação à validade do ato administrativo remonta à Lei 4.717/1965, que regula a ação popular. Mais recentemente, o princípio da motivação foi ratificado na Lei 9.784/1999, que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal Direta e Indireta.

129. De acordo com as concepções adotadas neste voto, não se admite que uma empresa estatal decida *ad nutum* pela contratação direta de uma empresa público-privada *stricto sensu* (aquele em que o sócio estatal não exerce a preponderância do poder de controle), como é o caso da CPM Braxis S/A, seja com fulcro no art. 24, inciso XXIII (licitação dispensável), justamente por não ser controlada pelo Estado, ou no art. 25 da Lei 8.666/1993 (licitação inexigível), visto que a situação de inexigibilidade não está associada de forma perene à mera participação acionária na empresa, mas sim a fatores que devem ser avaliados em cada contratação isoladamente.

130. Para além do rito procedural, a submissão à Lei 8.666/1993 destina-se sobretudo a “garantir a observância do princípio constitucional da isonomia” (art. 3º). Vale repisar que a presença do Estado não pode propiciar regalias para as empresas público-privadas em detrimento das demais empresas do setor privado: ambas devem conviver e concorrer em condições de igualdade. A participação acionária estatal, por si só, não pode servir para desnivelar as empresas privadas no que tange ao acesso ao mercado público. Em suma, o fomento de operações societárias não pode ocasionar concentração de mercado, ofensa ao princípio da isonomia ou prejuízo à livre concorrência, sendo necessário tecer algumas considerações sobre tais aspectos.

131. Consta na NT DE Novas Aquisições 20/2012 da CaixaPar relatório da área tecnológica da Caixa Econômica Federal revelando que tem “*praticamente absoluta dependência de força de trabalho terceirizada onde hoje se apresentam os principais desafios para a manutenção da competitividade da empresa no mercado*” (peça 8, p. 40).

132. E em sua mais recente manifestação, a Caixa Econômica Federal aduz (peça 58, p. 12-13):

“19. A área de Tecnologia da CAIXA entende que a contratação da CPM BRAXIS S/A reduz o risco de gestão devido às prerrogativas de governança que a CAIXA detém sobre a Controlada e possibilita que as equipes técnicas da CAIXA disponham de serviço especializado que auxiliam na operação do Datacenter e CTC com maior estabilidade, face a relação firmada entre a CAIXA e a parceira, diferente de qualquer contratação oriunda de procedimento licitatório, onde não seria possível realizar esse tipo de gestão sobre o eventual vencedor. (...)

22. Essa abordagem seria inviável com uma empresa comum do mercado frente ao risco da CAIXA ter os serviços de operações e suporte dependentes de um único fornecedor.”

133. Ambas as justificativas (diminuição da dependência tecnológica e relação diferenciada) não merecem guarida pelo mesmo motivo: a empresa estatal não se mescla com a empresa público-privada na qual detém participação, são pessoas absolutamente distintas.

134. Como visto, a Capgemini é titular de direitos de sócio que lhe asseguram o poder de eleger a maioria dos administradores e a maioria de votos nas deliberações, e utiliza efetivamente os seus poderes para dirigir as atividades sociais da CPM Braxis S/A. Logo, é a controladora.

135. As prerrogativas de governança que a CaixaPar detém na CPM Braxis S/A asseguram determinados poderes no âmbito da empresa (como a possibilidade de indicação de dois diretores, o voto de qualidade sobre determinadas matérias, o direito de veto a certas deliberações). Em tese, não possibilita (ou não deveria possibilitar) que as equipes técnicas da Caixa Econômica Federal executem operações em bens e serviços sob responsabilidade da CPM Braxis S/A. Portanto, tal tipo de interferência não distingue (ou não deveria distinguir) a empresa participada de qualquer outra empresa contratada mediante licitação.

