GRUPO I – CLASSE V – Plenário
TC 020.440/2020-0
Natureza: Desestatização
Órgãos/Entidades: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social; Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República; Ministério da Economia; Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimento
Representação legal: Lauro Luiz Studart Leao (121055/OAB-RJ) e outros, representando Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

SUMÁRIO: DESESTATIZAÇÃO. SERPRO. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONTRATAÇÃO DIRETA COM BASE NO ARTIGO 28, §3ª, INCISO I, DA LEI 13.303/2016 (LEI DAS ESTATAIS). EDIÇÃO DE NORMATIVO PELO BNDES QUE REGULA OS PROCEDIMENTOS PARA SELEÇÃO E CONTRATAÇÃO DE CONSULTORES ESPECIALIZADOS EM ESTRUTURAÇÃO DE PROJETOS DE DESESTATIZAÇÃO. NOVO PANORAMA JURÍDICO. POSSÍVEIS FRAGILIDADES EM DISPOSIÇÕES DO NORMATIVO DO BNDES QUE COMPROMETEM GARANTIA DE OBSERVÂNCIA A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A GARANTIAS E DIREITOS INDIVIDUAIS. RISCOS DE DIRECIONAMENTO DO PROCEDIMENTO COMPETITIVO, SUPERFATURAMENTO E FRAGILIZAÇÃO DO CONTROLE. NECESSIDADE DE OITIVA DA ESTATAL.

RELATÓRIO

Adoto, como relatório, a bem elaborada instrução elaborada pelo auditor federal de controle externo, Thiago da Cunha Brito, cuja proposta foi acolhida pelo escalão dirigente da Secretaria de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional e dos Fundos de Pensão (SecexFinanças):

I - INTRODUÇÃO

1. Trata-se de processo autuado com vistas a dar andamento às ações de controle externo atinentes ao acompanhamento, nos termos da Instrução Normativa-TCU nº 81, de 20 de junho de 2018, do processo de desestatização do Serviço Federal de Processamento de Dados – Serpro, incluído no Plano Nacional de Desestatização – PND por meio do Decreto nº 10.206, de 22 de janeiro de 2020 (peça 3).

2. Nesse sentido, o presente trabalho tem como principal objetivo analisar a contratação, pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), de consultor especializado para a estruturação do projeto de desestatização do Serpro, não se furtando de apresentar, ao final da análise, o panorama atual do referido projeto de desestatização.

3. Diga-se de início, todavia, que existe uma questão preliminar atinente à análise deste caso concreto com o potencial de impactar outros projetos de desestatização incluídos no PND a merecer o

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

escrutínio por esta Egrégia Corte de Contas. A questão relaciona-se, justamente, com o processo de contratação de consultores para auxiliar o BNDES nos projetos de desestatização do Governo Federal – primeiro passo do processo de privatização em si.

4. Conforme entendimento do BNDES, manifestado na Nota Jurídica 46/2019 (peça 7), a entidade estaria desobrigada a realizar procedimento licitatório para a contratação de consultores, utilizando como argumento o instituto da inaplicabilidade de licitação, nos termos do art. 28, §3º, I e II, da Lei 13.303/2016 – Lei das Estatais.

5. Respaldado na referida nota jurídica, o BNDES resolveu, mediante a Resolução 3.592/2020, instituir um rito próprio de contratação de consultores que pode ser aplicado a todos os projetos de desestatização sob a responsabilidade do Banco de Desenvolvimento (peça 8).

6. Em face da relevância e da transversalidade do tema, a presente instrução, além de apresentar a estratégia do BNDES para a contratação de consultor para o caso concreto, tem como objetivo analisar os fundamentos da Nota Jurídica 46/2019, verificando a sua validade jurídica, bem como a aderência do procedimento competitivo próprio aos princípios que regem a administração pública, além de anotar os riscos identificados na verificação da respectiva conformidade.

II - HISTÓRICO

7. Neste tópico iremos apresentar um resumo da Nota Jurídica 46/2019 do BNDES, descrevendo os pontos mais relevantes de cada um de seus capítulos, e o normativo interno do Banco que possibilita a contratação de consultores para auxiliar na estruturação de projetos de desestatização, utilizando-se de um procedimento competitivo próprio.

II.1 - Resumo da nota jurídica AJ2/JUDEP 46/2019 do BNDES

8. A análise efetuada pelo BNDES a respeito do novo modelo de contratação, com fundamento no §3º do artigo 28 da Lei das Estatais (peça 7), foi estruturada em quatro capítulos: i) das medidas de desestatização e sua relevância para o crescimento econômico; ii) da estruturação dos projetos de desestatização pelo BNDES; iii) do regime de contratação das empresas estatais e a possibilidade de aperfeiçoamento do modelo adotado pelo BNDES; e iv) conclusão. Na sequência, serão relatados os principais aspectos de cada um desses tópicos da Nota Jurídica redigida pelo BNDES.

II.1.1 - Das medidas de desestatização e sua relevância para o crescimento econômico

9. Nesse capítulo, o BNDES descreve a relevância fiscal das medidas de desestatização, lançando luz sobre o déficit de infraestrutura e sobre a crise fiscal dos entes federativos. Ademais, o documento informa sobre a sistemática do Programa Nacional de Desestatização, sobre o Programa de Parcerias de Investimento e das desestatizações dos entes subnacionais, ressaltando o papel do Banco de Desenvolvimento na estruturação de projetos de desestatização e a indissociabilidade entre o objeto social do BNDES e as medidas de desestatização.

II.1.2 - Da estruturação dos projetos de desestatização pelo BNDES

10. Ao longo do segundo capítulo da Nota, o BNDES descreve, sobretudo, as principais dificuldades e limitações encontradas nas contratações de serviços técnicos especializados, bem como o potencial prejuízo econômico pela demora na execução das medidas de desestatização.

11. Dentre as dificuldades e limitações enfrentadas pelos gestores do Banco nas contratações dos serviços especializados, incluem-se: i) limites para exigência de qualificação técnica nas licitações; ii) análise da qualificação técnica das consultorias e prazo mínimo para recebimento de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

propostas nas licitações; iii) a segurança jurídica do processo de desestatização, destacando as impedâncias judiciais e administrativas da licitação; iv) o livre acesso a "aventureiros" às licitações; v) a inflexibilidade dos contratos administrativos e seus reflexos na gestão contratual; e vi) da inconveniência do regime jurídico das contratações administrativas para as estruturações de projetos de desestatizações.

II.1.3 - Do regime de contratação e a possibilidade de aperfeiçoamento do modelo do BNDES

12. Nesse capítulo da Nota Jurídica (peça 7), o BNDES efetua uma análise sobre a possibilidade de aperfeiçoamento do processo adotado pelo BNDES para contratação de serviços técnicos especializados, utilizando-se do permissivo estabelecido pelo art. 28, §3º, da Lei das Estatais.

13. Para tanto, o documento oferece uma análise do referido dispositivo em sintonia com a Constituição Federal, principalmente após a Emenda Constitucional (EC) 19/1998, apresentando interpretação do art. 28, §3º, incisos I e II, da Lei das Estatais, conforme exposto em maiores detalhes abaixo.

14. Além dessa interpretação conforme a Constituição, a Nota Jurídica destaca a discussão entre atividade-fim e atividade-meio, que, por extenso período, permeou as discussões sobre obrigatoriedade licitatória na Corte de Contas, arguindo que a discussão se encontra superada por conta do artigo 28, §3º, inciso I, da Lei 13.303/2016. Segundo o referido dispositivo, as empresas públicas e sociedades de economia mista ficam dispensadas da observância dos procedimentos licitatórios quando da comercialização, prestação ou execução, de forma direta de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais, sem se referir propriamente à atividade-fim da empresa estatal.

II.2.3.1 - A interpretação do art. 28, §3º, da Lei das Estatais, conforme a Constituição

15. Inicialmente, o BNDES apresenta a Teoria Pura do Direito de Kelsen para rememorar que a Constituição Federal é a norma fundamental do ordenamento jurídico, sendo, portanto, superior a todas as demais normas infraconstitucionais, indicando que os comandos constitucionais inseridos no ordenamento jurídico pela EC 19/1998, especialmente aquele inserido no §1º do artigo 173 da Constituição Federal, servem de fundamento de validade para o Estatuto Jurídico das Estatais.

16. Afirma que com o advento da Lei das Estatais, especialmente no tocante ao §3º, do artigo 28 da Lei, surgiram outras hipóteses específicas de contratação de atividades relacionadas aos objetos sociais das estatais e para a escolha de parceiro vinculada à oportunidade de negócio definidas, possibilitando caminhos para além daqueles vislumbrados pelo Tribunal de Contas da União, no âmbito do Acórdão 121/1998 – TCU/Plenário (TC 010.124/1995-0, Relator Ministro Iram Saraiva).

17. Assume que, para um correto abarcamento das hipóteses postas pelo Estatuto, é necessária uma prévia compreensão das normas constitucionais que permitiram a promulgação do texto legal, utilizando-se, para esse mister, de elementos tradicionais de interpretação jurídica: históricos, sistemáticos e teleológicos.

18. Na sequência, inicia a interpretação da Constituição, partindo da EC 19/1998 que, segundo entendimento da doutrina majoritária, teve como principal destaque a inclusão do princípio da eficiência entre os princípios da Administração Pública (art. 37), bem como a inclusão de norma principiológica no art. 173, com a diretriz para que as empresas estatais que explorem atividade econômica fossem submetidas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

19. De forma a corroborar essa afirmação, apresenta a exposição de motivos que fundamentou a Emenda Constitucional 19/1998, onde o aumento da eficiência do aparelho do Estado foi considerado essencial para a superação da crise fiscal e que, para alcançar a eficiência almejada, previu a necessidade de mudanças em formatos organizacionais e institucionais, revisão de rotinas e procedimentos, bem como a substituição de mecanismos burocráticos de controle para uma avaliação permanente de resultados.

II.2.3.2 - A interpretação do art. 28, §3º, I, da Lei das Estatais

20. O BNDES inicia esse tópico apresentando a literalidade do inciso do artigo que deseja interpretar, conforme reproduzido abaixo:

> *Art. 28. [...]*
>
> *§3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:*
>
> *I – comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionadas com seus respectivos objetos sociais.*

21. Segundo o entendimento do Banco de Desenvolvimento, a discussão entre atividade-meio e atividade-fim foi posta em segundo plano, uma vez que, de acordo com a interpretação do BNDES, as atividades relacionadas aos respectivos objetos sociais podem abranger tanto as atividades de suporte quanto atividade finalísticas. Com essa redação, sustenta que estaria ultrapassada a jurisprudência do TCU no tocante à dispensa de licitação para atividades finalísticas das empresas públicas e sociedades de economia mista, exploradoras de atividade econômica (Acórdão 121/1998 – TCU/Plenário).

22. Sustenta que pela nova sistemática estabelecida pelo art. 28, §3º, I, da Lei das Estatais, sob a ótica da Constituição Federal, nomeadamente sobre o prisma da EC 19/1998, houve a intenção do legislador em tornar as estatais mais eficientes e afetas ao ambiente de mercado.

23. Nesse sentido, argumenta que sempre que a realização da licitação for um empecilho para a execução do objeto social da estatal, o procedimento formal licitatório poderia deixar de ser aplicado, com fundamento no art. 28, §3º, I, do Estatuto Jurídico das Estatais. Argumenta que na presença de maior burocracia para a execução do objeto social das empresas estatais, especialmente para as empresas exploradoras de atividade econômica, haveria um desequilíbrio em sua atuação no mercado frente aos demais atores, em desprestígio à eficiência administrativa.

24. Considerando a relação entre a contratação de serviços técnicos especializados e o impacto na eficiência da instituição no seu ambiente de negócios, o BNDES apresenta duas hipóteses de como enfrentar esse dilema: i) incluir procedimento competitivo simplificado, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, para contratação dos serviços técnicos especializados necessários à desestatização, tal qual faria uma empresa privada; e ii) realizar uma licitação para contratação dos serviços técnicos especializados necessários à desestatização, mesmo que afete os prazos e a qualidade do produto final.

25. Ante o conflito entre essas duas hipóteses o BNDES apresenta uma análise de ponderação, com fundamento no princípio da proporcionalidade e seus subprincípios: princípio da adequação; princípio da necessidade; e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

26. Na ponderação entre as duas hipóteses apresentadas, o BNDES conclui que a melhor interpretação da norma positivada pelo art. 28, §3º, inciso I, da Lei 13.303/2016, sob a ótica do elemento sistêmico, leva à possibilidade de permitir ao Banco de Desenvolvimento dispensar o regime

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

de licitação tanto na venda dos seus serviços, quanto na contratação de serviços técnicos especializados necessários à estruturação da desestatização.

27. No tocante à interpretação teleológica, busca-se a finalidade da norma. Nesse sentido, o BNDES advoga que a finalidade do mandamento estampado pelo artigo 173, §1º, da Carta Magna, é estabelecer uma aproximação entre o regime de contratação das empresas públicas ao regime aplicável às empresas privadas. Na ótica da instituição, na execução de atividades relacionadas aos seus objetos sociais, as empresas públicas e sociedades de economia mista, exploradoras de atividade econômica, sujeitam-se ao regime civil e comercial das empresas privadas.

II.2.3.3 - A interpretação do art. 28, §3º, II, da Lei das Estatais

28. O BNDES inicia esse tópico apresentando a literalidade do inciso do artigo que deseja interpretar, conforme reproduzido abaixo:

> *Art. 28. [...]*
>
> *§3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:*
>
> *II – nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.*
>
> *§4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do §3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais, e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.*

29. Argumenta que, para fins de execução de seu objeto social, pode ser necessário ao BNDES formular estratégia empresarial que envolva atuar com parceiros públicos ou privados em determinados setores, para, unindo expertises e esforços, estruturar operações e projetos.

30. Segundo entendimento da instituição, a inviabilidade de competição não envolve a existência de apenas um determinado profissional apto a executar determinado objeto. Ao contrário, defende que envolve o fato de haver dificuldades em se operacionalizar uma competição entre os atores existentes, sobretudo por dificuldades de avaliação técnica, nos moldes estipulados para procedimentos licitatórios. Nesse sentido, traz à baila a jurisprudência do TCU prolatada pelo Acórdão 2488/2018, de relatoria do Ministro Benjamim Zymler, e uma instrução no âmbito do processo TC 022.564/2019-5, da SecexFinanças. Segue abaixo um trecho da referida instrução:

> *Poderia haver algum impedimento, em face do que estabelece a parte final dispositiva do inciso II, do §3º, do art. 28 da Lei das Estatais, em razão da necessidade de estar justificada a inviabilidade de procedimento competitivo. Pondera-se, todavia, que tal termo não deve ser interpretado em sua literalidade. Se é viável o procedimento competitivo, por não existirem outras pessoas físicas ou jurídicas aptas a performar o objeto, tratar-se-ia, por óbvio, de uma típica inexigibilidade; e não uma oportunidade de negócio, nos termos porfiados no dispositivo questionado.*
>
> *[...] interpreta-se que a justificativa da inviabilidade de procedimento competitivo não seja em razão da ausência de múltiplas contratadas (ou parceiros) aptos a performar o negócio, mas, sim, impraticabilidade de selecionar a melhor proposta pelos meios absolutamente inscritos na Lei 13.303/2016. [...] A leitura, desse modo, seria: justificada a inviabilidade de procedimento competitivo [na exata forma prevista nesta lei].*

31. Nessa linha, defende que entendimento diverso aniquilaria a própria existência do instituto da parceria decorrente de uma oportunidade de negócio, previsto no inciso II do §3º do art. 28 do Estatuto Jurídico das Estatais.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

32. Defende ainda que, verificada a existência de dois ou mais potenciais parceiros, não só é possível como recomendado, que se faça um procedimento competitivo entre eles, da forma que se mostrar viável, sem que isso desnature o negócio jurídico objeto da avença. O BNDES afirma que esse entendimento se encontra em conformidade com a jurisprudência do TCU, prolatado no âmbito do Acórdão 2616/2015 – TCU/Plenário, de relatoria do eminente Ministro Benjamin Zymler (TC 017.110/2015-7).

33. Ademais, o BNDES destaca que a modelagem dos contratos vem adquirindo características colaborativas, em que fica menos evidente a bilateralidade e mais visível a busca por objetivos comuns, com uma conjunção de interesses entre as partes. Ressalta, ainda, apesar da bilateralidade inerente a esses contratos, o que se demonstra é que há interesses convergentes no processo a ser estruturado pelo BNDES em conjunto com os consultores especializados.

34. Advoga, ainda, que com o compartilhamento de riscos e implementação da taxa de sucesso para o parceiro, estaria caracterizada a natureza consorcial do acerto comercial entre o BNDES e os consultores, enquadrando-a no conceito amplo de parceria previsto no inciso II do §3º do art. 28 da Lei das Estatais.

35. Finaliza a análise deste tópico arguindo que é possível a realização de modelos associativos, societários ou contratuais, entre o Banco e empresas de consultoria especializadas, para concretização de uma oportunidade de negócio, nos moldes do art. 28, §4º, do Estatuto Jurídico das Estatais, destacando o compartilhamento de riscos e a presença de interesses convergentes para caracterizar uma parceria decorrente de uma oportunidade de negócio.

36. <u>II.2.3.4 - A interpretação do art. 28, §3º, da Lei das Estatais para estruturações de projetos de desestatização no âmbito do PND</u>

37. Conforme dispõe a Lei 9.491/1997, o BNDES, no âmbito do Programa Nacional de Desestatização (PND), é o órgão responsável por gerir o Fundo Nacional de Desestatização, ao qual compete:

> *Lei 9.491/1997. Art. 18. Compete ao Gestor do Fundo:*
>
> *[...]*
>
> *IV – promover a contratação de consultoria, auditoria e outros serviços especializados necessários à execução das desestatizações;*
>
> *[...]*
>
> *Parágrafo único. <u>Na contratação dos serviços a que se refere o inciso IV deste artigo</u>, poderá o Gestor do Fundo estabelecer, alternativa ou cumulativamente, na composição da remuneração dos contratados, pagamento a preço fixo ou comissionado, <u>sempre mediante licitação</u>.*

38. Como se observa pela leitura do parágrafo único do artigo 18 da Lei 9.491/1997 existe um conflito entre esse dispositivo e a interpretação do BNDES no tocante à contratação de consultorias especializadas com inaplicabilidade de licitação.

39. Nesse sentido, o BNDES defende que a base normativa que fundamentou a interpretação do Banco é posterior a edição da Lei 9.491/1997. A EC 19, que elevou a eficiência à princípio de estatura constitucional e alterou o art. 173, §1º, da Constituição, para dispor, expressamente, sobre a diretriz para que empresas estatais que explorem atividade econômica fossem submetidas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, data de 1998.

40. Desta forma, o BNDES entende que o dispositivo infraconstitucional deve ser relido à luz da EC 19/1998, interpretando-o conforme a Constituição derivada. Segundo entendimento do Banco, a literalidade do parágrafo único, quando dispõe que a contratação de consultoria especializada deve

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

ser realizada por meio de licitação, deve ser flexibilizada. Ao contrário, o texto deve ser entendido como por meio de processo competitivo, observados os princípios da administração pública.

41. Em outras palavras, a instituição advoga que, com a promulgação da EC 19/1998, restou reconhecida a necessidade de um tratamento diferenciado às empresas estatais e a aproximação de seu regime jurídico com as empresas privadas. Com a evolução do contexto normativo após a edição da Lei 9.491/1997, um outro significado, segundo a visão do BNDES, deve ser dado à expressão "sempre mediante licitação".

II.2.3.5 - Da possibilidade de instituição de procedimento competitivo simplificado

42. O BNDES argumenta que a maior vantagem operacional do modelo jurídico aventado na nota sob análise é a possibilidade de estipulação de um procedimento competitivo para a contratação de consultores especializados. Entende que a avaliação da qualificação técnica dos consultores poderá ser maximizada no exclusivo interesse do projeto a ser estruturado, sem que isso represente riscos de insucesso na contratação, e, consequentemente, do próprio projeto.