136. Além disso, continua presente o risco de a Caixa Econômica Federal ter os serviços dependentes de um único fornecedor. Na realidade, caso todos os serviços de operação e suporte dos ambientes operacionais sejam transferidos para a empresa investida, é certo que a estatal se verá em um contexto de absoluta dependência tecnológica, desta feita em relação à CPM Braxis S/A. Tal situação deveria ser de conhecimento da Caixa Econômica Federal, pois foi explicitamente alertado no PJ GN Atendimento Jurídico 147/2012 (peça 5, p. 16):

“7.3. Outro ponto a ser avaliado diz respeito à discricionariedade no direito de *drag along* e no exercício da *call* após 10 anos, conforme previstos no voto. É que, na forma como prevista, poderá colocar a CAIXA em uma posição de desvantagem em relação à possibilidade de esta empresa pública ser compelida a contratar a companhia para a prestação dos serviços mesmo após a saída da CAIXAPAR, em razão de eventualmente ela ter passado a deter um conhecimento tão específico e profundo das necessidades da CAIXA que, a depender do tipo de serviço, não haveria nenhuma outra empresa capaz de prestar os serviços na forma necessitada.”

137. Então, parece estar havendo uma certa confusão por parte da Caixa Econômica Federal. O nível de controle aparentemente desejado pela estatal só é possível em uma empresa onde o sócio público exerce a preponderância do poder de controle, elegendo a maioria dos administradores ou dominando as deliberações sociais. Esse é o caso, por exemplo, da Cobra Tecnologia S/A (cujo nome de fantasia atual é BB Tecnologia e Serviços), que é controlada pelo Banco do Brasil, o que faz incidir sobre a empresa de TI o mesmo regime híbrido aplicável à sua controladora.

138. Diga-se de passagem, a NT DE Novas Aquisições 20/2012, ao analisar o mercado bancário brasileiro, menciona que alguns bancos possuem uma empresa de TI pertencente ao conglomerado prestando serviços à instituição. Ocorre que os bancos particulares citados (Bradesco, Itaú e Santander) sujeitam-se exclusivamente ao regime jurídico de direito privado, com os típicos convenientes e inconvenientes dessa condição. Já o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal são empresas estatais, integrantes da Administração Indireta, o que também acarreta vantagens e desvantagens. Assim, a exemplo do Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal deve valer-se dos instrumentos próprios e adequados para cada finalidade.

139. Ainda de acordo com a NT DE Novas Aquisições 20/2012, os contratos potenciais foram quantificados pela Caixa Econômica Federal em R\$ 309 milhões. Hoje, de acordo com informações constantes no relatório do Acórdão 3.019/2015-TCU-Plenário, “*somando-se os gastos iniciais em dois anos (sem considerar aditivos que tenham aumentado os valores), o total identificado nessa representação foi de R\$ 704.347.366,71*”. Tal materialidade demonstra um nítido alargamento do horizonte de serviços que seriam demandados à CPM Braxis S/A.

140. Soma-se a isso o fato de que a seção 4.2 do acordo de acionistas prevê um outro desencadeador, de receita, que permite a Capgemini exercer a opção de compra (*call*) caso o volume de receita dos contratos de TI entre a Caixa Econômica Federal e a CPM Braxis S/A, no período 2012-2018, fique abaixo de R\$ 1,58 bilhões, sendo R\$ 650 milhões exigíveis no período 2012-2015 e R\$ 930 milhões no período 2015-2018 (peça 10, p. 40-41).

141. Esta situação também foi tratada no PJ GN Atendimento Jurídico 147/2012 (peça 5, p. 19):

“12.2. Não obstante, vale registrar que na negociação entabulada o volume de contratações estimado é considerado como uma das hipóteses ensejadoras do exercício de direto de *call* pela acionista majoritária, devendo ser avaliado, portanto, a efetiva possibilidade de serem atingidos tais volumes de contratação de forma a evitar tal hipótese em princípio indesejada.”

142. A estratégia exposta no sentido de transferir para a CPM Braxis S/A **todos** os serviços de operação e suporte dos ambientes operacionais (peça 58, p. 11) serve, inclusive, para mitigar tal risco. Ocorre que a Caixa Econômica Federal faz isso ao arreio da lei, conferindo privilégios e reservando a prestação de serviços de TI para uma empresa privada da qual é sócia (e não controladora) e, consequentemente, alijando do seu mercado uma série de empresas que, em tese, poderiam ser aptas ao fornecimento, conforme sugere a pléiade de empresas mencionadas na NT DE Novas Aquisições 20/2012 (IBM, Accenture, HP, Tivit, Stefanini e Indra), apenas para ficar dentre as maiores.