43. Sustenta que os contratos celebrados com fundamento no §3º do art. 28 da Lei 13.303/2016 não são baseados em dispensa ou inexigibilidade de licitação, já que a observância aos dispositivos legais foi expressamente dispensada pela lei. Nesse sentido, afirma se tratar de contratos privados, uma vez que relacionados ao objeto social da empresa estatal.

44. Conclui que a interpretação do dispositivo, sob análise hermenêutica histórica, sistêmica e teleológica, converge para a possibilidade de instituição de procedimento competitivo simplificado para a contratação de consultores técnicos especializados.

II.2 - Resolução BNDES 3.592/2020

45. Na sequência da nota jurídica AJ2/JUDEP 46/2019, o BNDES aprovou o regulamento de contratações relativas à estruturação de projetos e de medidas de desestatização. De acordo com a Resolução 3.592/2020 (peça 8), o seu fundamento de validade reside no art. 28, §3º, I e II, da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), conforme transcrito abaixo:

> *Resolução 3.592/2020 – BNDES*
>
> *Art. 2º A prestação pelo BNDES de serviços destinados à estruturação de projetos e parcerias e de medidas de desestatização e a correspondente contratação de terceiros são atividades empresariais estratégicas para a instituição, conforme planejamento estratégico aprovado pelo Conselho de Administração, por meio da Decisão CA 63/2018, e constituem um dos seus objetivos sociais, conforme art. 10, VI, do seu Estatuto Social e a legislação vigente.*
>
> *§3º Conforme incisos I e II do §3º do art. 28 da Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, as contratações com terceiros nessas circunstâncias pelo BNDES deverão seguir o regime de direito privado, respeitados os princípios que regem a administração pública e os termos desta Resolução.*

46. Como a Resolução 3.592/2020 entrou em vigor na data de sua publicação, todas as contratações de consultores no âmbito dos projetos de desestatização conduzidos pelo Banco de Desenvolvimento, em tese, podem passar a ser fundamentadas no instituto da inaplicabilidade de licitação introduzido pelo art. 28, §3º, I e II, da Lei das Estatais e reguladas pelo referido normativo interno.

47. Pelas razões de fato e de direito expostas até este ponto, conclui-se pela pertinência de se analisar, no âmbito deste trabalho, a legalidade do fundamento jurídico utilizado pelo BNDES para justificar a adoção de rito próprio de contratação de consultores, bem como de se verificar a aderência da Resolução 3.592/2020 aos princípios que regem a administração pública.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

III - EXAME TÉCNICO

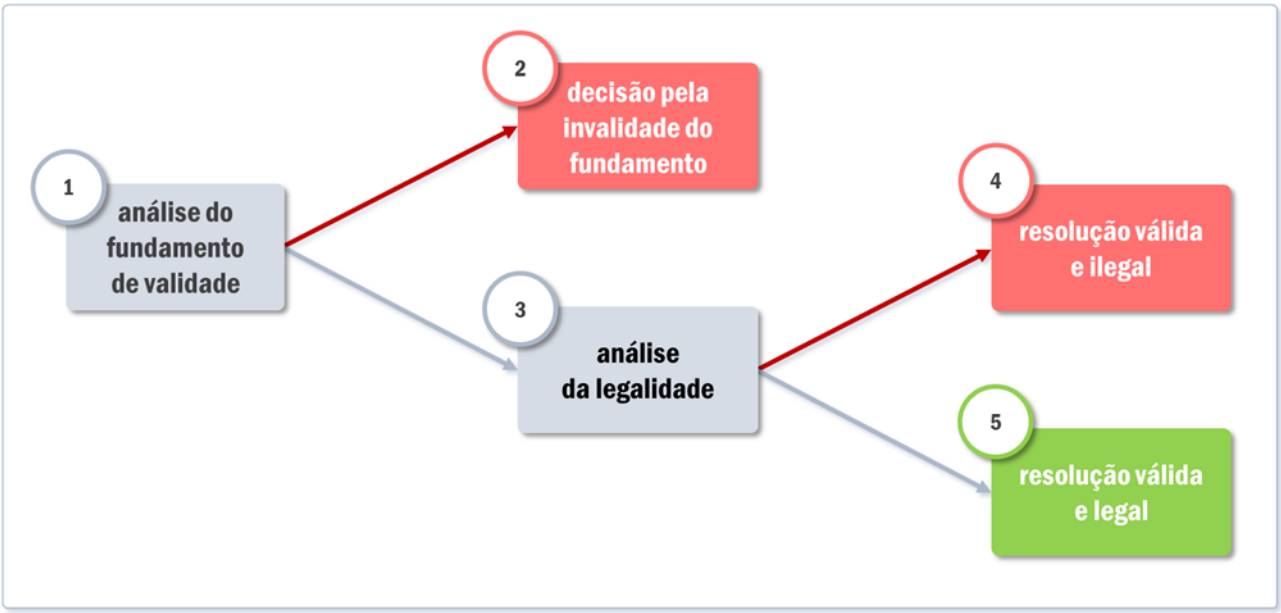
48. Inicialmente, cumpre destacar que a presente análise possui três objetivos distintos, porém complementares. Em primeiro lugar, apresentaremos a análise acerca dos fundamentos de validade e de existência da Resolução 3.592/2020, frente aos argumentos apresentados pelo BNDES. Em seguida, faremos uma análise sobre a legalidade do referido normativo interno à luz do arcabouço jurídico brasileiro e da Constituição Federal de 1988, nomeadamente do seu art. 173, §1, III, in verbis:

> *Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*
>
> *§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:*
>
> *III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, **observados os princípios da administração pública**; (grifos nossos)*

49. Finalmente, analisaremos a contratação pelo BNDES de consultores para auxiliar o Banco de Desenvolvimento na estruturação da privatização do Serpro, com vistas a verificar se os riscos identificados na análise da Resolução 3592/2020 se efetivaram no caso concreto.

50. A imagem abaixo (Figura 1) descreve as possíveis consequências resultantes da análise de validade e de legalidade da Resolução 3.592/2020 do BNDES.

Figura 1 - Árvore de decisão da análise de validade e de legalidade da Resolução 3.592/2020



Fonte: elaboração própria

51. Como se observa pela interpretação do fluxograma decisório apresentado, em um primeiro momento, verificaremos se o fundamento de validade apresentado pelo Banco de Desenvolvimento – Lei das Estatais, art. 28, §3º, incisos I e II – pode ser considerado válido sob o ponto de vista jurídico (1).

52. Dessa análise de validade, podemos concluir pela invalidade do fundamento (2) ou pela validade, total ou parcial, da argumentação jurídica do BNDES, hipótese que nos obriga a analisar a legalidade do normativo interno (3), elaborado para regulamentar a contratação de consultores no âmbito dos projetos de privatização incluídos no Programa Nacional de Desestatização.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

53. Caso a conclusão seja pela não recepção dos fundamentos de validade defendidos pelo BNDES (2), teremos três consequências fático-jurídicas: i) o Banco não poderá se utilizar da Resolução para contratação de consultores; ii) o BNDES não poderá elaborar outro normativo com base nos mesmos fundamentos jurídicos (Lei das Estatais, art. 28, §3º, I e II); e, finalmente, iii) o Banco será obrigado a seguir as normas de licitação nos termos do Título II, Capítulo I, da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), para contratação de consultores técnicos especializados.

54. Ademais, a conclusão pela não recepção do fundamento de validade (2) acarretaria a necessidade de invalidação ou, pelo menos, de convalidação, dos processos de contratação de consultores iniciados sob a égide da Resolução 3.592/2020 do BNDES, impactando diversos processos e unidades técnicas do Tribunal.

55. Conforme já referido, na hipótese de recebimento total ou parcial da argumentação jurídica do BNDES (3), faz-se necessária a realização de análise de legalidade sobre os dispositivos regulamentares presentes no instrumento normativo, tendo como critério os princípios que regem a administração pública e os direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal de 1988. Ao final, se nenhuma ilegalidade for apontada no decorrer da análise, a Resolução deverá ser considerada válida e legal, conforme ilustrado pelo item (5) da Figura 1.

56. Ao contrário, se no decorrer da análise forem identificadas ilegalidades capazes de macular existência da Resolução no sistema jurídico nacional, estaremos diante de uma norma válida, porém ilegal (4). Neste caso, teremos de propor um tratamento que impeça a sua utilização, enquanto as eventuais ilegalidades não forem devidamente sanadas.

57. Importante destacar, de forma preliminar e em respeito ao diálogo, que as complexidades do assunto e o ineditismo da questão aqui tratada, além do ainda reduzido número de decisões desta Egrégia Corte de Contas sobre o instituto de inaplicabilidade de licitação (art. 28, §3º, I e II da Lei das Estatais), podem gerar discussões e interpretações distintas acerca da validade da Resolução.

58. Antes de analisarmos a validade da norma e a legalidade do processo de contratação de consultores – aprofundando na tarefa de verificação da aderência da Resolução 3.592/2020 aos princípios que regem a administração pública –, em face da pertinência temática e da complexidade da matéria, apresentaremos a evolução do regime jurídico aplicável às empresas estatais, com o objetivo de demonstrar os detalhes que suportam nosso entendimento.

59. Após esta introdução preliminar e histórica, iniciaremos a análise dos fundamentos jurídicos apresentados pelo BNDES para justificar a inaplicabilidade do rito licitatório da Lei das Estatais às contratações de consultores técnicos especializados no âmbito de projetos de desestatização, dividindo a análise nos seguintes tópicos: i) análise do instituto de inaplicabilidade de licitação para a contratação de consultores no âmbito do PND; ii) análise sobre a possibilidade de contratação relacionada especificamente ao objeto social; iii) análise sobre a possibilidade de formação de parceria decorrente de oportunidade de negócio; iv) conclusão parcial sobre a validade da Resolução; e v) proposta de encaminhamento parcial.

60. Ato contínuo, aprofundaremos as análises sobre a legalidade da Resolução 3.592/2020 do BNDES, discorrendo sobre os seguintes pontos: i) metodologia utilizada para a avaliação da legalidade da resolução; ii) análise sobre a flexibilização de princípios que regem a administração pública no âmbito da Resolução; iii) riscos decorrentes da flexibilização de princípios; iv) análise sobre os fundamentos legais para a flexibilização de princípios pela Resolução; v) afrontas a direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988; vi) conclusão parcial; vii) proposta de encaminhamento.

61. Por fim, analisaremos o processo de contratação de consultores técnicos especializados para suportar o BNDES na estruturação do projeto de desestatização do Serpro, com o objetivo de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

verificar se os riscos identificados abstratamente na Resolução 3592/2020 se materializaram no caso concreto.

III.1 – A evolução do regime jurídico aplicável às empresas estatais

62. Aproximadamente uma década após a promulgação da Constituição Federal de 1988, frente a uma conjuntura de uma prolongada estagnação econômica e crise fiscal, a EC 19/1998 iniciou um processo de aumento da eficiência do Estado e de remoção de entraves burocráticos que dificultavam a implementação de novas técnicas de gestão, visando a otimização de processos e a modernização legislativa, como se extrai da Exposição de Motivos Interministerial da referida emenda constitucional:

> *A crise do Estado está na raiz do período de prolongada estagnação econômica que o Brasil experimentou nos últimos quinze anos. [...] Além disso, o aumento da eficiência do aparelho do Estado é essencial para a superação definitiva da crise fiscal.*
>
> *A revisão de dispositivos constitucionais não esgota a reforma administrativa, mas representa etapa imprescindível ao seu sucesso, promovendo a atualização de normas, concomitante à remoção de constrangimentos legais que hoje entravam a implantação de novos princípios modelos e técnicas de gestão.*
>
> *No difícil contexto do retorno à democracia, que em nosso país foi simultâneo a crise financeira do Estado, a Constituição de 1988 corporificou uma concepção de administração pública verticalizada, hierárquica, rígida, que favoreceu a proliferação de controles muitas vezes desnecessários. Cumpre agora, reavaliar algumas das opções e modelos adotados, assimilando novos conceitos que reorientem a ação estatal em direção a eficiência e à qualidade dos serviços prestados ao cidadão.*
>
> *A revisão de dispositivos constitucionais e inúmeras outras mudanças na esfera jurídico-legal que a acompanharão, estão direcionadas para o delineamento de condições propicias a implementação de novos formatos organizacionais e institucionais, a revisão de rotinas e procedimentos e à substituição dos controles formais pela avaliação permanente de resultados. (grifos nossos)*

63. Uma das formas encontradas pelo constituinte derivado para demonstrar a relevância da ampliação da eficiência estatal foi introduzir, por meio da EC 19/1998, o princípio da eficiência entre o rol dos princípios constitucionais da administração pública, elencados no caput do art. 37 da Carta Política, conforme transcrito a seguir: "[a] administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência".

64. Ademais, o constituinte reformador julgou pertinente diferenciar o regime jurídico a ser observado pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional, daquele aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista, exploradoras de atividade econômica. Originalmente, a Constituição Federal de 1988, no capítulo destinado à organização político-administrativa do país, dispunha o seguinte:

> *Art. 22 Compete privativamente à União legislar sobre:*
>
> *XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle; (grifos nossos)*

65. Nota-se que o dispositivo não trazia qualquer diferenciação entre as regras gerais de licitação e contratação que deveriam ser seguidas pelas entidades da administração pública direta ou indireta, aplicando-se, indistintamente, o regime jurídico de direito público aos órgãos e entidades estatais. Todavia, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19 (EC 19/1998), o art. 22, inciso XXVII, da Carta Política, recebeu nova redação, nos seguintes termos:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

> *Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
>
> *XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III; (grifos nossos)*

66. Como se depreende, com atualização introduzida pela EC 19/1998, o constituinte derivado positivou a necessidade de diferenciar as regras licitatórias aplicáveis à administração pública direta, autárquica e fundacional, de todos os entes federados, das regras procedimentais relacionadas às contratações públicas realizadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

67. Por um lado, após a promulgação da EC 19/1998 as obras, serviços, compras e alienações, da administração pública direta, autárquica e fundacional, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ressalvados os casos especificados na legislação, deveriam ser contratados mediante processo de licitação pública que assegurasse igualdade de condições a todos os concorrentes, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal.

> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998):*
>
> *XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifos nossos)*

68. E, por outro, as licitações relativas às contratações realizadas por empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, seriam reguladas por lei específica, observados os princípios da administração pública, com fundamento na redação do art. 173, §1º, III, da Carta da República.

> *Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*
>
> *§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*
>
> *III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifos nossos)*

69. Nas palavras de Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2016[b], p. 285), a "disciplina do art. 173, §1º, III, é claramente distinta daquela prevista no art. 37, XXI. As empresas públicas e sociedades de economia mista são sujeitas aos princípios da Administração Pública [...]. Já a Administração Pública direta, autárquica e fundacional se subordina a um regime muito mais severo".

70. Outra inovação trazida pela EC 19/1998 foi o estabelecimento de norma principiológica introduzida pelo art. 173, §1, II, da Constituição Federal, que passou a prever que a lei deveria estabelecer o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorassem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo que essas entidades deveriam se submeter ao regime jurídico próprio

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

71. Nesse ponto, Alexandre Santos de Aragão leciona que a paridade de regime imposta pelo art. 173 procura, a um só tempo, evitar que empresas estatais sejam privilegiadas em relação às suas concorrentes e que se imponha um regime jurídico mais dispendioso às empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica. Ademais, ressalta que, por se tratar de uma empresa estatal, nunca estará livre de alguns controles e constrangimentos republicanos, tais como o dever de prestar contas e a sujeição à atuação dos órgãos de controle externo. Todavia, impede gravames não aplicáveis igualmente às empresas privadas que atuam no mercado (ARAGÃO, 2018, pp. 117-119).

72. Nota-se, portanto, que o constituinte reformador, com a intenção de promover maior eficiência, reduzir os gargalos e de modernizar os processos do Estado, avaliou imprescindível que as empresas estatais, bem como suas subsidiárias, exploradoras de atividade econômica, possuíssem uma maior flexibilidade de atuação quando comparadas aos órgãos e entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

73. Não obstante a diferenciação aspirada pelo constituinte reformador, somente em junho de 2016, cerca de 18 (dezoito) anos após a EC 19/1998, foi sancionada a Lei 13.303/2016, também conhecida como Lei das Estatais ou Estatuto Jurídico das Estatais, que dispôs sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

74. Como consequência da elevação do princípio da eficiência ao status de princípio constitucional e da homogeneização de regime das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, todo o sistema jurídico-normativo infraconstitucional deve ser entendido à luz do novo paradigma de interpretação. Nas palavras de Dalton Morais, "[...] a eficiência administrativa passa a ser vetor de interpretação de todas as demais normas de direito administrativo vigentes em nosso ordenamento jurídico, pois essa é uma das funções primordiais dos princípios de direito, ante sua impregnação por valores socialmente reconhecidos como mais importantes em determinado tempo e lugar" (MORAIS, 2004, 189).

75. Em harmonia com esse entendimento, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, ao discorrer sobre alterações constitucionais e seus reflexos na ordem infraconstitucional, defende a necessidade de uma releitura do sistema jurídico-normativo à luz dos novos sentidos trazidos pela nova ordem fundamental:

> *Quando uma nova Constituição entra em vigor, ela produz impacto sobre a ordem constitucional e sobre a ordem infraconstitucional preexistentes. Quanto às normas constitucionais anteriores, elas são inteiramente revogadas, de vez que há uma substituição de sistema. No que diz respeito ao direito infraconstitucional, as normas incompatíveis ficam automaticamente revogadas; já as que são compatíveis são revivificadas, passando a viger sob novo fundamento de validade e, consequentemente, sujeitas a novas dimensões de sentido. (BARROSO, 2020, p. 285).*

76. Toda a carga principiológica presente na EC 19/1998 foi incorporada ao Estatuto Jurídico das Estatais. Nota-se, que um dos desígnios basilares do legislador, ao introduzir o referido diploma no ordenamento jurídico brasileiro, era proporcionar equiparação material entre as empresas estatais que atuam no domínio econômico e as empresas privadas do mesmo setor.

77. No sentido de reduzir as diferenças entre empresas estatais, exploradoras de atividade econômica, e as empresas privadas, o legislador apontou que as empresas estatais deveriam evoluir em duas dimensões consideradas fundamentais: ética e eficiência. Por um lado, a lei buscou estabelecer requisitos de governança para fortalecer a ética, em uma tentativa de blindar as empresas públicas e sociedades de economia mista da interferência política, objetivando tornar sua gestão mais

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

profissional. Por outro, considerou que as empresas estatais sofriam de limitações nos processos de contratação que prejudicavam a eficiência dessas empresas em termos competitivos. Vale transcrever um trecho da exposição de motivos do Projeto de Lei que deu origem à Lei 13.303/2016:

> *As empresas estatais saem necessariamente em desvantagem tanto na seara da eficiência como na da ética. A eficiência das estatais é afetada por diversos fatores: elas sofrem importantes limitações nos processos de contratação e dispensa de serviços e pessoas; a direção é constantemente modificada ao sabor das mudanças dos governos; os gestores nem sempre são recrutados por critérios de competência; e os conselhos de administração, quando existem (como nas sociedades de economia mista), são frequentemente preenchidos segundo critérios políticos.*
>
> *[...]*
>
> *Esse é claramente o caso das restrições à contratação de produtos, serviços e pessoas no serviço público em geral, e nas empresas estatais em particular. Tais restrições muitas vezes afastam da concorrência os pretendentes mais capazes. As empresas públicas seriam provavelmente mais eficientes se pudesses contratar e demitir com os mesmos critérios das empresas privadas. Mas é preciso reconhecer que somente muitos anos de retidão no campo da ética no serviço público serão capazes de apagar da memória a percepção coletiva da necessidade das normas repressivas.*
>
> *78. [...]*
>
> *79. O Projeto de Lei ora apresentado lida com a eficiência e a ética através da implantação, nas empresas estatais, de mecanismos obrigatórios nas áreas de (i) gestão; (ii) controles; (iii) prestação de contas (accountability); e (iv) supervisão de condutas. (grifos nossos)*

80. Interessante trazer ao conhecimento a posição do professor Alexandre Santos de Aragão (ARAGÃO, 2018, p. 166) que defende que as "empresas estatais surgiram como uma tentativa de o Estado ter instrumentos mais ágeis de ação, partindo-se de que as pessoas jurídicas de direito público possuíam amarras e controles que impediam uma atuação eficiente, sobretudo na seara econômica, onde a inovação e o dinamismo de mercado exigem uma atuação mais célere e adaptável".