143. É praticamente a mesma conclusão emitida no voto do Acórdão 3.019/2015-TCU-Plenário, já transcrita acima, mas que merece ser repetida aqui:

“Os argumentos utilizados pela Caixa para justificar a inexigibilidade (a sinergia, o retorno econômico via distribuição de dividendos e a compatibilidade de objetos sociais) não levam à inviabilidade de licitação, já que o mercado da área de TI conta com diversas empresas capazes de atender às eventuais demandas. Considerando que o objeto social da CPM Braxis é bastante genérico, é provável que qualquer contratação de TI da Caixa possa ser compatibilizada com ele, havendo, por conseguinte, o risco de convergência de todas contratações futuras e presentes da Caixa na área de TI para a CPM Braxis.”

144. Assim sendo, extraio dos documentos acima que a contratação direta da CPM Braxis S/A pela Caixa Econômica Federal (“ou quaisquer das suas afiliadas”) foi, de fato e efetivamente, o motivo que levou à aquisição de participação acionária pela entidade pública na companhia privada. Além das várias declarações nesse sentido, a principal constatação reside, a meu ver, no significado de “efeito material adverso” para os fins da seção 4.6 do acordo de acionistas supratranscrito.

145. Em sentido contrário, a solução ora proposta neste voto sujeita a contratação da CPM Braxis S/A pela Caixa Econômica Federal ao “procedimento público vinculante” da Lei 8.666/1993, em observância do princípio constitucional da isonomia, alterando os “termos e condições que prevaleciam” antes da celebração do acordo de acionistas, que se fundavam na possibilidade de contratação direta. Tal entendimento, de tão adverso às motivações dos acionistas da CPM Braxis S/A, suscita o desencadeador legal que autoriza CaixaPar e Capgemini a exercerem, respectivamente, a opção de venda (*put*) e de compra (*call*), à luz da seção 4.6 do referido acordo.

146. Portanto, não obstante o suposto esteio em pareceres encomendados a renomados juristas, entendo que o processo de aquisição de participação acionária pela CaixaPar na CPM Braxis S/A padece de vício relativo ao motivo, uma vez que, em face de tudo quanto explanado neste voto, não merecem prosperar os fundamentos jurídicos invocados nos referidos pareceres.

147. Por conseguinte, concluo que o Tribunal, com fulcro no art. 71, inciso IX, da CF/1988, c/c art. 45 da Lei 8.443/1992, deve assinar prazo para que a Caixa Econômica Federal anule o processo de aquisição de participação acionária na empresa CPM Braxis S/A, ante o vício relativo ao motivo, haja vista a indicação de fundamentos jurídicos inadequados (desconsiderando que a contratação da empresa investida está necessariamente sujeita ao procedimento público vinculante da Lei

8.666/1993), em afronta ao princípio do motivo determinante, ao art. 37, inciso XXI, da CF/1988, aos arts. 24, inciso XXIII, e 25 da Lei 8.666/1993, e aos Acórdãos 894 e 1.985/2015-TCU-Plenário.

148. Por se tratar de situação bastante complexa, considero adequado estabelecer um prazo dilatado para apresentação de plano de ação com vistas a sanear o problema verificado. As ações a serem adotadas devem ser ultimadas em prazo razoável, não necessariamente coincidente com as contratações já efetivadas entre as empresas. A unidade técnica deverá monitorar as ações constantes do plano de ação a ser encaminhado ao Tribunal.

149. Adicionalmente, parece-me oportuno determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo do TCU que dê ciência às unidades subordinadas das concepções adotadas neste voto, a fim de balizar as futuras ações de fiscalização sobre o assunto. Determinação similar deve ser expedida para o Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, uma vez que compete ao órgão promover a articulação e a integração das políticas das empresas estatais, propondo diretrizes e parâmetros de atuação, bem como manifestar-se sobre assuntos relacionados ao controle acionário e às participações societárias da União. Enfim, julgo producente enviar cópia desta deliberação à Advocacia-Geral da União, para os fins cabíveis.