81. Nesse aspecto, deve-se ressaltar que a Lei das Estatais enfatizou que a lógica econômica da eficiência, da flexibilidade e do dinamismo deveria ser aplicada a todas as empresas estatais, as exploradoras de atividade econômica e também as de prestação de serviços públicos, nos exatos termos do caput do art. 1 da Lei das Estatais, que estatui:

> *Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.*

82. Finalmente, no tocante ao regime jurídico aplicável às empresas estatais, exploradoras de atividade econômica, pode-se afirmar que se trata de um regime híbrido e atípico no qual se relacionam, harmonicamente entre si, dialéticas de direito público e privado. Note, a título de exemplo, que os contratos das empresas estatais com particulares são regulados pelo direito privado, por força do art. 68 da Lei das Estatais, não se aplicando, em regra, as tradicionais cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos – tendo em vista que a adoção destas cláusulas caracterizaria uma vantagem não extensível às empresas privadas atuantes no mesmo setor. Por outro lado, esses mesmos contratos privados serão, em princípio, precedidos de licitação e poderão ser controlados pelos tribunais de contas, em uma clara sujeição a procedimentos inexistentes, a priori, no mundo jurídico privado (ARAGÃO, 2018, pp. 181-182).

83. Destarte, toda a interpretação jurídico-normativa efetuada ao longo deste trabalho levará em consideração a finalidade almejada pelo constituinte derivado na edição da Emenda Constitucional nº 19/1998 e pelo legislador ordinário na elaboração do Estatuto das Estatais,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

especialmente no tocante ao princípio da eficiência e na paridade de regime jurídico aplicável às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, sem prejuízo dos demais princípios aplicáveis e dos influxos publicistas inerentes.

84. Não obstante a importância do princípio da eficiência, a análise apresentada ao longo da presente instrução estará atenta à existência de colisões principiológicas e à necessária ponderação entre os princípios que regem a administração pública. A harmonia entre esses princípios é tão importante para a administração pública quanto os Poderes da República são para o Estado Democrático de Direito.

III.2 - Análise do fundamento de validade da Resolução 3592/2020

85. Iniciaremos a análise da legalidade do processo de contratação de consultores ponderando sobre a possibilidade da utilização do instituto de inaplicabilidade de licitação para contratação de consultores no âmbito do Programa Nacional de Desestatização – PND.

86. Em seguida, iremos nos debruçar sobre a utilização do art. 28, §3, I, da Lei das Estatais, que versa sobre contratações relacionadas ao objeto social das empresas públicas e sociedades de economia mista, como fundamento para adoção de rito próprio de contratação de consultores para dar suporte aos projetos de desestatização.

87. Finalmente, analisaremos se estão presentes os requisitos para a formação de parcerias decorrentes de oportunidades de negócio na contratação de consultores técnicos especializados pelo Banco de Desenvolvimento.

III.2.1 - Análise do instituto de inaplicabilidade de licitação no âmbito do PND

88. Antes de enfrentarmos os argumentos jurídicos do BNDES, que sustentam a possibilidade de utilização do instituto de inaplicabilidade de licitação para a contratação de consultores no âmbito do PND, importa relembrar alguns conceitos de hermenêutica jurídica a fim de iluminar as razões de nossas proposições.

III.2.1.1 – Hermenêutica jurídica e técnicas de solução de conflito aparente de normas

89. A interpretação do sistema jurídico tem como um dos principais objetivos o entendimento da norma jurídica. Além disso, outro objetivo da hermenêutica é a solução de antinomias, situação que se verifica entre normas incompatíveis pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico e mesmo âmbito de validade (BOBBIO, 2014, p. 85).

90. Luís Roberto Barroso explica que "interpretar é, sobretudo, atribuir sentido a textos normativos, conectando-os com fatos específicos e com a realidade subjacente" (BARROSO, 2020, p. 281). Como podemos notar, na tarefa interpretativa, o aplicador do direito deve considerar a realidade factual que molda a norma jurídica que está sendo analisada.

91. De acordo com o magistério do Ministro Luís Roberto Barroso, no processo de interpretação jurídica devem ser considerados os elementos gramatical, histórico, sistêmico e teleológico. Segundo Barroso, a interpretação deve ser resultado da combinação entre todos esses elementos.

92. A interpretação gramatical se baseia nos conceitos contidos na norma e nas suas possibilidades semânticas, representando o ponto de partida e o limite máximo da interpretação. Barroso afirma que o "intérprete não pode ignorar ou torcer o sentido das palavras, sob pena de sobrepor a retórica à legitimidade democrática, à lógica e à segurança jurídica" (BARROSO, 2020, p. 282).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

93. Na interpretação histórica, busca-se o sentido inicial da norma a partir da análise dos trabalhos legislativos e da interpretação do legislador. No entanto, com o passar do tempo, a vontade do legislador (mens legislatoris) vai sendo substituída por um sentido autônomo e objetivo da norma (mens legis). Não por outro motivo que, segundo Barroso, a análise histórica desempenha um papel secundário, suplementar, na revelação do sentido da norma.

94. Norberto Bobbio (BOBBIO, 2014, p. 81) considera a interpretação sistemática como aquela que extrai seus argumentos do ordenamento como um todo, a partir do que denomina espírito do sistema, mesmo quando o fruto da interpretação resulta em uma aparente contradição com a interpretação meramente literal.

95. Barroso argumenta que a interpretação sistêmica é resultado da própria ordem jurídica que é dotada de unidade e harmonia. Na opinião do Ministro do STF, "a interpretação sistemática disputa com a teleológica a primazia no processo de aplicação do direito" (BARROSO, 2020, p. 284).

96. Por conta da interpretação sistemática, quando uma nova Constituição passa a vigorar, seja por meio de uma constituinte originária ou derivada, as normas infraconstitucionais devem ser reinterpretadas à luz das novidades constitucionais, com fundamento na hierarquia do sistema normativo e na prevalência das normas superiores sobre as inferiores. No dizer de Luís Roberto Barroso:

> *Quando uma nova Constituição entra em vigor, ela produz impacto sobre a ordem constitucional e sobre a ordem infraconstitucional preexistentes. Quanto às normas constitucionais anteriores, elas são inteiramente revogadas, de vez que há uma substituição de sistema. No que diz respeito ao direito infraconstitucional, as normas incompatíveis ficam automaticamente revogadas; já as que são compatíveis são revivificadas, passando a viger sob novo fundamento de validade e, consequentemente, sujeitas a novas dimensões de sentido. (BARROSO, 2020, p. 285).*

97. Finalmente, a interpretação teleológica almeja identificar a finalidade para a qual a norma foi elaborada. Nasce do conceito de que o Direito não é um fim em si mesmo, existindo para concretizar determinados fins sociais, de justiça, segurança jurídica e dignidade da pessoa humana.

98. Não obstante as técnicas de interpretação e o princípio da unidade do Direito, por vezes normas válidas de um mesmo sistema jurídico se embatem, apresentando sentidos aparentemente opostos. Nesses casos, faz-se necessário a utilização de técnicas de solução de conflito entre as normas jurídicas visivelmente colidentes. Os critérios fundamentais para a solução de conflito entre normas são os seguintes: hierárquico; cronológico; e especialidade.

99. Pelo critério hierárquico, quando na presença de duas regras aparentemente incompatíveis, a norma de maior hierarquia deverá prevalecer sobre a norma de menor hierarquia: lex superior derogat inferiori. Uma das consequências da hierarquia das normas jurídicas é justamente esta: normas superiores podem revogar normas inferiores, mas nunca o vice-versa.

100. Segundo o critério cronológico, a norma posterior prevalece sobre a norma anterior: lex posterior derogat prior. Nas palavras de Norberto Bobbio, um dos fundamentos dessa técnica de solução de conflito entre normas é a presunção de que "o legislador não queria fazer coisa inútil", sem finalidade. Assim não fosse, a "lei sucessiva seria um ato inútil e sem finalidade" (BOBBIO, 2014, p. 94).

101. O terceiro critério de solução de antinomias é aquele pelo qual a lei especial prevalece sobre a lei geral: lex specialis derogat generali. Conforme Bobbio (BOBBIO, 2014, p. 97), "a passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça".

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

102. Outro ponto que merece destaque nessa introdução teórica, que servirá de fundamento ao entendimento que será manifestado na presente análise, é o instituto da interpretação conforme a Constituição. Esse princípio destina-se à preservação de validade de determinadas normas infraconstitucionais, de maneira que se alinhem aos mandamentos constitucionais (BARROSO, 2020, p. 290).

III.2.1.2 - Aparente antinomia entre a Lei 9.491/1997 e a Lei 13.303/2016

103. Feita esta breve introdução aos conceitos básicos do Direito, pode-se analisar o caso de maneira mais assertiva. Conforme largamente exposto ao longo deste trabalho, a Lei 13.303/2016 introduziu no ordenamento jurídico pátrio um novo tipo de dispensa de licitação (lato sensu) – que convencionamos chamar de inaplicabilidade de licitação devido à sua notável diferença frente aos experimentados institutos da dispensa e da inexigibilidade de licitação –, com duas novas espécies: i) inaplicabilidade de licitação para contratações relacionadas ao objeto social da empresa; e ii) inaplicabilidade de licitação para a escolha de parceiros decorrente de oportunidades de negócio definidas e específicas.

104. Ocorre que a Lei 9.491, de 9 de setembro de 1997, que versa sobre o Programa Nacional de Desestatização (PND), ao dispor sobre as competências do BNDES como Gestor do Fundo Nacional de Desestatização (FND), estabeleceu que a instituição poderia promover a contratação de consultorias técnicas especializadas, com intuito de auxiliá-lo no desenvolvimento de projetos de estruturação de desestatização, sempre mediante licitação, conforme trecho transcrito abaixo:

> *Art. 17. O Fundo Nacional de Desestatização será administrado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, designado Gestor do Fundo.*
>
> *Art. 18. Compete ao Gestor do Fundo:*
>
> *[...]*
>
> *IV - promover a contratação de consultoria, auditoria e outros serviços especializados necessários à execução das desestatizações;*
>
> *[...]*
>
> *Parágrafo único. Na contratação dos serviços a que se refere o inciso IV deste artigo, poderá o Gestor do Fundo estabelecer, alternativa ou cumulativamente, na composição da remuneração dos contratados, pagamento a preço fixo ou comissionado, sempre mediante licitação. (grifos nossos)*

105. Desta forma, considerando-se, neste momento, de maneira perfunctória, a possibilidade de utilização do instituto da inaplicabilidade de licitação para a contratação de consultores pelo BNDES – conforme defendido pelo Banco de Desenvolvimento –, no âmbito da estruturação de projetos de desestatização, e considerando-se a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório, imposta pela Lei 9.491/1997, verifica-se um conflito aparente de normas.

106. Com o intuito de solucionar esse conflito aparente de normas, iremos nos valer das técnicas de hermenêutica e de solução de conflitos apresentadas no tópico anterior (vide III.2.1.1), notadamente as interpretações teleológica e sistemática, bem como os critérios cronológico e de especialidade.

107. Inicialmente, destaca-se que a Constituição Federal, como norma fundamental de todo ordenamento jurídico, irradia seus mandamentos para todos os ramos do Direito e impera sobre as todas as normas infraconstitucionais. Vale lembrar ainda que, a Emenda Constitucional 19, que buscou aproximar o regime jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista, exploradoras de atividade econômica, do regime jurídico de direito privado, foi promulgada em junho de 1998, sendo, portanto, posterior à Lei 9.491/1997.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

108. Conforme referido anteriormente, a EC 19/1998 introduziu o princípio da eficiência entre os princípios da Administração Pública (art. 37), bem como a incluiu norma principiológica no art. 173, com a diretriz para que as empresas estatais que explorem atividade econômica fossem submetidas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

109. Destaca-se que o constituinte reformador julgou pertinente diferenciar o regime jurídico a ser observado pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional, daquele aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista, exploradoras de atividade econômica, conforme se observa pela leitura do art. 22, XXVII, da Carta da República:

> *Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
>
> *XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifos nossos)*

110. Como se depreende, com atualização introduzida pela EC 19/1998, o constituinte derivado positivou a necessidade de diferenciar as regras licitatórias aplicáveis à administração pública direta, autárquica e fundacional, de todos os entes federados, das regras procedimentais relacionadas às contratações realizadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

111. Nota-se que, quando da promulgação da Lei 9.491/1997, vigia texto constitucional que não demandava qualquer diferenciação nos procedimentos para contratação de empresas privadas por órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, conforme se destaca abaixo:

> *Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
>
> *XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle; (redação original do texto constitucional)*

112. Portanto, o legislador ordinário, quando da edição da Lei 9.491/1997, não possuía a compreensão sobre a necessidade de diferenciação entre os regimes de contratação adotados por órgãos da administração direta, autárquica e fundacional e por entidades da administração indireta, em especial as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.

113. Na verdade, caso a Lei 9.491/1997 trouxesse qualquer distinção em termos de procedimento licitatório em seu bojo, poderia ser taxada de inconstitucional, tendo em vista a falta de previsão hierárquica para uma eventual diferenciação. Após a entrada em vigor da EC 19/1998, a Lei poderia prever uma diferenciação entre regimes licitatórios sem ser objeto de questionamento em relação a sua constitucionalidade, com fundamento no art. 173, §1º, III da Constituição Federal.

114. Desta feita, utilizando-se o critério cronológico, bem como uma interpretação conforme a Constituição, verifica-se que o conflito aparente de normas, entre a Lei 13.303/2016 e a Lei 9.491/1997, deve ser resolvido em benefício das disposições da Lei das Estatais, uma vez que este diploma legal contempla todas as influências que irradiaram da EC 19/1998, além de ser posterior à Lei do PND.

115. Pode-se perguntar a respeito do critério de especialidade das normas. Neste aspecto, entendemos que tanto a Lei das Estatais quanto a Lei do PND são normas especiais que se aplicam ao caso concreto, não sendo possível a prevalência hegemônica de uma sobre a outra de forma geral e abstrata.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

116. Todavia, pode-se afirmar que, nos assuntos relativos a licitações e contratos, a Lei 13.303/2016 figura como a norma especial, por ter seu conteúdo versando sobre normas de governança nas empresas estatais, bem como sobre licitação e contratos, ao passo que a Lei 9.491/1997 descreve os procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, não se prestando a regular procedimentos relacionados a licitações e contratos.

117. Novamente, portanto, adotando-se o critério da especialidade, pode-se afirmar que os conflitos aparentes entre dispositivos das leis 9.491/1997 e 13.303/2016, quando versarem sobre licitações e contratos, devem ser resolvidos em benefício da aplicação da norma insculpida pela Lei 13.303/2016, por se tratar de norma especial que versa sobre licitações e contratos de empresas públicas e sociedades de economia mista.

118. Vale lembrar, finalmente, conforme discorrido na evolução do regime jurídico aplicável às empresas estatais (vide III.1), que a finalidade do constituinte reformador, ao promulgar a EC 19/1998, foi aproximar o regime jurídico das empresas estatais ao regime privado, induzindo as empresas públicas e as sociedades de economia mista, exploradoras de atividade econômica, em buscar maior eficiência.

119. Neste sentido, utilizando-se uma interpretação teleológica, conclui-se, igualmente, que a expressão "sempre mediante licitação", insculpida na Lei do Programa Nacional de Desestatização, necessita ser temperada à luz do princípio da eficiência.

120. Destarte, analisando-se o sistema normativo constitucional e infraconstitucional, sob os prismas interpretativos teleológico e sistemático, bem como utilizando-se os critérios cronológico e de especialidade para a solução de conflitos normativos, verifica-se a prevalência das normas introduzidas no ordenamento jurídico pela Lei 13.303/2016 sobre os dispositivos inseridos pela Lei 9.491/1997 que lhe forem potencialmente conflitantes, especificamente quando se tratar de questão relacionada a licitações e contratos.

121. Com base no exposto, defendemos que a referida expressão "sempre mediante licitação" não deve ser percebida em sua estrita literalidade, mas compreendida a partir da interpretação conforme a Constituição e privilegiando os dispositivos da Lei 13.303/2016 quando em aparente conflito com dispositivos da Lei 9.491/1997, permitindo-se, desta maneira, a interpretação do dispositivo como "sempre mediante processo competitivo que observe os princípios da administração pública".

III.2.1.3 - Aparente antinomia entre a Instrução Normativa 81/2018 e a Lei 13.303/2016

122. Neste momento, por dever de ofício, deve-se destacar que a Instrução Normativa 81/2018 do TCU, que apresenta os procedimentos a serem observados em processos de desestatização, determina que, quando a desestatização se referir à privatização, será exigido o encaminhamento do edital de licitação para a contratação dos serviços de consultoria, bem como os documentos relativos ao processo licitatório dessa contratação, nos termos do artigo 4º do referido normativo infralegal.

> *Art. 4º Quando a desestatização se referir à privatização, serão exigidos os seguintes documentos:*
>
> *IV - edital de licitação para contratação dos serviços de consultoria a que se refere o art. 31 do Decreto nº 2.594/98.*
>
> *V - processo licitatório para contratação dos serviços de consultoria, incluindo os respectivos contratos;*
>
> *VI - processo licitatório para contratação dos serviços de auditoria a que se refere o art. 21 do Decreto nº 2.594/98, incluindo o respectivo contrato;*
>
> *VII - processos licitatórios para contratação de serviços especializados; (grifos nossos)*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

123. Em primeiro lugar, é importante destacar que o Decreto 2.594/98 citado pela IN 81/2018, refere-se ao ato do Presidente da República que regulamenta a Lei 9.491/97. Como é de se esperar desse tipo de diploma normativo, o Decreto aprofunda e detalha as disposições da Lei que regulamenta, possuindo fundamento de validade no art. 84, VI, da Constituição Federal de 1988, devendo respeito aos estritos limites da lei que se dispõe a minudenciar.

124. Esclarece-se, ainda, que o art. 31 do Decreto se refere aos motivos pelos quais o Gestor do Fundo deverá contratar os consultores especializados necessários à desestatização. A seguir, apresentam-se os arts. 21 e 31 do Decreto, referido pela IN 81/2018:

> *Art. 21. O FND será auditado por auditor externo independente, registrado na Comissão de Valores Mobiliários - CVM, que será contratado mediante licitação pública promovida pelo Gestor do FND.*
>
> *Art. 31. O preço mínimo será fixado com base em estudos de avaliação, elaborados por duas empresas contratadas mediante licitação pública promovida pelo Gestor do FND ou pelos órgãos responsáveis de que tratam o § 1º do art. 10 e o art. 13 deste Decreto.*

125. Para fins de comparação entre o texto legal e o referido ato regulatório, tomamos a liberdade de transcrever o art. 18, parágrafo único, da Lei 9.491/97, in verbis:

> *Art. 18. Compete ao Gestor do Fundo:*
>
> *IV - promover a contratação de consultoria, auditoria e outros serviços especializados necessários à execução das desestatizações;*
>
> *Parágrafo único. Na contratação dos serviços a que se refere o inciso IV deste artigo, poderá o Gestor do Fundo estabelecer, alternativa ou cumulativamente, na composição da remuneração dos contratados, pagamento a preço fixo ou comissionado, sempre mediante licitação. (grifos nossos)*

126. Por sua vez, o Decreto 2.594/98 traz a seguinte redação:

> *Art. 24. Compete ao Gestor do FND:*
>
> *IV - promover a contratação de consultoria, auditoria e outros serviços especializados necessários à execução das desestatizações;*
>
> *Parágrafo único. Na contratação dos serviços a que se refere o inciso IV deste artigo poderá o Gestor do FND estabelecer, alternativa ou cumulativamente, na composição da remuneração dos contratados, pagamento a preço fixo ou comissionado, sempre mediante licitação. (grifos nossos)*

127. Como se observa da leitura comparativa dos referidos diplomas normativos, a exceção do número do artigo, não há nenhuma diferença entre a redação dada pela Lei 9.491/97 e aquela adotada pelo Decreto 2.594/98.

128. Ademais, os serviços de auditoria e de consultoria referidos pelo arts. 21 e 31, respectivamente, do Decreto são os mesmos daqueles citados pelo art. 24 do mesmo diploma infralegal. No entanto, conforme referido acima, o art. 31 apresenta a razão pela qual o gestor do fundo (BNDES) deve contratar tais serviços: para auxiliar na definição do preço mínimo determinado com base em estudos de avaliação realizados pelas respectivas consultorias.

129. Ora, como o decreto regulamentar é norma infralegal, a aplicação da técnica de solução de conflitos baseada no critério hierárquico demanda a supremacia da lei frente ao decreto. Ademais, todos os argumentos produzidos no tópico anterior (vide item III.2.1.2), se aplicam na totalidade a uma eventual antinomia entre os dispositivos do Decreto 2.594/98 e as normas descritas na Lei 13.303/2016.

130. Conforme referido no tópico anterior, a Lei 13.303/2016 por dispor, entre outras coisas, de normas de licitação e contratos das empresas públicas e sociedades de economia mista, é norma específica neste tema e, desta maneira, deve prevalecer frente a dispositivos aparentemente

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

conflitantes do Decreto 2.594/98, da mesma forma que impera sobre normativos antinômicos da Lei 9.491/97 neste aspecto.

131. Nesta senda, por ser norma mais moderna, a Lei 13.303/2016, também pelo critério cronológico, apresenta preponderância interpretativa quando comparada ao Decreto 2.594/98. Assim, pelo princípio da unidade e da harmonia do sistema jurídico não pode haver espaço para antinomias entre a Lei 13.303/2016 e o Decreto 2.594/98.

132. Portanto, caso se considere possível a contratação de consultores pelo BNDES com fundamento no art. 28, §3º, I ou II, da Lei das Estatais, a expressão sempre mediante licitação presente no art. 18, parágrafo único, da Lei 9.491/1997 e art. 24, parágrafo único, do Decreto 2.594/1998, deve ser lida da seguinte forma: "sempre mediante processo competitivo que observe os princípios que regem a administração pública".

133. De fato, ao se examinar as peças que subsidiam a deliberação que aprovou a IN-TCU 81/2018, no caso o Acórdão 1.382/2018 – Plenário, da relatoria do Exmo. Ministro Walton Alencar Rodrigues, constata-se que seu desenho foi bastante inspirado e voltado para aplicação em processos de concessão, uma vez que nas últimas décadas foram desestatizações dessa espécie que foram conduzidas – e, portanto, acompanhadas pelo TCU – em maior quantidade e frequência.

134. O contexto da elaboração da IN 81/2018 considera que as outorgas tiveram um avanço procedimental significativo nos últimos vinte anos, sob a influência de diversos fatores, tais como o amadurecimento das agências reguladoras – que são as responsáveis pela sua execução –, edição de legislações específicas mais modernas, e ainda aprimoramentos decorrentes da própria atuação do TCU. Porém esses avanços só foram possíveis porque nesse período foram realizados (e submetidos para o Tribunal) inúmeros processos de desestatização de infraestrutura no modelo de concessões.

135. Contudo, não ocorreu o mesmo em relação às privatizações, pois nos últimos vinte anos elas não aconteceram no mesmo volume e frequência que as concessões outorgas. Isso, de certo modo, explica porque mesmo em relação ao acompanhamento das privatizações, a IN 81/2018 não trouxe atualização procedimental significativa quando comparada à sua predecessora.

136. Desta forma, ressaltamos que, admitindo-se a possibilidade de contratação de consultores pelo BNDES com fundamento no art. 28, §3º, I ou II, da Lei das Estatais, também o texto do art. 4º, IV a VII, da IN 81/2018, ***por via reflexa****, deverá sofrer temperamento, interpretando-se "instrumento convocatório" no lugar de edital de licitação e, consequentemente, utilizando-se "processo competitivo que observe os princípios da administração pública" ao invés de processo licitatório.*

III.2.2 - Análise sobre a possibilidade de contratação relacionada especificamente ao objeto social

137. Conforme abordado anteriormente, a Lei das Estatais introduziu no ordenamento jurídico brasileiro nova hipótese de inaplicabilidade dos procedimentos relacionados às licitações e contratos que, em regra, são de observância obrigatória para as empresas públicas e sociedades de economia mista. Trata-se da ausência de obrigação de observância das normas licitatórias estabelecidas pela Lei 13.303/2016, no caso de atividades relacionadas aos objetos sociais das empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme insculpido no art. 28, §3º, I, do referido diploma legal:

> *Art. 28. [...] §3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:*
>
> *I - na comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais. (grifos nossos)*

138. A positivação legislativa dessa hipótese de inaplicabilidade de licitação está em harmonia com a jurisprudência dominante do Tribunal de Contas da União, que apontava na direção de ser

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

dispensável a licitação para as atividades-fim das empresas públicas e sociedades de economia mista, em casos que a realização do procedimento licitatório dificultasse a realização das atividades negociais das empresas estatais.

III.2.2.1 - A Jurisprudência do TCU para contratações relacionadas à atividade-fim

139. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União, muito antes da existência da Lei das Estatais, era relativamente pacífica no sentido de considerar válida a ausência de licitação no desempenho da atividade-fim das empresas estatais. Em decisão inovadora, que data do final da década de 90 do século passado, o Plenário do TCU, em sede do Acórdão 121/1998, excluiu a obrigatoriedade de a BR Distribuidora "realizar processo licitatório para as contratações de transportes que sejam atividade-fim da empresa, como a de transporte de produtos, permanecendo esta obrigatoriedade para as atividades-meio".

140. Após a prolação do referido leading case, diversas outras decisões foram proferidas pelo Tribunal no mesmo sentido. Nesta seara, destaca-se que, em 2004, em resposta a uma Consulta formulada pelo então Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, Senhor Eduardo Campos, a Corte de Contas se manifestou, por meio do Acórdão 1390/2004, de relatoria do Ministro-substituto Marcos Bemquerer, no sentido de considerar que "enquanto não for editado o estatuto a que se refere o art. 173, §1º, da Constituição Federal [Lei das Estatais], as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços devem observar a Lei 8.666/1993 e seus regulamentos próprios, podendo prescindir da licitação para a contratação de bens e serviços que constituam sua atividade-fim, nas hipóteses que a referida norma constitua óbice intransponível à sua atividade negocial".

141. Em 2007, o Plenário do Tribunal de Contas, em nova oportunidade, voltou a se manifestar, por meio do Acórdão 920/2007, de relatoria do Ministro Valmir Campelo, afirmando que "quando a aplicação da norma [Lei 8.666/1993] comprometer o objetivo social da empresa pública ou sociedade de economia mista, por prejudicar a agilidade necessária para a prática de atos negociais, em um mercado concorrente, não será exigido o seu cumprimento".

142. Importante observar na referida decisão que o Plenário da Corte de Contas endossou a proposição de não exigência de cumprimento de procedimento licitatório, quando sua aplicação pudesse comprometer a realização do objeto social da empresa estatal, por embaraçar a eficiência imprescindível à atuação estatal no domínio econômico. Nota-se, neste caso, que o Tribunal foi ainda mais elástico em sua interpretação, ao ponderar que eventual empecilho ao objetivo social da estatal seria suficiente para afastar a aplicação do procedimento licitatório, não se limitando à conhecida justificativa relacionada às atividades-fim da companhia.

143. Em julgado um pouco mais moderno, o Ministro-relator Valmir Campelo, em sede do Acórdão 566/2012, voltou a defender a inaplicabilidade dos procedimentos licitatórios quando as circunstâncias pudessem acarretar riscos à atividade comercial da empresa, nos seguintes termos:

> *Empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que exploram atividade econômica, como regra geral, devem se submeter aos princípios licitatórios estabelecidos na Lei 8.666/1993 até edição da norma prevista no art. 173, § 1º, da Constituição Federal [Lei das Estatais], salvo em circunstâncias excepcionais, devidamente motivadas, em que a utilização daquele diploma legal possa acarretar riscos à atividade comercial da empresa.*
>
> *[Acórdão 566/2012 TCU-Plenário - Min. Rel. Valmir Campelo]*

144. Mais recentemente, no âmbito de tomada de contas especial, a Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União prolatou o Acórdão 2384/2015, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que assentou que "[a] licitação é regra, mesmo para as empresas estatais submetidas a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal), inclusive em sua área finalística, e só pode ser afastada em situações nas quais for demonstrada a existência de obstáculos negociais, com efetivo prejuízo às atividades da estatal, que impossibilitem a licitação", voltando a aplicar uma interpretação mais restritiva.

145. Com a referida decisão, pode-se constatar que o standard da Corte de Contas fora erguido a novo patamar, passando a exigir a realização de licitação, como regra, inclusive para as atividades-fim das empresas estatais, que só poderia ser afastada nos casos em que obstáculos negociais fossem de tal monta que impossibilitassem a licitação, ou que acarretassem efetivo prejuízo às atividades da instituição.

146. Em face do movimento pendular na interpretação da Corte de Contas em relação ao dever de realização de procedimento licitatório para as contratações relacionadas às atividade-fim das empresas estatais, pode-se afirmar que a Lei 13.303/2016 afiançou maior segurança no arcabouço jurídico e jurisprudencial brasileiro, ao positivar que as empresas públicas e as sociedades de economia mista ficam desobrigadas, de fato, da observância da licitação na comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais.

III.2.2.2 - A contratação de consultores e o objeto social do BNDES

147. Com o intuito de verificar se o BNDES pode se utilizar do instituto de inaplicabilidade de licitação, na espécie de contratação relacionada ao seu objeto social, com fundamento no art. 28, §3º, I, da Lei das Estatais, faz-se imperioso analisar as motivações constantes da Lei de Criação do Banco de Desenvolvimento, bem como de leis posteriores que atribuíram novas competências à estatal.

148. Inicialmente, destaca-se que o BNDES foi criado no ano de 1952 pela Lei 1.628 – promulgada sob a égide da Constituição Democrática de 1946 – no segundo governo do ex-Presidente da República Getúlio Vargas. Pela leitura do referido diploma legal, verifica-se que o BNDES foi criado com o objetivo de suportar uma política de reaparelhamento do Governo, conforme se extrai da parte final do art. 8º do referido normativo de 1952, in verbis.

> *Art. 8º Para dar execução aos objetivos desta Lei, bem como da Lei nº 1.518, de 24 de dezembro de 1951 e do art. 3º da Lei nº 1.474, de 26 de novembro de 1951, é criado, sob a jurisdição do Ministério da Fazenda, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, que também atuará, como **agente do Governo**, nas operações financeiras que se referirem ao **reaparelhamento** e ao **fomento** da **economia nacional**. (grifos nossos)*

149. Na altura, a principal atribuição do BNDES era a de gestor do Fundo de Reaparelhamento Econômico (BNDES, 1962, p. 7). Outro exemplo que demonstra o inicial objetivo social estatizante do BNDES se encontra insculpido no art. 10, II, da Lei 1.628/1952, que determina o seguinte:

> *Art. 10. O Banco exercerá todas as atividades bancárias, na forma da legislação em vigor, dentro dos limites e condições que serão fixados no regimento interno, e mais os seguintes:*
>
> *II – só poderá efetuar empréstimos ou financiamentos com os objetivos de reaparelhamento e fomento estabelecidos nas Leis 1.474 (art. 3º) e 1.518. (grifos nossos)*

150. Conforme estabelecido em sua Lei de Criação, o Banco possuía as seguintes competências (art. 11 da Lei 1.628/1952): i) receber recursos provenientes da cobrança de tributos, pelo Tesouro Nacional; ii) movimentar créditos obtidos no exterior para o financiamento do programa de reaparelhamento e fomento; iii) promover, mediante instruções do Ministro da Fazenda, o atendimento dos compromissos decorrentes da execução do programa de reaparelhamento e fomento; iv) satisfazer as obrigações decorrentes do serviço de juros, amortizações e resgate dos encargos assumidos, no país ou no exterior, em virtude da execução de programas de reaparelhamento e

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

fomento; v) contratar no exterior a abertura de créditos destinados à execução do programa de reaparelhamento e fomento; e vi) efetuar, sempre que autorizado em lei, outras operações visando ao desenvolvimento da economia nacional.

151. Dadas competências iniciais do BNDES, instituídas pela sua lei de criação, nota-se que o Banco foi criado com o intuito de auxiliar o governo no desenvolvimento e na execução de seu programa de reaparelhamento e fomento, sendo responsável pela gestão do Fundo de Reaparelhamento Econômico. Neste sentido, poderia contratar diretamente no exterior abertura de créditos necessários à execução do programa governamental.

152. Repare-se que a Lei 1.628/1952, no art. 11, inciso VIII, previu a possibilidade de o Banco de Desenvolvimento Econômico e Social efetuar outras operações visando ao desenvolvimento da economia nacional, sempre que autorizado em lei. Desta maneira, a lei de criação do BNDES previu a possibilidade de evolução do objeto social do Banco ao longo do tempo, sempre que alterações legislativas assim o autorizasse.

153. De fato, conforme se pode notar, o Banco Nacional de Desenvolvimento foi criado com o objetivo ser um agente de governo (literalmente – vide art. 8º da Lei 1.628/1952) na implementação de sua política de desenvolvimento econômico. Naquela altura, a diretriz governamental, como se extrai dos exemplos acima referenciados, era claramente estatizante e um dos principais objetivos de existência do Banco de Desenvolvimento era apoiar a implementação daquela determinação governamental: suportar o programa de reaparelhamento e fomento do governo como gestor do Fundo de Reaparelhamento Econômico.

154. Cerca de 20 (vinte) anos após a lei criadora do BNDES, a Lei 5.662/1971, que enquadrou o Banco na categoria de empresa pública, foi bastante econômica, mas abrangente, ao discorrer sobre as competências da empresa pública, limitando-se a instituir, em seu art. 5º, que a empresa pública poderia efetuar todas as operações bancárias necessárias à realização do desenvolvimento da economia nacional.

155. Em 1997, o ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso sancionou a Lei 9.491/1997 (Lei do PND) que alterou procedimentos do Programa Nacional de Desestatização – PND. Segundo o art. 1º da Lei 9.491/1997, o PND possui os seguintes objetivos fundamentais: i) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; ii) contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; iii) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; iv) contribuir para a reestruturação econômica do setor privado [..], ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; v) permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; e vi) contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais.

156. Conforme se constata pelos objetivos fundamentais da Lei do PND, o pêndulo estatizante, que no segundo governo do ex-Presidente Getúlio Vargas se encontrava alinhado à maior presença do Estado na economia, em 1997 passou ao oposto, indicando maior tendência governamental a reduzir a sua atuação direta no domínio econômico.

157. Vale repisar que pela leitura do art. 11, inciso VIII, da Lei de Criação do Banco Nacional de Desenvolvimento, ainda no ano de 1952, o legislador previu a possibilidade de o BNDES ter as suas competências alteradas, sempre que autorizado em lei, para realizar outras operações visando o desenvolvimento da economia nacional.

158. Ao longo dos anos, desde a criação do Banco, em 1952, até a promulgação da Lei 9.491/1997, pode-se dizer que o desenvolvimento da economia nacional, que outrora fora percebido

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

como sinônimo de reaparelhamento e fomento, passou a ser entendido como sinônimo de redução do Estado na Economia, de retomada de investimentos pela iniciativa privada, de redução da dívida pública, de concentração de esforços da administração pública em saúde, segurança e educação e de contribuição para o desenvolvimento do mercado de capitais, conforme diretrizes da Lei 9.491/1997.

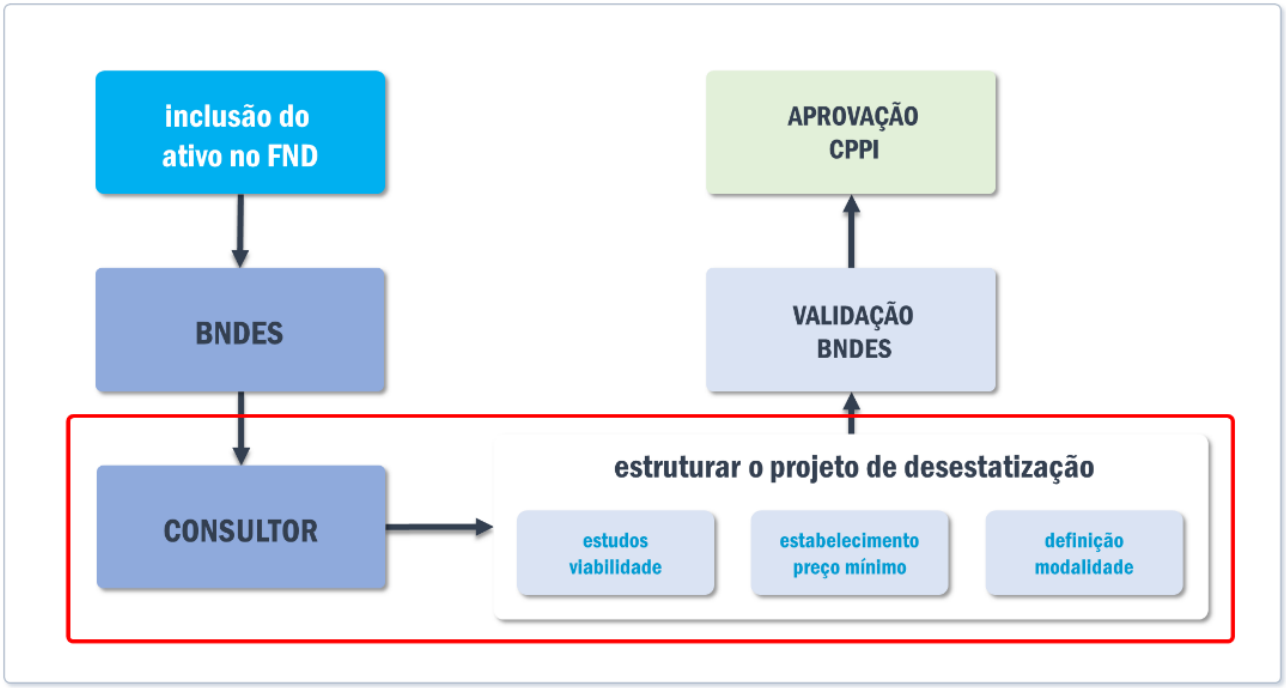
159. Nessa linha, ao longo de sua história, o BNDES migrou da posição de gestor do Fundo de Reaparelhamento Econômico para a de gestor do Fundo Nacional de Desestatização, com competência para, entre outras diversas atribuições, promover a contratação de consultoria, auditoria e outros serviços especializados necessários à execução das desestatizações, conforme art. 18, IV, do referido diploma legal (Lei do Programa Nacional de Desestatização).