150. Ante o exposto, pedindo vênias pela extensão deste voto, conclamo meus pares a aprovarem o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de maio de 2016.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator

ACÓRDÃO N° 1220/2016 - TCU - Plenário

1. Processo nº TC 003.330/2015-0.
2. Grupo I - Classe de Assunto: VII - Acompanhamento.
3. Interessados: Caixa Participações S/A (10.744.073/0001-41); CPM Braxis S/A (65.599.953/0001-63); Capgemini Latin America (12.561.847/0001-24).
4. Entidade: Caixa Econômica Federal.
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Fazenda Nacional (SecexFazenda).
8. Representação legal:
 - 8.1. Jailton Zanon da Silveira (OAB-RJ 77.366) e outros, representando Caixa Econômica Federal e Caixa Participações S/A.
 - 8.2. Alexandre Castello da Costa (OAB-RJ 82.900) e outros, representando CPM Braxis S/A.
 - 8.3. Carlos Geraldo Egydio Rameh (OAB-SP 101.939), com substabelecimento, representando Capgemini Latin America.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de acompanhamento com o fito de analisar especificamente a legalidade e a legitimidade da aquisição de participação acionária pela Caixa Participações S/A, subsidiária integral da Caixa Econômica Federal, na empresa CPM Braxis S/A,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, em:

9.1. com fulcro no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, c/c art. 45 da Lei 8.443/1992, c/c arts. 2º, inciso I, e 4º da Resolução-TCU 265/2014, assinar prazo de 90 (noventa) dias para que a Caixa Econômica Federal e a Caixa Participações S/A apresentem plano de ação contemplando as medidas necessárias ao desfazimento dos atos relativos à aquisição de participação acionária na empresa CPM Braxis S/A, ante o vício relativo ao motivo, haja vista a indicação de fundamentos jurídicos inadequados (desconsiderando que a contratação da empresa investida está necessariamente sujeita ao procedimento público vinculante da Lei 8.666/1993), em afronta ao princípio do motivo determinante, ao art. 37, inciso XXI, da CF/1988, aos arts. 24, inciso XXIII, e 25 da Lei 8.666/1993, e aos Acórdãos 894 e 1.985/2015-TCU-Plenário;

9.2. esclarecer às unidades jurisdicionadas que o plano de ação acima referenciado deve conter, no mínimo, as medidas a serem adotadas, os responsáveis pelas ações e o prazo previsto para a sua implementação;

9.3. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo do TCU que dê ciência das concepções adotadas nesta deliberação às suas unidades subordinadas, a fim de balizar as futuras ações de fiscalização a cargo desta Corte sobre o assunto;

9.4. determinar ao Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que, em face das competências estatuídas no art. 8º do Anexo I do Decreto 8.578/2015, dê ciência das concepções adotadas nesta deliberação às entidades sob sua esfera de atuação, bem assim leve-as em consideração ao desempenhar as atividades de sua competência;

9.5. em atendimento ao disposto no art. 169, § 1º, do Regimento Interno do TCU, enviar cópia do inteiro teor da presente deliberação à Caixa Econômica Federal, às empresas interessadas, ao Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Advocacia-Geral da União;

9.6. encerrar o presente processo, com fundamento no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.



10. Ata nº 17/2016 – Plenário.
11. Data da Sessão: 18/5/2016 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1220-17/16-P.
13. Especificação do quorum:
 - 13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Bruno Dantas (Relator).
 - 13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti (Revisor) e André Luís de Carvalho.
 - 13.3. Ministro-Substituto presente: Marcos Bemquerer Costa.

(Assinado Eletronicamente)

RAIMUNDO CARREIRO

Vice-Presidente, no exercício da Presidência

(Assinado Eletronicamente)

BRUNO DANTAS

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

LUCAS ROCHA FURTADO

Procurador-Geral, em exercício