> *Art. 18. Compete ao Gestor do Fundo:*
>
> *I - fornecer apoio administrativo e operacional, necessário ao funcionamento do Conselho Nacional de Desestatização, aí se incluindo os serviços de secretaria;*
>
> *II - divulgar os processos de desestatização, bem como prestar todas as informações que vierem a ser solicitadas pelos poderes competentes;*
>
> *III - constituir grupos de trabalho, integrados por funcionários do BNDES e suas subsidiárias e por servidores da Administração direta ou indireta requisitados nos termos da alínea "d" do § 4° do art. 6º, desta Lei, para o fim de prover apoio técnico à implementação das desestatizações;*
>
> *IV - promover a contratação de consultoria, auditoria e outros serviços especializados necessários à execução das desestatizações;*
>
> *V - submeter ao Presidente do Conselho Nacional de Desestatização as matérias de que trata o inciso II do art. 6º, desta Lei;*
>
> *VI - promover a articulação com o sistema de distribuição de valores mobiliários e as Bolsas de Valores;*
>
> *VII - selecionar e cadastrar empresas de reconhecida reputação e tradicional atuação na negociação de capital, transferência de controle acionário, venda e arrendamento de ativos;*
>
> *VIII - preparar a documentação dos processos de desestatização, para apreciação do Tribunal de Contas da União;*
>
> *IX - submeter ao Presidente do Conselho outras matérias de interesse do Programa Nacional de Desestatização. (grifos nossos)*

160. Verifica-se, com o advento da Lei 9.491/1997, que as competências do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social foram alargadas para possibilitar o desempenho do papel de Gestor do Fundo Nacional de Desestatização.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

Figura 2 - Processo de privatização de ativos no âmbito do PND



Fonte: elaboração própria com base na Lei 9.491/1997 e no Decreto 2.594/1998

161. A imagem acima (Figura 2) retrata, de forma breve e resumida, o processo de privatização de empresas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização. Veja que, após a inclusão das ações no Fundo Nacional de Desestatização, o BNDES passa a ser o responsável por estruturar o projeto de desestatização.

162. Ciente de que o BNDES poderia necessitar de apoio e expertise externa para viabilizar a privatização, o legislador previu a possibilidade de o banco contratar consultor técnico especializado responsável pela: i) elaboração dos estudos de viabilidade; ii) pelo estabelecimento do preço mínimo do ativo; e iii) pela definição da modalidade de desestatização a ser aplicada no caso concreto, podendo ser adotada uma das seguintes opções: a) alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações; b) abertura de capital; c) aumento de capital, com renúncia, ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição; d) alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; e) dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a consequente alienação de seus ativos, entre outras.

163. Frise-se que as competências desempenhadas pelo consultor técnico se confundem, em termos gerais, com a própria desestatização, sob o ponto de vista do planejamento, da definição de estratégias de execução e do estabelecimento do preço mínimo a ser aplicado para a privatização do ativo. À primeira vista, o que se assemelharia a uma contratação de atividade-meio, na verdade, por força normativa legal, representa a própria finalidade do envolvimento do BNDES no projeto de desestatização: o BNDES entrega ao governo o que será desenvolvido pela consultoria, sob sua supervisão. A finalidade do BNDES é, pois, a de assegurar a qualidade da estruturação do projeto de desestatização, por meio da supervisão do consultor especializado contratado.

164. Desta monta, a Lei 9.491/1997, utilizando o BNDES como agente do governo (novamente e em sintonia com a sua Lei de Criação) para realização de suas políticas públicas, outorgou ao Banco de Desenvolvimento competências específicas para a contratação de empresas técnicas especializadas necessárias à execução das desestatizações propostas no âmbito do PND.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

165. Por todo o exposto, pode-se inferir que a contratação de consultores técnicos, necessários à execução das desestatizações, pode ser compreendida como uma atividade integrante do objeto social do BNDES, tendo em vista se tratar de uma operação autorizada por lei que, em última instância, segundo os objetivos fundamentais do Programa Nacional de Desestatização, nos termos do art. 1º da Lei 9.491/1997, visa apoiar o desenvolvimento da economia nacional.

166. Nesse sentido, entende-se que o art. 28, §3º, I, da Lei das Estatais – que afirma que as empresas públicas estão dispensadas da observância do rito licitatório do Estatuto das Estatais nos casos de contratação, de forma direta, de serviços relacionados especificamente aos seus respectivos objetos sociais – pode ser utilizado pelo Banco de Desenvolvimento para fundamentar a contratação de consultores no âmbito do Programa Nacional de Desestatização.

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

167. Nota-se que o art. 28, §3º, I, da Lei 13.303/2016, é transparente ao afirmar que a contratação deve ser realizada de forma direta pela empresa estatal. Ademais, impõe que a contratação esteja relacionada ao objeto social da empresa pública e da sociedade de economia mista contratante. Pelo racional aqui desenvolvido, observa-se que a contratação, pelo BNDES, de consultores técnicos para suportar os projetos de desestatização governamentais, no âmbito do PND, atende aos dois requisitos impostos pela Lei.

168. Não obstante a possibilidade de utilização do instituto da inaplicabilidade de licitação, nas contratações de consultores especializados, no âmbito de projetos de desestatização incluídos no PND, o BNDES deve conferir lisura e transparência a essas contratações, em observância aos princípios que regem a administração pública. Destaca-se que este entendimento foi prolatado pelo Plenário do TCU no Acórdão 2033/2017 de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, conforme transcrição abaixo:

> *Embora as empresas estatais estejam dispensadas de licitar a prestação de serviços relacionados com seus respectivos objetos sociais (art. 28, § 3º, inciso I, da Lei 13.303/2016), devem conferir lisura e transparência a essas contratações, em atenção aos princípios que regem a atuação da Administração Pública, selecionando seus parceiros por meio de processo competitivo, isonômico, impessoal e transparente. (grifos nossos)*

169. Neste ponto, vale a pena repisar que a literalidade do parágrafo único, do art. 18, da Lei 9.491/1997 – o qual afirma que as contratações de consultores devem ser realizadas sempre mediante licitação – deve ser interpretada de forma temperada, por força da Emenda Constitucional 19/1998 e da Lei 13.303/2016 – que pelos critérios hierárquico, cronológico de especialidade impõe nova leitura ao referido dispositivo (vide item III.2.1).

III.2.3 - Análise sobre a possibilidade de formação de parceria em oportunidade de negócio

170. Para fundamentar o entendimento sobre a possibilidade de utilização do instituto de inaplicabilidade de licitação, em sua vertente de parcerias decorrentes de oportunidades de negócio, o BNDES, em termos gerais, utiliza-se da argumentação de que a divisão de riscos e a forma de remuneração do contratado – baseada em taxa de sucesso da operação de desestatização – são suficientes para caracterizar uma oportunidade de negócio, nos termos do art. 28, §3º, II, do Estatuto das Estatais.

> *Art. 28. § 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

> *II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.*

171. De maneira sucinta, adiantamos nosso contraponto argumentativo, defendendo que cláusulas contratuais derivadas do princípio da autonomia da vontade e que objetivam trazer maior eficiência para a execução contratual, como é o caso da divisão de riscos e da cláusula de remuneração variável, não são argumentos suficientes para caracterizar uma oportunidade de negócios definida e específica, nos termos do art. 28, §3º, II, da Lei das Estatais.

172. Conforme enfatizado acima, a Lei das Estatais procura concretizar as aspirações do constituinte derivado no que tange à eficiência e à paridade de armas, aproximando as empresas públicas e as sociedades de economia mista, exploradoras de atividades econômicas, do regime jurídico próprio das empresas privadas. A aproximação entre os regimes jurídicos, induzido pela Lei das Estatais, encontra respaldo normativo na literalidade do art. 68 da Lei 13.303/2016, in verbis: "os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado".

173. Observa-se que os contratos acondicionados pelo diploma legal serão regidos pelo disposto na própria Lei, pelas cláusulas contratuais e pelos preceitos de direito privado. Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão, "reforçando serem de direito privado os contratos celebrados com as estatais, o art. 72 deixa expresso que só podem ser alterados por acordo das partes" (ARAGÃO, 2018, p. 243). Outros artigos do Estatuto Jurídico das Estatais também contemplam a previsão de acordo entre as partes, afastando a característica de contrato de adesão outrora reforçada pela Lei 8.666/1993, conforme transcrições abaixo:

> *Lei 13.303/2016 - Art. 72. Os contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por acordo entre as partes, vedando-se ajuste que resulte em violação da obrigação de licitar.*
>
> *[...]*
>
> *Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos:*
>
> *[...]*
>
> *§3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º. (grifos nossos)*

174. Nota-se que a influência de preceitos do direito privado sobre os negócios jurídicos celebrados sob o esteio da Lei das Estatais fomenta o exercício da autonomia entre os contratantes, como observado pelos artigos referenciados acima. Conforme leciona Farias e Rosenvald, "a autonomia privada pode ser definida como o poder concedido ao sujeito para criar a norma individual nos limites deferidos pelo ordenamento jurídico" (FARIAS e ROSENVALD, 2019, p. 156), fornecendo aos contratantes a possibilidade de modelar a função econômica do negócio jurídico, da mesma forma que um oleiro maneja a matéria-prima de seu ofício.

175. Destaca-se ainda que a Lei das Estatais é bastante permissiva em termos de divisão de riscos e de possibilidade de soluções remuneratórias entre as empresas estatais contratantes e as empresas privadas contratadas, conforme se extrai da leitura dos arts. 42 e 45 daquele diploma legal.

176. Almeja-se, com a possibilidade de remuneração variável, ou com quaisquer outras disposições contratuais a esta similares, livremente acordada entre a empresa estatal e o terceiro contratado, fomentar a eficiência na prestação do serviço ou no fornecimento do produto, em uma clara persecução do melhor resultado possível, sem contudo, figurar como aspecto diferenciador, que

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

seja capaz de transformar uma relação contratual prosaica em uma relação de parceria decorrente de uma oportunidade de negócio, como aquela definida pelo art. 28, §3º, inciso II da Lei 13.303/2016.

177. Interpretação contrária acarretaria um completo desvirtuamento do instituto da parceria decorrente de uma oportunidade de negócio. Caso a alocação de riscos e o estabelecimento de disposições contratuais similares à remuneração variável, cujas raízes se fundam no princípio da autonomia da vontade e da eficiência, fossem suficientes para caracterizar uma parceria decorrente de uma oportunidade de negócio, correr-se-ia o risco de que a grande maioria dos contratos celebrados pelas empresas estatais passassem a ser classificados como oportunidades de negócio, resultando em evasão à regra geral de licitar e, também, em um relevante desvio da finalidade ambicionada pelo instituto da parceria decorrente de uma oportunidade de negócio, que se degeneraria de uma oportunidade definida e específica para uma situação ordinária e corriqueira.

178. Destarte, as oportunidades de negócio não devem ser caracterizadas única e exclusivamente por atributos contratuais sujeitos ao princípio da autonomia da vontade, tais como: alocação de riscos, sistemas remuneratórios, as tipificações das infrações e as respectivas penalidades e valores das multas. Ao contrário, as oportunidades de negócio, nos termos acentuados pela Lei das Estatais, devem possuir características definidas e específicas associadas a atributos singulares de potenciais parceiros. Em outras palavras, não se deve confundir as possibilidades de negociação de termos contratuais com oportunidade de negócio definidas e específicas. A legitimidade da parceria deve albergar outras características, além das aludidas: continuidade e perenidade na performance do negócio; equidade na relação, sem prevalência hierárquica de um ou de outro; autonomia e independência da "nova" atividade, em termos de centro de custo; dentre outras – que não se observam no caso concreto observado.

179. Em suma, no processo de estabelecimento de parceria decorrente de uma oportunidade de negócios deve-se demonstrar: i) finalidade empresarial abarcada no objeto social da empresa estatal, em decorrência do princípio da subsidiariedade; ii) identificação da oportunidade de negócio – previamente à escolha do parceiro –, cujo escopo e objeto deve ser definido e específico, demonstrando-se as singularidades do empreendimento que sejam capazes de o diferenciar frente à generalidade das operações da empresa estatal; iii) descrição das características quantitativas e qualitativas utilizadas na escolha do parceiro e elaboração da análise de mercado para a identificação de potenciais interessados; iv) estudo de viabilidade técnica e econômica que contemple a análise de proporcionalidade da decisão, incluindo a ponderação da adequação, da necessidade e dos custos e benefícios da decisão associativa; v) motivação para a escolha do agente econômico privado, apresentando as razões de fato e de direito que fundamentam todas as suas decisões, em especial nos casos de ausência de mais de um agente econômico possível e vi) justificativa de impossibilidade de procedimento competitivo nos termos da Lei 13.303/2016, que não se restrinja a fundamentos derivados do princípio da affectio societatis – por potencial afronta ao princípio da impessoalidade.

180. Além desses requisitos, o processo de estabelecimento de uma oportunidade de negócios deve observância aos princípios constitucionais e societários aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como às regras de governança e de compliance exigidas.

181. Nesta seara, pode-se assegurar que, além dos princípios constitucionais referentes à administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), os administradores das empresas estatais devem respeitar normas de governança privada que impõe deveres de diligência e lealdade, comportando-se em conformidade com a boa-fé objetiva, atuando em consonância com a finalidade de suas responsabilidades e das estratégias empresariais, decidindo de maneira ponderada e razoável, atentos para o dever de prestar contas de maneira motivada e fundamentada.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

182. Finalmente, com fundamento nas melhores práticas de gestão, o estabelecimento de parcerias decorrentes de oportunidades de negócio deve obediência à sistemática corporativa estabelecida pela instituição com intuito de suportar a estruturação desses negócios jurídicos, que observe os princípios que regem a administração pública, reduzindo os riscos de idiossincrasias na condução de tais processos.

III.2.4 - Conclusão parcial

183. Como visto, o regime jurídico dos contratos celebrados sob a proteção da Lei das Estatais sofre influência de preceitos de direito privado, especialmente no tocante à autonomia da vontade e à liberdade de negociação de cláusulas contratuais, tornando a relação contratual das empresas estatais com empresas privadas deveras mais horizontalizada, se comparada aos clássicos contratos administrativos, cujos conteúdos abarcavam diversas cláusulas exorbitantes que acabavam assentando a Administração Pública em uma posição de supremacia frente ao contratado privado.

184. Desta feita, cláusulas contratuais derivadas do princípio da autonomia da vontade e que objetivam trazer maior eficiência na execução contratual, como é o caso da divisão de riscos e da cláusula de remuneração variável, não são argumentos suficientes para caracterizar uma oportunidade de negócios definida e específica, nos termos do art. 28, §3º, II, da Lei das Estatais.

185. Por outro lado, como vimos, a contratação de consultores pelo BNDES para dar suporte aos projetos de desestatização no âmbito do PND é uma contratação relacionada especificamente ao objeto social do Banco de Desenvolvimento, por força do art. 18, IV, da Lei 9.491/1997, que atende aos dois requisitos impostos pelo art. 28, §3º, I, da Lei das Estatais: contratação de forma direta, especificamente relacionada ao seu objeto social.

186. Por esta razão, entendemos ser possível a utilização do instituto da inaplicabilidade de licitação, com fundamento no art. 28, §3º, I, da Lei 13.303/2016, para a contratação de consultores pelo BNDES, com intuito de auxiliar nos projetos de desestatização incluídos no PND.

187. Não obstante, o BNDES deve "conferir lisura e transparência a essas contratações, em atenção aos princípios que regem a atuação da Administração Pública, selecionando seus parceiros por meio de processo competitivo, isonômico, impessoal e transparente" (Acórdão 2033/2017 TCU-Plenário - Min. Rel. Benjamin Zymler).

188. Finalmente, porém não menos importante, entendemos que a parte final do parágrafo único, do art. 18, da Lei 9.491/1997 – a qual estabelece que as contratações de consultores especializados devem ser realizadas sempre mediante licitação – necessita de uma releitura, por força da Emenda Constitucional 19/1998 e da Lei 13.303/2016; que pelos critérios hierárquico, cronológico e de especialidade impõem novo olhar ao referido dispositivo (vide item III.2.1).

189. Consequência dessa hermenêutica legal, os incisos IV a VII, do art. 4º, da Instrução Normativa TCU 81, de 20 de junho de 2018, sofrem alteração interpretativa reflexa. Nesse sentido, a expressão do inciso IV, do art. 4º, da IN 81/2018, que mais se coaduna com a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, quando se refere ao "edital de licitação", é a expressão "instrumento convocatório".

190. De maneira semelhante, a expressão "processo licitatório", referida nos incisos V a VII, do art. 4º, da IN 81/2018, deve ser interpretada como "procedimento competitivo que observe os princípios norteadores da administração pública".

191. Portanto, concluímos pelo recebimento parcial dos argumentos do BNDES sobre a validade Resolução, entendendo ser possível a utilização do instituto de inaplicabilidade de licitação, na espécie de contratação relacionada especificamente ao objeto social, nos termos do art. 28, §3º, I,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

da Lei 13.303/2016, para fundamentar a adoção de rito próprio de competição para a contratação de consultores técnicos especializados para o processo de desestatização do Serpro.

192. III.2.5 - Proposta de encaminhamento

193. Por todo o exposto, será proposto considerar apropriado o fundamento de validade da Resolução 3592/2020, entendendo ser possível a utilização do instituto de inaplicabilidade de licitação, na espécie de contratação relacionada especificamente ao objeto social, nos termos do art. 28, §3º, I, da Lei 13.303/2016, para fundamentar a adoção de rito próprio de competição para a contratação de consultores técnicos especializados para o processo de desestatização do Serpro.

III.3 - Análise da Resolução BNDES 3.592/2020

194. Seguindo o racional exposto na Figura 1 - Árvore de decisão da análise de validade e de legalidade da Resolução 3.592/2020 –, devemos passar para a análise de legalidade sobre os dispositivos regulamentares presentes no instrumento normativo, tendo como critério os princípios que regem a administração pública, o sistema jurídico e os direitos fundamentais previstos pela Constituição da República.

III.3.1 - Metodologia para a avaliação da legalidade da Resolução

195. Não obstante a possibilidade de utilização do instituto de inaplicabilidade de licitação, na espécie de contratação relacionada ao objeto social, para contratação de serviços especializados necessários à estruturação de projetos de desestatização, o BNDES deve adotar rito próprio que obedeça os princípios da administração pública, com fundamento no art. 173, §1º, III, da Constituição Federal de 1988, nos moldes do Acórdão 2033/2017 - TCU - Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, transcrito a seguir:

> *Embora as empresas estatais estejam dispensadas de licitar a prestação de serviços relacionados com seus respectivos objetos sociais (art. 28, § 3º, inciso I, da Lei 13.303/2016), devem conferir lisura e transparência a essas contratações, em atenção aos princípios que regem a atuação da Administração Pública, selecionando seus parceiros por meio de processo competitivo, isonômico, impessoal e transparente. (grifos nossos)*

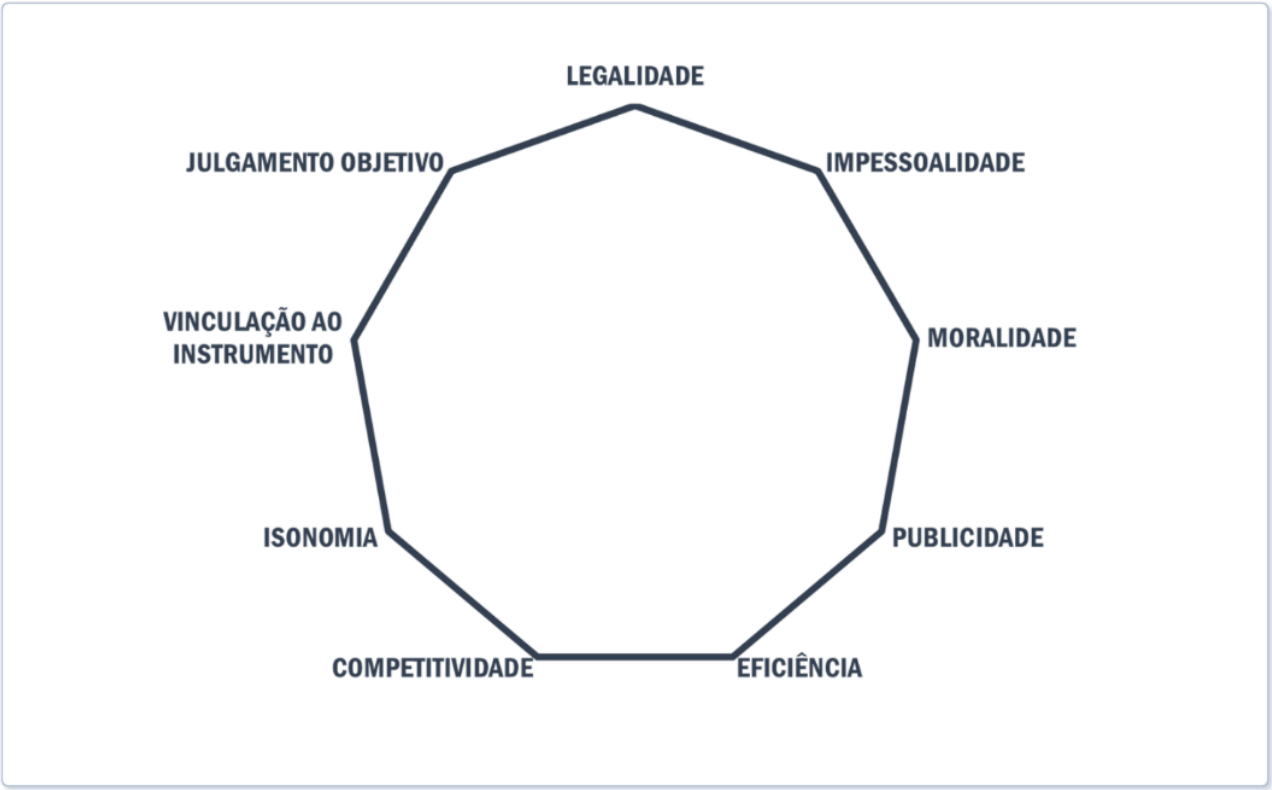
196. Reconhecendo a necessidade de respeitar o mandamento constitucional de observância aos princípios que governam a administração pública, a Resolução 3.592/2020 do BNDES, art. 2º, §3º, estatui que a sistemática adotada nas contratações de consultores, no âmbito de projetos de desestatização, deve deferência aqueles princípios.

197. Destaca-se que este entendimento do Tribunal está em sintonia com o art. 173, §1º, III, da Constituição Federal, que afirma que as licitações e contratações das empresas públicas e sociedades de economia mista devem se pautar pelos conhecidos princípios da administração pública.

198. Neste sentido, a aderência do normativo aos princípios da administração pública, incluindo os princípios da competitividade, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, além dos princípios da publicidade, da impessoalidade, da moralidade, da legalidade e da eficiência, é um aspecto que deverá ser levado em consideração na avaliação da legalidade da Resolução 3.592/2020.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

Figura 3 - Gráfico ilustrativo sobre a aderência de determinado normativo aos princípios



Fonte: elaboração própria

199. A aderência da norma aos princípios da administração pública será considerada como um indício de legalidade do normativo. Desta feita, à medida que um determinado normativo vai se afastando paulatinamente da observância dos princípios que regem a administração pública (Figura 4 - Caso hipotético de flexibilização de princípios por normativo interno), flexibilizando os princípios da publicidade, o princípio da impessoalidade, o princípio da isonomia, o princípio da competitividade, começamos a ter indícios de que essa norma pode ser considerada ilegal.

200. Mas para afirmarmos, com razoável embasamento, de que o referido normativo carece de suporte legal axiológico – em termos de macroprocessos que preservem os princípios fundamentais competitivos da administração pública –, no que se deve esmerilhar as justificativas fáticas e jurídicas apresentadas pelo gestor, de modo a verificar se, de fato, existe espaço para aperfeiçoamento da dita regulamentação. Ademais, temos que verificar se algum direito subjetivo, resguardado pela Constituição ou pelas Leis, está sendo violado como consequência da inobservância a determinado princípio.

201. Se as justificativas apresentadas não apresentarem o calço jurídico-principiológico ou se a inobservância aos princípios acarretarem violação a um direito subjetivo ou a direito fundamental, tal juízo poderá ensejar a opinião pela ilegalidade da norma; por não se coadunar – lato sensu gramática/valores/finalidade – com o sistema jurídico na qual está inserida.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

Figura 4 - Caso hipotético de flexibilização de princípios por normativo interno

Fonte: elaboração própria

202. De forma a tornar a análise de legalidade mais clara, didática e objetiva desenvolvemos uma metodologia para verificar a legalidade da Resolução. A imagem abaixo (Figura 5 - Metodologia para determinação da legalidade da Resolução), apresenta a metodologia que será utilizada para determinar se a Resolução 3.592/2020 do BNDES é um normativo que obedece ao crivo da legalidade, aderente aos princípios da administração pública, ou se se trata de um normativo ilegal capaz de afrontar direitos e garantias fundamentais.

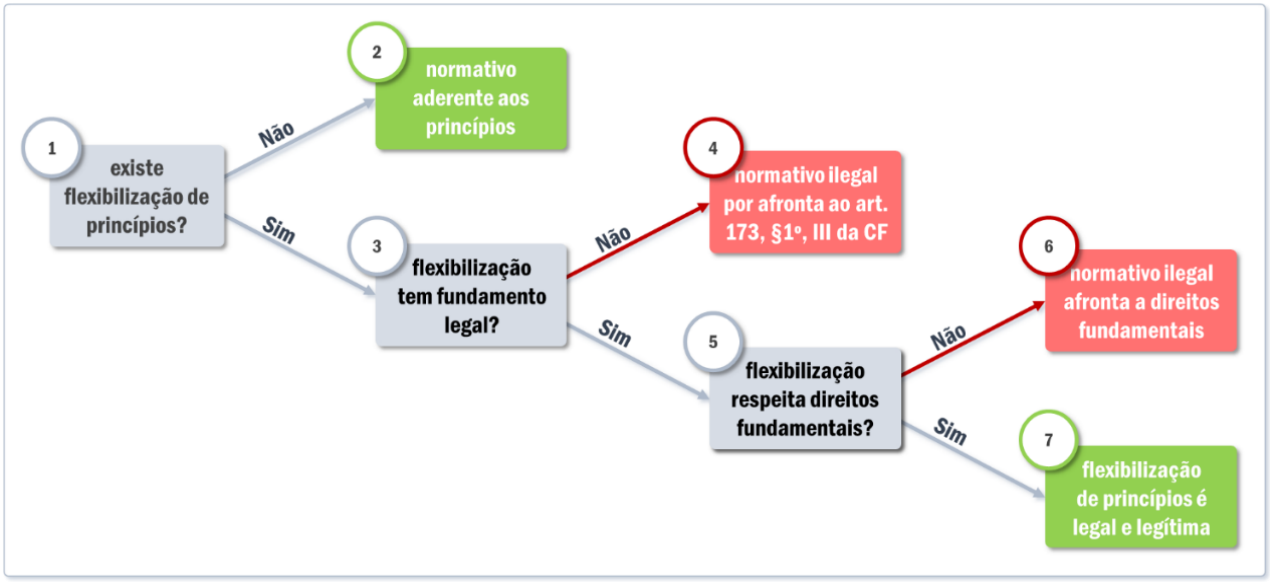
203. Inicialmente, iremos apresentar uma análise sobre a existência de flexibilização de princípios pelo normativo analisado (1). No caso de flexibilização de princípios (3), iremos verificar se existe fundamento fático-jurídico capaz de justificar a flexibilização principiológica identificada. Não havendo justificativas, a norma será preliminarmente – até a avaliação das respectivas oitivas – considerada ilegal (4), por afronta aos princípios que governam a administração pública.

204. Em caso de justificativa válida (5), faremos uma análise para verificar se a flexibilização dos princípios afronta direitos subjetivos ou direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal. Não havendo afronta a direitos subjetivos ou fundamentais, decorrentes de eventual flexibilização principiológica, a norma será considerada legal e legítima (7).

205. Ao contrário, caso a flexibilização dos princípios não respeite direitos subjetivos ou direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal, a norma será igualmente e preliminarmente considerada ilegal, por afronta a direitos e garantias fundamentais (6).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

Figura 5 - Metodologia para determinação da legalidade da Resolução



Fonte: elaboração própria

206. Buscou-se desta maneira, objetivar as análises acerca da legalidade da Resolução 3.592/2020 do BNDES, permitindo que a análise seja verificável e reproduzível.

207. Conforme referido, pode-se assegurar – com fundamento em uma análise sistemática do arcabouço jurídico brasileiro – que, além dos princípios constitucionais referentes à administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), os administradores das empresas estatais devem respeitar normas de governança privada que impõe deveres de diligência e lealdade, comportando-se em conformidade com a boa-fé objetiva, atuando em consonância com a finalidade de suas responsabilidades e das estratégias empresariais, decidindo de maneira ponderada e razoável, atentos para o dever de prestar contas de maneira motivada e fundamentada.

208. Neste sentido, o presente tópico serve para apresentar as análises sobre a Resolução 3.592/2020 do BNDES, realizadas com o intuito de aferir a aderência desse normativo interno aos princípios da administração pública, bem como às melhores práticas de governança corporativa.

III.3.2 - Análise sobre a flexibilização de princípios no âmbito da Resolução

<u>III.3.1.1 - Aspectos gerais relacionados à flexibilização dos princípios da publicidade e da isonomia</u>

209. Apesar da Resolução 3.592/2020 afirmar que os princípios que regem a administração pública deveriam ser respeitados no processo de contratação de consultores, a sistemática apresenta diversas flexibilizações aos princípios da publicidade, da impessoalidade, da isonomia e da competitividade.

210. Antes de apresentarmos a descrição dessas flexibilizações, devemos rememorar a importância dos princípios da publicidade e da impessoalidade, em especial, para os procedimentos de contratação de empresas privadas por empresas públicas e sociedades de economia mista.

211. Sabe-se que o princípio da publicidade é princípio fundamental na República, basilar, portanto, ao próprio Estado Constitucional de Direito, e que viabiliza a qualquer membro da sociedade a exercer o controle sobre os atos praticados pelos administradores públicos. Nesta seara Joel Niebuhr e Petro Niebuhr (NIEBUHR e NIEBUHR, 2018, p. 51) lecionam:

> *O princípio da publicidade remonta ao próprio princípio republicano, uma das vigas mestras da sistemática constitucional vigente. A palavra república provém do latim res publica, que significa*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

> *coisa pública. Portanto, os atos tomados em nome do Estado, inclusive os dos atos administrativos, são abertos a todos, são públicos, devem ser amplamente franqueados. Trata-se de mais um princípio que visa a legitimar a atividade administrativa, permitindo que todos os membros da sociedade tenham conhecimento dos atos e de quaisquer dados de seu interesse.*

212. Segundo o Ministro Gilmar Mendes e o Subprocurador-geral da República Paulo Gonet (MENDES e GONET, 2017, p. 899), a publicidade pode ser interpretada como uma garantia de participação e controle social sobre os atos praticados pelos administradores públicos e um direito à informação de qualquer cidadão ou organização da sociedade civil, podendo, em casos particulares, ser objeto de limitações, como muito bem observado por Altounian, Cavalcante e Coelho (2019, p 52):

> *[a] transparência tem a mesma raiz do princípio geral constitucional da publicidade. [..] Qualquer limitação de conhecimento deve ser minudentemente motivada, admitidas reservas necessárias à proteção da intimidade dos gestores; de segredos industriais ou comerciais necessários à manutenção da competitividade da empresa; ou necessárias à segurança da sociedade ou do Estado. (grifos nossos)*

213. Portanto, salvo as exceções expressamente previstas em lei, o princípio da publicidade deve ser percebido com um dever de conduta dos administradores públicos e, como tal, integrado aos normativos internos das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias. Neste sentido, o sigilo adotado como regra, apartado dos permissivos legais, é inconstitucional e ilegal.

214. Por sua vez, o princípio da impessoalidade busca limitar o clientelismo e o patrimonialismo na administração pública direta e indireta, buscando moralizar as relações entre o público e o privado. Por esta razão, muitos autores consideram que o princípio da impessoalidade seja o princípio mais importante para a licitação pública (NIEBUHR e NIEBUHR, 2018, p. 47).

215. Neste ponto, por pertinência temática, cumpre-nos trazer ao conhecimento o conceito do princípio da impessoalidade no magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2020, p. 426), que afirma que o princípio da impessoalidade:

> *[..] aparece, na licitação, intimamente ligado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo: todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas em lei ou no instrumento convocatório. (grifos nossos)*

216. Discorrendo sobre o princípio da impessoalidade, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (MENDES e GONET, 2017, p. 896) indica com extrema clareza os motivos pelos quais o princípio da impessoalidade é tão relevante à manutenção da coisa pública, conforme pode-se observar no trecho transcrito abaixo:

> *Por princípio da impessoalidade entende-se o comando constitucional, no sentido de que à Administração não é permitido fazer diferenciações que não se justifiquem juridicamente, pois não é dado ao administrador o direito de utilizar-se de interesses e opiniões pessoais na construção das decisões oriundas do exercício de suas atribuições.*
>
> *[...]*
>
> *Corolário do princípio republicano, a impessoalidade manifesta-se como expressão de não protecionismo e de não perseguição, realizando, no âmbito da Administração Pública, o princípio da igualdade, previsto na Constituição Federal em seu art. 5º, caput. Em razão do princípio da impessoalidade, não há relevância jurídica na posição pessoal do administrador ou servidor público, pois a vontade do Estado independe das preferências subjetivas do servidor ou da própria Administração. (grifos nossos)*

217. Destarte, o princípio da publicidade ao lado do princípio da impessoalidade e da isonomia são pedras fundamentais que, além de constarem no rol de princípios constitucionais que governam a administração pública, devem integrar, formal e materialmente, todo e qualquer normativo próprio

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

que verse sobre contratações em empresas públicas e sociedades de economia mista, com fundamento no art. 173, §1º, III, da Carta da República de 1988.

218. Feita esta breve introdução conceitual, e com o intuito de trazer maior concretude à análise, passaremos a expor alguns pontos da Resolução 3.592/2020 do BNDES que entendemos afrontar o princípio da publicidade, da impessoalidade, da isonomia e da competitividade.

219. Inicialmente, é importante apresentar o procedimento de identificação e de seleção de potenciais interessados para participarem do procedimento competitivo de contratação de consultores técnicos especializados pelo BNDES, no âmbito dos processos de estruturação de projetos de desestatização.

220. Apesar da existência de um cadastro prévio para a qualificação de consultores com capacidade técnica e operacional para auxiliar o BNDES no processo de estruturação de projetos de desestatização, não há previsão de etapa de chamamento público de potenciais interessados em participar do processo competitivo para as contratações.

221. Existe previsão de chamamento público para a recebimento de documentação para habilitação no banco de dados de fornecedores. Todavia, quando o BNDES decide iniciar um processo de contratação de consultores para determinada desestatização, não há divulgação do início do processo, o que tende a dificultar a participação de eventuais interessados.

222. Conforme se constata por meio da leitura do art. 19, caput, da Resolução 3.592/2020 do BNDES, transcrito abaixo, a participação nos processos seletivos para contratação de consultores é restrita às empresas previamente cadastradas no BNDES. Contudo, no momento do envio dos convites, empresas que não sejam integrantes do cadastro podem ser chamadas, de forma privada e pessoal, a apresentar propostas.

> *Art. 19. A participação nos processos seletivos de que tratam este Regulamento é restrita às empresas, entidades, organizações, consórcios e/ou profissionais previamente cadastrados no BNDES, ou que sejam convidados por terem sido identificados no mercado como potenciais concorrentes por meios que denotem qualidade, justificadamente. (grifos nossos)*

223. Repisa-se, como se observa, que apesar da aparente publicidade e acessibilidade do cadastro de potenciais consultores, verifica-se que no momento do início do processo de contratação, nenhum ato de chamamento público é realizado pelo Banco de Desenvolvimento.

224. Ademais, empresas que não integram o cadastro podem ser convidadas a participar do processo competitivo, ao passo que empresas que integram o cadastro podem não ser convidadas. Por um lado, teremos empresas de uma determinada categoria que precisam se sujeitar às exigências objetivas para integrarem o cadastro de fornecedores. Por outro, teremos empresas, de outra categoria, que podem ser escolhidas por critérios meramente subjetivos.

225. Então, como vemos, além do tratamento notadamente diferenciado entre empresas do cadastro e sociedades identificadas no mercado, existe elevado subjetivismo na definição do conceito de "meios que denotem qualidade", que permite que empresas que não se sujeitaram ao crivo da Comissão de Cadastro – nem tampouco às exigências normativas para serem incluídas no banco de dados de potenciais fornecedores do serviço – sejam convocadas a apresentar propostas no processo de contratação conduzido pelo Banco de Desenvolvimento.

226. Destaca-se, ainda, que eventuais empresas convidadas – sejam empresas integrantes do cadastro de consultores, sejam empresas convidadas que não integram o cadastro – terão suas identidades reservadas, como estabelece o art. 20, §4º, do normativo interno do Banco, in verbis: art. 20. §4º O número e a identidade dos destinatários das RFPs (Request for proposal) serão sigilosos até o término do procedimento.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

227. Apesar de reduzir o risco de conluio entre as empresas que irão participar do processo competitivo, o sigilo na identidade dos competidores inibe qualquer tipo de controle por potenciais interessados, sejam empresas que integram o cadastro de consultores que, por algum motivo, não foram convidadas a oferecer proposta, sejam quaisquer outros interessados em acompanhar o processo de desestatização que não terão possibilidades de fazê-lo.

228. Desta feita, verifica-se, pela leitura conjugada do art. 19, caput, e do art. 20, §4º, da Resolução 3.592/2020, que a ausência de publicidade no procedimento de identificação e seleção de potenciais interessados, bem como o sigilo atribuído às identidades dos destinatários das RFPs, possui potencial de comprometer a lisura do procedimento competitivo e de afrontar o princípio da impessoalidade na contratação de consultores.

229. Além disso, existe uma restrição normativa que impede a participação de outros potenciais interessados que não tenham sido convidados pelo Banco a apresentarem propostas, mesmo que esses possíveis interessados sejam empresas que integrem o cadastro de potenciais fornecedores do BNDES, nos termos do art. 19, §1º, da Resolução 3.592/2020, conforme transcrito a seguir: "art. 19. §1º Somente poderão enviar proposta os consultores para os quais houver sido remetida a RFP".

230. Repare que, mesmo integrando o cadastro de potenciais fornecedores do BNDES, uma empresa pode ser preterida do convite e impossibilitada de, sequer, enviar proposta para um procedimento de contratação que, eventualmente, tenha a sorte de tomar conhecimento.

231. Destaca-se, ademais, que além de flexibilizar os princípios da publicidade, da impessoalidade, da isonomia e da competitividade, a Resolução 3.592/2020 do BNDES gera elevados riscos de direcionamento na contratação de consultores, fato que pode infringir, também, os princípios da moralidade e da obtenção da melhor oferta.

232. Importa destacar que a transparência é valor essencial tanto para o legislador constituinte como para o legislador ordinário. A esse respeito, merece trazer ao conhecimento que a Lei das Estatais, em seu art. 6º, consignou a necessidade das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, observarem as regras de governança corporativa e de transparência, como se constata na leitura do referido dispositivo legal:

> *Art. 6º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.*

233. Também vale lançar luz ao trecho do Acórdão 442/2017 – TCU – Plenário, de relatoria do Ministro José Mucio Monteiro, em análise de representação, com pedido de cautelar, sobre a sistemática de desinvestimento de ativos e empresas do sistema Petrobras:

> *A esse respeito, a nova versão da sistemática prevê que a publicidade dos atos passa a ser a regra, devendo as exceções serem aprovadas pela Diretoria Executiva, nos casos em que possa haver prejuízos financeiros à entidade. De fato, isso representa um avanço significativo nos procedimentos em questão. O sigilo, além de obstar o controle social dos atos, restringe a possível participação de outros agentes interessados na aquisição dos ativos ou empresas, o que tende a ser contrário à obtenção de condição mais vantajosa para estatal.*

234. Constata-se que a jurisprudência desta Egrégia Corte de Contas caminha no sentido de alicerçar a narrativa traçada nesta instrução, interpretando o sigilo como um elemento capaz de, simultaneamente, impedir o controle social dos atos dos administradores públicos e de ocasionar potencial prejuízo para a empresa estatal e para a sociedade.

235. Em outras letras, os princípios da publicidade e da impessoalidade são pilares edificativos que devem estar presentes, formal e materialmente, na fundação de qualquer sistemática própria de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

contratação elaborada por empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas respectivas subsidiárias, como pré-requisito de legalidade desses instrumentos normativo-procedimentais.

236. Com o intuito de resumir as flexibilizações principiológicas identificadas na análise da Resolução 3.592/2020, a tabela abaixo (Tabela 1 - Flexibilizações principiológicas identificadas na análise da Resolução 3.592/2020 do BNDES) aponta o princípio flexibilizado, o dispositivo normativo e o artigo da Resolução no qual pode ser encontrado.

Tabela 1 - Flexibilizações principiológicas identificadas na análise da Resolução 3.592/2020 do BNDES

237.	AFRONTA AO PRINCÍPIO	238.	DISPOSITIVO	239.	ARTIGO
240.	Princípio da publicidade	241.	Não há previsão de etapa de chamamento público para que eventuais interessados possam manifestar a intensão de participar no processo competitivo.	242.	Art. 19
243.	Princípio da competitividade	244.	Somente poderão enviar propostas os consultores para os quais houver sido remetida a RFP (Request for Proposal)	245.	Art. 19, §1º
246.	Princípio da isonomia	247.	Tratamento diferenciado para empresas que integram o cadastro de fornecedores e empresas convidadas por sua especial qualidade	248.	Art. 19
249.	Princípio da impessoalidade	250.	A identificação de potenciais concorrentes identificados no mercado por meios que denotem qualidade é subjetivo e prejudica a impessoalidade	251.	Art. 19
252.	Princípio da isonomia	253.	A norma possibilita que empresas integrantes do cadastro sejam preteridas do convite ao passo que permite o envio do convite para empresas fora do cadastro	254.	Art. 19
255.	Princípio da isonomia	256.	Não há garantia de que os integrantes do cadastro sejam convidados a participar do processo competitivo	257.	Art. 20
258.	Princípio da impessoalidade	259.	A norma não garante a obrigatoriedade de alternância e pluralidade na escolha dos destinatários das RFPs (Request for Proposal)	260.	Art. 20 §1º
261.	Princípio da publicidade	262.	O número e a identidade dos destinatários das RFPs (Request for Proposal) serão sigilosos até o término do procedimento	263.	Art. 20, §4º
264.	Princípio da publicidade	265.	A documentação dos concorrentes e os julgamentos serão sigilosos durante o procedimento de contratação	266.	Art. 27
267.	Princípio da publicidade	268.	A pontuação técnica dos concorrentes será sigilosa e nenhum outro concorrente poderá conhecer a pontuação atribuída ao outro	269.	Art. 27, I
270.	Princípio da publicidade	271.	A identidade dos participantes será sigilosa durante todo o procedimento de contratação, somente sendo divulgada após a homologação do procedimento competitivo	272.	Art. 27, III

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

237.	AFRONTA AO PRINCÍPIO	238.	DISPOSITIVO	239.	ARTIGO
273.	Princípio da publicidade	274.	Motivos de eventual revogação do procedimento de contratação são sigilosos perante os concorrentes ou qualquer interessado.	275.	Art. 37

Fonte: elaboração própria com fundamento na Resolução 3.592/2020 do BNDES

III.3.1.2 - Análise do sigilo na motivação do ato de cancelamento do processo competitivo

276. Cabe apontar outra flexibilização do princípio da publicidade identificado na Resolução 3.592/2020 do BNDES, que determina o sigilo da motivação do ato que der causa ao cancelamento do processo competitivo, nos termos do seu art. 37, in verbis:

> *Art. 37 O procedimento de contratação poderá ser revogado a qualquer tempo, devendo a justificativa constar nos autos para efeitos de controle, assegurado o sigilo dos motivos perante os concorrentes ou qualquer interessado, salvo justificativa expressa em contrário aprovada pelo Superintendente responsável. (grifos nossos)*

277. Mais uma vez, verifica-se que a Resolução 3.592/2020 do BNDES considera o sigilo como regra e a publicidade como exceção, contrariando a lógica republicana necessária aos atos praticados por agentes públicos no exercício de suas respectivas funções.

278. De acordo com a Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal, a administração tem o poder-dever de anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos. Por outro lado, a administração possui a opção de revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

279. A Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo) traz previsão similar à Sumula 473 do STF, ao estatuir que a "Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos".

280. Além do mais, a Lei do Processo Administrativo (art. 50) prevê a obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos, com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses.

281. Tal previsão normativa, além de ferir o princípio da publicidade, afronta potencialmente o próprio princípio republicano, bem como representa uma tentativa de escapada aos controles sociais sobre os atos praticados no âmbito do processo competitivo para a escolha de consultores especializados nos projetos de desestatização conduzidos pelo BNDES. Corrobora com esse entendimento o importante ensinamento de Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2016, 298) que, pela relevância, faz-se oportuna a sua literal transcrição:

> *A revogação consiste numa manifestação anômala da competência estatal, em que um ato perfeito e válido é desfeito por atuação da própria Administração. **Isso exige controle estrito**. Não é compatível com a democracia republicana que a Administração se valha da competência revocatória para frustrar direitos e garantias protegidos pelo direito.*
>
> *A prática do ato revocatório depende da observância de um processo administrativo, iniciado com a demonstração concreta dos motivos evidenciadores da inconveniência do ato em questão. Não é válida a revogação fundada na pura e simples invocação da existência de interessa público. (grifos nossos)*

282. A regra de sigilo sobre o ato que declarar revogado o procedimento competitivo expõe ao risco de favorecimento de arbitrariedades e desvios de finalidade, corroborando com o entendimento

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

de que a Resolução 3.592/2020 do BNDES fomenta a possibilidade (não adequadamente controlada corporativamente) de direcionamento das contratações realizadas sob sua vigência, buscando blindar os atos praticados pela empresa pública do escrutínio social.

283. Destaca-se que, há muito tempo, foi posta de lado a discussão doutrinária sobre a obrigatoriedade, ou não, da necessidade de motivação dos atos discricionários da administração pública. Em verdade, a obrigatoriedade de motivação se justifica em qualquer tipo de ato, em face da necessidade de controle, conforme ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2020, p. 110):

> *O **princípio** da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, **porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos**. (grifos nossos)*

284. Neste sentido, a previsão normativa de sigilo da motivação dos atos que, eventualmente, revogarem o procedimento competitivo, expõe o processo de privatização a riscos relevantes e indica uma tendência do Banco de Desenvolvimento em se apartar dos influxos do Direito Público aos quais deve se submeter, por direto mandamento constitucional e legal.

285. Além disso, o sigilo atribuído aos motivos que fundamentarem eventual decisão de revogação do processo de contratação, no âmbito da Resolução 3.592/2020, afronta a Política de Conduta de Integridade das Licitações e Contratos Administrativos do Sistema BNDES que diz:

> *Todos os agentes envolvidos em qualquer fase da contratação administrativa, caso identifiquem a adoção de práticas ilícitas no âmbito dos processos de licitação e contratação administrativa do Sistema BNDES, devem prontamente comunicar o fato às autoridades competentes para apuração da ocorrência, tanto em âmbito interno como externo, bem como colaborar com as investigações e, se for o caso, adotar medidas mitigadoras das falhas cometidas. (grifos nossos)*

286. Ora, como poderão os agentes envolvidos identificar eventuais práticas ilícitas no ato de revogação do processo competitivo se não terão a chance de analisar a motivação do ato, uma vez que se trata de ato protegido por sigilo, conforme definido pelo art. 37 da Resolução 3.592/2020 do BNDES?

287. Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2016, p. 299) vai além ao lecionar que a revogação do ato administrativo demanda a observância ao devido processo legal. Segundo o entendimento do doutro doutrinador, "a revogação exige a observância do devido processo legal, destinado não apenas a que a Administração Pública comprove a ocorrência dos pressupostos necessários, mas à apuração de eventual indenização ao particular afetado".

288. Finalmente, é importante trazer ao conhecimento trecho da Política de Conduta e Integridade, aplicável no âmbito das licitações e contratos administrativos do Sistema BNDES:

> *De acordo com a Política de Conduta e Integridade no âmbito das licitações e contratos administrativos do Sistema BNDES, os participantes do Sistema BNDES que atuam nos processos de licitação e contratação administrativa deverão agir com transparência, comprometendo-se a realizar a divulgação dos atos praticados e de suas respectivas justificativas, do modo mais amplo possível, utilizando, para tanto, os meios previstos na legislação. (grifos nossos)*

289. Como visto, além de todas as afrontas axiológicas apontadas, a Resolução 3.592/2020 do BNDES também é contrária à própria Política de Conduta e Integridade das Licitações e Contratos Administrativos do Sistema BNDES, uma vez que a transparência e a motivação devem ser a regra e não a exceção do processo de contratação.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

290. Em respeito ao art. 20, caput, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que determina que nenhuma medida administrativa, controladora ou judicial será tomada com fundamento em valores jurídicos abstratos, sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, nos tópicos a seguir, apresentaremos outros pontos da Resolução 3.592/2020 do BNDES que merecem um olhar mais detido e uma análise aprofundada.

291. Nesta seara, apresentaremos: i) os riscos decorrentes da flexibilização de princípios narrada neste tópico; ii) análise sobre os fundamentos jurídicos para a flexibilização principiológica observada na leitura da Resolução 3.592/2020; e iii) as afrontas a direitos e garantias fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

III.3.3 - Riscos decorrentes da flexibilização dos princípios

III.3.3.1 - Segregação de funções limitada e elevada de concentração de poder

292. Além de não observar os princípios da administração pública no processo de seleção de potenciais interessados em participar do processo competitivo para a contratação de consultorias técnicas especializadas, a Resolução 3.592/2020 do BNDES apresenta elevada concentração de poder na unidade demandante.

293. A unidade demandante é a unidade fundamental ou unidade administrativa do BNDES responsável pela proposta de realização do processo seletivo e pela indicação dos membros da comissão de avaliadores técnicos.

294. A comissão de avaliadores técnicos é responsável, entre outras atividades, pelos julgamentos, pelas análises técnicas e pela condução dos procedimentos de seleção das empresas que irão ser convidadas para apresentar propostas no âmbito do procedimento competitivo.

> *Resolução 3.592/2020*
>
> *Art. 3º Para fins deste Regulamento consideram-se:*
>
> *II – Comissão de Avaliadores Técnicos (CAT): Comissão responsável, dentre outras atividades previstas neste Regulamento, pelos julgamentos, análises técnicas e condução dos procedimentos de seleção, devendo ser composta por, pelo menos, 3 (três) profissionais de qualquer unidade do BNDES, permitida a participação de membros externos, assegurada a maioria de empregados efetivos da instituição.*
>
> *XII – Unidade Demandante: Unidade Fundamental ou Unidade Administrativa Principal do Sistema BNDES que propõe a realização do processo seletivo responsável, dentre outra atividades previstas neste Regulamento, pela elaboração das Especificações Técnicas, da IP [Informação Padronizada] com o enquadramento e proposição do processo simplificado e demais definições necessárias ao processamento do processo simplificado.*

295. À unidade demandante que propuser o processo seletivo previsto na Resolução 3.592/2020, com fundamento em seu art. 7º, cabe elaborar as especificações técnicas, definir os critérios de participação, habilitação e de julgamento, ditar os prazos para apresentação de propostas e indicar os membros da comissão de avaliadores técnicos.

296. Como se observa, não existem elementos padronizados para definição dos critérios de seleção de participantes, nem tampouco de habilitação ou de julgamento, a serem aplicados, indistintamente, a todos os processos de contratação de consultores. Pelo contrário, a definição dos critérios de seleção de participantes, de habilitação e de julgamento das propostas será realizada, caso a caso, a partir das diretrizes emanadas pela área demandante, diretamente interessada no processo.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

297. Apesar da visível flexibilidade da previsão normativa, que se alinha de maneira peculiar ao princípio da eficiência, a delegação da definição desses critérios para a área demandante introduz um risco de direcionamento no processo de contratação, sem um controle corporativo, em segregação de funções, que o mitigue.

298. Vale dizer, contudo, que, de forma isolada, a competência para definição de critérios de seleção, habilitação e julgamento pela unidade demandante, quando abalizada por um órgão colegiado estatutário, encontra-se em sintonia com as diretrizes do Decreto 9.188/2017 – que estabelece regras de governança, transparência e boas práticas de mercado para a adoção de regime especial de desinvestimentos de ativos pelas sociedades de economia mista.

299. No entanto, caso essa competência seja considerada em conjunto com as flexibilizações principiológicas apontadas no tópico anterior, aumenta-se a probabilidade de ocorrência do risco de direcionamento no processo de contratação, como será detalhado no tópico a seguir.

III.3.3.2 - Processo de seleção de participantes e julgamento de propostas

300. Conforme referido acima, a definição dos critérios de seleção de participantes, habilitação e julgamento de propostas realiza-se no âmbito de cada procedimento instaurado para a contratação de consultores com vistas a auxiliar no processo de estruturação de projetos de desestatização sob a responsabilidade do BNDES.

301. Nos termos do art. 18, §4º, da Resolução 3.592/2020 do BNDES, "os critérios de participação, habilitação e pontuação técnica ***deverão ser adequados para assegurar a qualidade e eficiência****, podendo ser relacionados a experiências, certificações e qualificações reconhecidas no mercado, a metodologias, a qualificação da equipe responsável, bem como a qualquer outro parâmetro que impacte positivamente na execução contratual".*

302. Como se constata pela leitura do parágrafo anterior, os limites de atuação da comissão de avaliadores técnicos, na definição dos critérios de seleção de participantes e julgamento das propostas são bastante fluidos e subjetivos, permitindo a composição dos mais variados elementos na criação de critérios de seleção e julgamento das propostas.

303. Novamente, apresenta-se o risco não mitigado de direcionamento da contratação, principalmente devido ao fato de as documentações dos concorrentes serem sigilosas, não se permitindo a nenhum participante conhecer as pontuações técnicas dos demais concorrentes, conforme se observa pela redação do art. 27, I, da Resolução.

> *Art. 27 A documentação dos concorrentes e os julgamentos serão sigilosos no procedimento, sendo divulgado ao final:*
>
> *I – as pontuações técnicas perante os seus próprios detentores. (grifos nossos)*

304. Não fosse o sigilo imposto ao processo, o risco de direcionamento na contratação restaria deveras diminuído, uma vez que haveria possibilidade de controle dos atos da comissão de avaliadores técnicos pelos próprios participantes do processo de seleção de consultores técnicos especializados.

III.3.4 - Análise sobre os fundamentos para flexibilização dos princípios na Resolução

III.3.4.1 - Ausência de justificativas legais para a flexibilização dos princípios

305. Inicialmente, cabe destacar que não há fundamentação jurídica capaz de justificar as flexibilizações principiológicas observadas na Resolução 3.592/2020 do BNDES. Sabe-se que nenhum princípio possui caráter absoluto, podendo apresentar flexibilizações quando em colisão com outros

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

princípios ou em decorrência de norma legal que reduza a intensidade do princípio para o caso concreto.

306. Veja-se por exemplo que o próprio direito de petição, previsto na Constituição Federal de 1988, sofre limitações quando o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. No mesmo sentido, a publicidade dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário pode ser flexibilizada, imprimindo-se chancela do sigilo para a preservação do direito à intimidade das partes.

307. A própria Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) prevê a possibilidade de flexibilização da publicidade, nas hipóteses legais de sigilo, de segredo de justiça e segredo industrial, por exemplo. Ressalta, contudo, não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.

308. Outro exemplo de flexibilização do princípio da publicidade pode ser extraído da Lei das S/A. O referido diploma legal estabelece, em seu art. 260, que até a publicação da oferta, o ofertante, a instituição financeira intermediária e a Comissão de Valores Mobiliários devem manter sigilo sobre a oferta projetada.

309. A Lei das Estatais também prevê, ela mesma, a flexibilização do princípio da publicidade. Neste sentido, podemos apontar que o valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa estatal deve ser sigiloso. Apresenta também a necessidade de sigilo das propostas apresentadas, até a data e hora designadas para que sejam divulgadas, momento em que a flexibilização da publicidade é desfeita em honra ao necessário controle sobre os atos praticados pela administração pública.

310. Apesar de todas estas possibilidades legais de flexibilização de princípios basilares que regem a administração pública, o BNDES não forneceu argumentos jurídicos capazes de justificar a necessidade de flexibilização dos princípios da publicidade, da impessoalidade, da isonomia e da competitividade na Resolução 3.592/2020.

311. Desta forma, seguindo a metodologia proposta para a avaliação da legalidade da Resolução, pode-se afirmar que, na ausência de justificativa legal para a flexibilização dos princípios da administração pública, tal qual descrita nos tópicos anteriores, tais dispositivos da Resolução 3.592/2020 do BNDES carecem de legalidade, por afronta ao art. 173, §1º, III, da Constituição da República.

III.3.4.2 - Hermenêutica do princípio da eficiência na contratação de consultores

312. Como vimos no início desta instrução (vide item III.1), o princípio da eficiência foi elevado à estatura de Princípio Constitucional pela Emenda Constitucional 19/1998, introduzindo a obrigação da Administração Pública atuar de forma eficiente.

313. Nas palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal, o intuito do "constituinte reformador ao inserir o princípio da eficiência no texto constitucional, teve como grande preocupação o desempenho da Administração Pública" (GONET e MENDES, 2017, p. 902).

314. Continua o Exmo. Ministro ensinando que "o constituinte derivado pretendeu enfatizar a busca pela obtenção de resultados melhores, visando ao atendimento não apenas da necessidade de controle dos processos pelos quais atua a Administração, mas também da elaboração de mecanismos de controle dos resultados obtidos" (GONET e MENDES, 2017, pp. 902-903).

315. Neste sentido, nos termos lecionados pelo Ministro Gilmar Mendes, a eficiência deve ser entendida e medida pelos resultados obtidos ao longo de todo o processo, não apenas aspectos relacionados, pontualmente, a uma determinada etapa daquele mesmo processo.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

316. Ilustra-se a afirmação acima da seguinte forma: nos processos de estruturação de projetos de desestatização, busca-se, ao fim ao cabo, albergar maior valor agregado para o ativo que está sendo, por qualquer meio admitido em direito, transmitido a outro proprietário. Procura-se, assim, entre outros aspectos, reduzir a presença do Estado no domínio econômico, bem como aumentar as receitas governamentais, em uma tentativa de equilibrar ou tornar positiva a balança entre despesas e receitas públicas.

317. Neste panorama, a eficiência na contratação de consultores para auxiliar o BNDES na estruturação de projetos de desestatização deve ser percebida no sentido de alcançar o máximo valor agregado para o ativo, cuja propriedade está sendo transferida, com a aplicação do mínimo de recursos necessários à contratação de consultores. Trata-se de uma conjugação de fatores – resultado almejado e recursos aplicados para o seu alcance – que deve ser observada na contratação de consultores, em respeito ao princípio da eficiência.

318. Portanto, a eficiência na contratação de consultores pelo BNDES para a estruturação de projetos de desestatização não pode ser medida pela simples celeridade do procedimento competitivo para essa contratação. Ao contrário, a eficiência dessa contratação deve ser medida pela qualidade da estruturação do projeto de desestatização que agregue o maior valor possível ao ativo, utilizando-se dos recursos disponíveis com parcimônia, responsabilidade e economia.

319. De fato, a velocidade imprimida ao processo de contratação de consultores, na verdade, insere um risco ao alcance do objetivo final do processo de desestatização, uma vez que a qualidade da estruturação do projeto de desestatização pode ser comprometida por um procedimento de contratação, eventualmente açodado, que interprete o princípio da eficiência de forma pontual e míope, não visualizando que o objetivo final da desestatização é tornar o Estado mais saudável, em termos fiscais, e a economia mais dinâmica e competitiva, contribuindo, desta forma, para o desenvolvimento econômico e social do país.

320. Como se observa, o princípio da eficiência é fundamental para o alcance dos objetivos inerentes à desestatização. Portanto, não deve ser entendido, aqui, como sinônimo de princípio da celeridade na contratação do consultor especializado pelo BNDES. Ao contrário, o princípio da eficiência deve ser entendido de forma mais ampla, buscando-se alcançar o objetivo da própria desestatização, em uma leitura finalística.

321. Deve-se destacar ainda que o princípio da eficiência não pode ser utilizado de forma a aniquilar, ou tornar diminuta, a existência e a necessidade de observância aos demais princípios da administração pública. Ao contrário, os princípios da administração pública, incluído neste rol o princípio da eficiência, devem conviver de forma harmônica entre si. Neste ponto, cumpre trazer ao conhecimento o ensinamento de Joel Niebuhr e Pedro Niebuhr (NIEBUHR e NIEBUHR, 2018, p. 47), que afirmam:

> *É oportuno advertir que o princípio da eficiência não serve de justificativa para a desobediência à legalidade e aos demais princípios da licitação pública. Deve-se lograr eficiência em consonância aos demais princípios, sem que um exclua o outro. A posição de destaque do princípio da eficiência no caput do art. 31 da Lei 13.303/2016 não autoriza que ele seja sobreposto aos demais ou que derrogue os demais. (grifos nossos)*

322. Neste mesmo racional, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2020, p. 113) afirma que "a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito".

323. Assim, a convivência harmônica entre os princípios que governam a administração pública é de fundamental importância para a segurança jurídica e para o próprio Estado de Direito.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

Não se pode admitir, neste sentido, que o princípio da eficiência seja utilizado como subterfúgio ou válvula de escape à observância dos demais princípios que regem a administração pública.

324. Desta sorte, o que se observa, quando a Resolução 3.592/2020 do BNDES potencialmente afronta diversos princípios constitucionais para trazer maior agilidade à contratação de consultores, não corresponde a uma ponderação entre princípios. Trata-se, ao contrário, de uma completa derrogação dos demais princípios, que passam a se curvar perante o princípio da eficiência em sua forma mais simples e rudimentar: a celeridade.

325. Repisa-se, ainda, que a Resolução 3.592/2020 do BNDES, com base na diretriz presente em seu art. 4º – que estabelece que o processo de contratação de consultores, deve se orientar pelos princípios da instrumentalidade procedimental, da celeridade, da economicidade e da eficiência –, buscou trazer celeridade ao processo de contratação, em detrimento da eficiência necessária ao processo no qual se insere essa contratação, a saber: a própria estruturação da desestatização.

326. Pode-se afirmar que a Resolução 3.592/2020 considera o princípio da eficiência de forma isolada – no mínimo não adequadamente equilibrada –, dentro da contratação que se pretende regular por meio do referido instrumento normativo interno. Todavia, a eficiência almejada pelo Estado encontra-se relacionada, não só à contratação de consultores e demais serviços técnicos especializados, mas, principalmente, ao valor que o processo de desestatização agregará ao patrimônio estatal.

327. Destarte, além das afrontas aos princípios da impessoalidade, da publicidade, da competitividade e da isonomia da Resolução 3.592/2020 do BNDES, verifica-se que o princípio da eficiência possui uma interpretação restrita ao processo de contratação de consultores.

328. Em verdade, a leitura que mais se coaduna com o desejo do Estado ao inserir um ativo no âmbito do Programa Nacional de Desestatização é a que visa obter a maior vantagem possível na transferência de propriedade de determinado ativo da União para a iniciativa privada.

329. Assim, o princípio da eficiência na contratação de consultores, para estruturação de projetos de desestatização, deve ser entendido como a busca pela qualidade na estruturação do projeto de desestatização que agregue o maior valor possível ao ativo, utilizando-se dos recursos disponíveis com cautela, economia e legitimidade.

III.3.5 - Afrontas a direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988

330. Seguindo a metodologia definida para determinação da legalidade ou da ilegalidade da Resolução, resta analisar se a flexibilização dos princípios, observada nos dispositivos da Resolução, afronta direitos e garantias individuais protegidos pelo texto constitucional.

331. Neste ponto, cumpre ressaltar que propostas de emenda constitucional, que versem sobre a redução de direitos e garantias individuais previstos no texto constitucional, não podem, sequer, ser objeto de deliberação nas Casas Legislativas, por força da literalidade do art. 60, §4º, transcrito a seguir:

> *Art. 60. §4º Não será <u>objeto de deliberação</u> a proposta de emenda tendente a abolir:*
> *I – a forma federativa de Estado;*
> *II – o voto direto, secreto, universal e periódico;*
> *III – a separação dos Poderes;*
> *IV – <u>os direitos e garantias individuais</u>; (grifos nossos)*

332. Conforme ensinamento do Subprocurador-geral da República, Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES e BRANCO, 2017, p. 145), "<u>o fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetro de organização e de limitação dos poderes constituídos</u>". Mais à frente, o Subprocurador-geral da República afirma que a "Administração, evidentemente, também se vincula aos direitos fundamentais", concluindo sua análise com a seguinte afirmação: "[a]

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

vinculação da Administração às normas de direitos fundamentais torna nulos os atos praticados com ofensa ao sistema desses direitos" (MENDES e BRANCO, 2017, p. 147).

333. Como se observa, além de figurarem como cláusulas pétreas na Constituição da República, os direitos e garantias individuais irradiam seus efeitos para todos os Poderes, inclusive sobre o Poder Executivo, vinculando os atos praticados pela administração pública à observância dos direitos e garantias individuais prescritos na Constituição Federal de 1988.

334. A Constituição, em seu art. 5º, estabelece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Para a finalidade aqui tratada, interessa-nos, especialmente, alguns direitos individuais inscritos no art. 5º da Constituição: i) direito de petição; ii) direito à informação; iii) acesso à justiça; e iv) exercício da cidadania por meio do controle social e da ação popular.

> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
>
> *XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;*
>
> *XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*
>
> *a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;*
>
> *XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*
>
> *LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;*
>
> *§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (grifos nossos)*

335. Verifica-se pela leitura do trecho da Constituição Federal transcrito acima que o direito à informação, o direito de petição, o direito de exercer a cidadania por meio do controle social, instrumentalizado pela ação popular, bem como o direito de acesso à justiça são direitos fundamentais insculpidos na Carta da República, que possuem, por força do art. 5, §1º, aplicação imediata, devendo ser observados por todos os Poderes da República.

336. Segundo ensinamento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a ação popular é um instrumento típico da cidadania e somente pode ser proposto pelo cidadão (MENDES e BRANCO, 2017, p. 461). Veja que o interesse do cidadão em acompanhar os processos de privatização do Governo Federal é uma preocupação legítima sob o ponto de vista do controle social.

337. Em que pese este direito possa ser exercido sobre quaisquer atos da administração pública, emanados por seus órgãos e entidades, maior interesse terá o cidadão, e a sociedade em geral, em acompanhar os atos relativos ao processo de desestatização de ativos incluídos no Programa Nacional de Desestatização.

338. Neste aspecto, somente tendo acesso à informação é que o cidadão pode, visando anular eventual ato lesivo ao patrimônio público, ajuizar ação popular. Não há como vislumbrar a possibilidade de controle social sobre atos sigilosos. Portanto, ao impor a chancela de sigilo sobre o processo de contratação de consultores, sobre as identidades dos participantes, sobre as notas técnicas atribuídas aos participantes e à motivação de eventual revogação do processo competitivo a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

Resolução 3.592/2020 do BNDES impede o exercício dos direitos constitucionais de garantia de acesso à informação e de garantia do exercício da cidadania por meio da ação popular.

339. Na mesma linha, ao impedir o acesso dos próprios participantes à identidade dos demais convidados e à nota técnica atribuída a seus concorrentes, bem como ao impor o sigilo sobre os motivos que levaram a eventual revogação do processo competitivo para a contratação de consultores, no âmbito dos processos de desestatização incluídos no PND, a Resolução 3.592/2020 do BNDES reduz a possibilidade de controle dos atos relativos à contratação pelos agentes diretamente interessados no processo.

340. Ressalta-se, neste ponto, que a chancela de sigilo sobre os motivos de fato e de direito que fundamentarem a decisão de revogar o procedimento competitivo, além de procurar afastar o BNDES do necessário controle sobre os atos praticados em nome do Estado, tende a permitir as mais variadas arbitrariedades e os mais destacados desvios de finalidade.

341. A impossibilidade de acesso a essas informações, pelos agentes diretamente envolvidos no processo de contratação, afeta, entre outros, o direito de acesso à justiça. Tal conclusão decorre do fato de que a possiblidade de impugnação pelos próprios interessados dos atos praticados pelo BNDES, perante o Poder Judiciário, no decorrer do processo competitivo, resulta comprometida em face da chancela de sigilo atribuída àquelas informações. Novamente, não há como conjeturar a possibilidade de controle sobre os atos praticados pelo BNDES, quando esses atos são carimbados como sigilosos.

342. Deve-se ressaltar que, por mais que se busque, não há como desviar-se da possibilidade de escrutínio do Poder Judiciário, nem mesmo em face de revogação de ato administrativo discricionário, fundamentado em motivos de conveniência e oportunidade, com base no princípio constitucional do acesso à justiça e na teoria dos motivos determinantes.

343. Por todo o exposto neste subitem, nos deparamos com a seguinte reflexão: se nem uma Emenda Constitucional – tampouco a lei – poderá abolir ou reduzir direitos e garantias individuais, como poderá um ato normativo infralegal, interna corporis, como é o caso da Resolução 3.592/2020 do BNDES, criar barreiras e empecilhos ao exercício do controle social (por meio da ação popular), do acesso à justiça e do acesso à informação, tornando sigilosos os atos capazes de garantir a efetividade desses direitos ao longo do procedimento de contratação?

344. Em face do exposto, outra não poderia ser a conclusão senão ouvir em oitiva o BNDES para que se manifeste sobre a potencial ilegalidade a da Resolução 3.592/2020, por afronta a direitos e garantias fundamentais, em decorrência do sigilo do processo, do sigilo dos participantes, do sigilo das notas atribuídas na avaliação das propostas técnicas e do sigilo dos motivos que levaram a eventual revogação do processo de contratação, uma vez que o acesso à informação é requisito fundamental para o exercício do direito do controle externo pelo cidadão, instrumentalizado por meio da ação popular, e do acesso à justiça por qualquer interessado.

III.3.6 - Manifestação do Banco de Desenvolvimento Econômico e Social

345. Nesse ponto, cumpre destacar que o BNDES, em reunião realizada com a Secretaria Geral de Controle Externo apresentou (peça 21) algumas considerações sobre os pontos destacados ao longo deste tópico, nomeadamente em relação às afrontas da Resolução 3592/2020 aos princípios da administração pública.

346. Segundo aquele documento (peça 21), o BNDES se propôs a alterar o procedimento de contratação de consultores baseado na Resolução 3592/202, com o intuito de mitigar os riscos apontados pela unidade técnica decorrentes das flexibilizações principiológicas listadas na Tabela 1.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

347. Ressalta-se, ainda, que naquela oportunidade, o BNDES se comprometeu a modificar a Resolução 3592/2020 com o objetivo de inserir as melhorias debatidas na reunião com a Secretaria Geral de Controle Externo e a adotá-las nos próximos atos dos procedimentos em curso mesmo antes da formalização dessa alteração (peça 16, p. 2). Tais providências poderão ser mais bem acuradas após as oitivas propostas.

III.3.7 - Conclusão parcial

348. Não obstante a Resolução 3.592/2020 do BNDES afirmar que os princípios que regem a administração pública deveriam ser respeitados no processo de contratação de consultores, a sistemática apresenta diversas flexibilizações aos princípios da publicidade, da impessoalidade, da isonomia e da competitividade, sem apontar qual é o respaldo corporativo-fático-jurídico para justificar/mitigar essas flexibilizações.

349. Como visto, a Resolução traz consigo a previsão de tratamento diferenciado entre empresas que integram o cadastro de potenciais fornecedores – que passaram pelo crivo da Comissão de Cadastro e enfrentaram as exigências normativas para serem incluídas no banco de dados de potenciais fornecedores – e empresas convidadas pelo BNDES, de forma privada e pessoal, a participarem do processo competitivo com fundamento em critérios subjetivos, identificadas no mercado como potenciais concorrentes por "meios que denotem [a sua] qualidade".

350. Importa destacar que, mesmo integrando o cadastro de potenciais fornecedores do BNDES, uma empresa pode ser preterida do convite e impossibilitada de, sequer, enviar proposta para um procedimento de contratação que, eventualmente, tenha a sorte de tomar conhecimento, em afronta ao princípio da impessoalidade.

351. Neste ponto, ressalta-se que o sigilo imposto à identidade dos participantes convidados a apresentarem proposta tende a impedir qualquer tipo de controle sobre os atos praticados pelo BNDES pelos próprios interessados, tornando mais onerosa, desta forma, a fiscalização de eventuais direcionamentos, arbitrariedades ou desvios de finalidade.

352. Ademais, a ausência de elementos padronizados para a definição de critérios de seleção de participantes, de habilitação e de julgamento das propostas, em conjunto com a fluidez e a subjetividade com que esses critérios podem ser definidos, somados ao sigilo dos resultados das avaliações técnicas, são aspectos que, conjugados, tendem a possibilitar o direcionamento do processo de contratação de consultores.

353. Finalmente, porém de extrema relevância, cabe apontar a ilegalidade da Resolução 3.592/2020 do BNDES no tocante ao sigilo da motivação do ato que der causa ao eventual cancelamento do processo competitivo.

Tabela 2 - Riscos decorrentes das flexibilizações principiológicas apontadas na Resolução

354.	PRINCIPAIS RISCOS
355.	Possível direcionamento no processo de contratação
356.	Possível superfaturamento na contratação
357.	Aumento de ceticismo social em relação à desestatização
358.	Impacto na qualidade da desestatização e no seu valor final
359.	Aumento do risco de prática de atos arbitrários e com desvio de finalidade
360.	Possíveis ações de improbidade administrativa contra os gestores envolvidos no processo

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

Fonte: elaboração própria

361. A regra de sigilo sobre o ato que declarar revogado o procedimento competitivo abre a janela – caso não mitigados – para arbitrariedades e desvios de finalidade, corroborando com o entendimento de que a Resolução 3.592/2020 do BNDES expõe ao risco de direcionamento das contratações realizadas sob sua vigência, buscando blindar os atos praticados pela empresa pública do escrutínio social.

362. De fato, a chancela de sigilo sobre os motivos de fato e de direito que fundamentarem a decisão de revogar o procedimento competitivo, , caso não tratado, além de procurar afastar o BNDES do necessário controle sobre os atos praticados em nome do Estado, possibilita as mais variadas arbitrariedades e os mais destacados desvios de finalidade, em afronta direta aos princípios democrático, republicano, da publicidade, do acesso à justiça, do devido processo legal, da impessoalidade, da motivação e da moralidade administrativa.

363. Verificamos também que as flexibilizações aos princípios observadas na Resolução do BNDES, pelo menos de acordo com os documentos ora acostados aos autos, não possuem fundamentos legais que justifiquem as mitigações apontadas. Além da ausência de fundamentos legais, as flexibilizações aos princípios da publicidade – indicadas no decorrer da nossa análise – criam eventuais barreiras e empecilhos ao exercício do controle social (por meio da ação popular), do acesso à justiça e do acesso à informação, tornando sigilosos os atos capazes de garantir a efetividade desses direitos ao longo do procedimento de contratação de consultores.

364. A imagem abaixo (Figura 6) apresenta o resumo das conclusões relacionadas à análise da norma do BNDES. Inicialmente, demonstramos as flexibilizações principiológicas observadas no normativo analisado. Em seguida, ressaltamos a ausência de fundamentos legais justificadores das flexibilizações indicadas. Finalmente, evidenciamos que essa flexibilização, conjugada com a ausência de justificativas legais para a mitigação ao princípio da publicidade, afronta direitos e garantias fundamentais, petrificados na Constituição Federal de 1988.

Figura 6 - Resumo das conclusões relacionadas à análise da Resolução em termos de legalidade

Fonte: elaboração própria

365. Portanto, como consequência do racional de decisão esquematizado pela metodologia apresentada anteriormente (vide item III.3.1), deve-se promover a oitiva do BNDES para que se manifeste sobre a potencial ilegalidade da Resolução 3.592/2020, por afronta aos princípios constitucionais que regem a administração pública, com fundamento no art. 173, §1º, III, da Constituição Federal.

366. Não bastasse a afronta aos princípios da administração pública, a Resolução, ao flexibilizar o princípio da publicidade, à revelia de fundamento legal que justifique a flexibilização,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

prejudica o exercício do controle social por meio da ação popular, do acesso à justiça e do acesso à informação, nos termos do art. 5º, incisos LXXIII, XXXV e XIV, respectivamente, da Constituição Federal.

367. Nessa esteira, ainda com base na metodologia decisória apresentada no item III.3.1, a Resolução 3.592/2020, o BNDES deve ser ouvido sobre tais aspectos irregulares da norma ilegal, por afronta a direitos e garantias fundamentais, guardados pela Carta Constitucional como cláusulas pétreas. Como tal, não poderiam, sequer, ser reduzidos ou mitigados por Emenda Constitucional, nos termos do art. 60, §4º, da Constituição Federal.

368. Finalmente, a partir da árvore de decisão sobre a análise de validade e de legalidade da Resolução 3.592/2020 do BNDES, ilustrada pela Figura 1, concluímos que a resolução deve ser considerada válida, nos termos do art. 28, §3º, I, da Lei das Estatais; todavia, há de se promoverem as devidas oitivas acerca da sua pontual ilegalidade, por afronta aos princípios que regem a administração pública, com fundamento no art. 173, §1º, III, da Constituição Federal e por afronta a direitos e garantias fundamentais petrificados pela Carta da República em seu art. 5º, incisos XIV, XXXV e LXXIII.

III.3.8 - Proposta de encaminhamento

369. Tendo em vista que o BNDES se propôs a alterar a Resolução 3592/2020 com o objetivo de mitigar os riscos apontados e eliminar as ilegalidades anotadas nessa instrução e debatidas na reunião com a Secretaria Geral de Controle Externo, propor-se-á, com fundamento no art. 250, inciso V, do Regimento Interno do TCU, a oitiva do Banco de Desenvolvimento para que se manifeste no prazo de 15 (quinze) dias em relação: i) às afrontas principiológicas elencadas na Tabela 1; ii) aos riscos decorrentes das flexibilizações principiológicas listados na Tabela 2; e iii) à nova Resolução aprovada pela Diretoria do Banco.

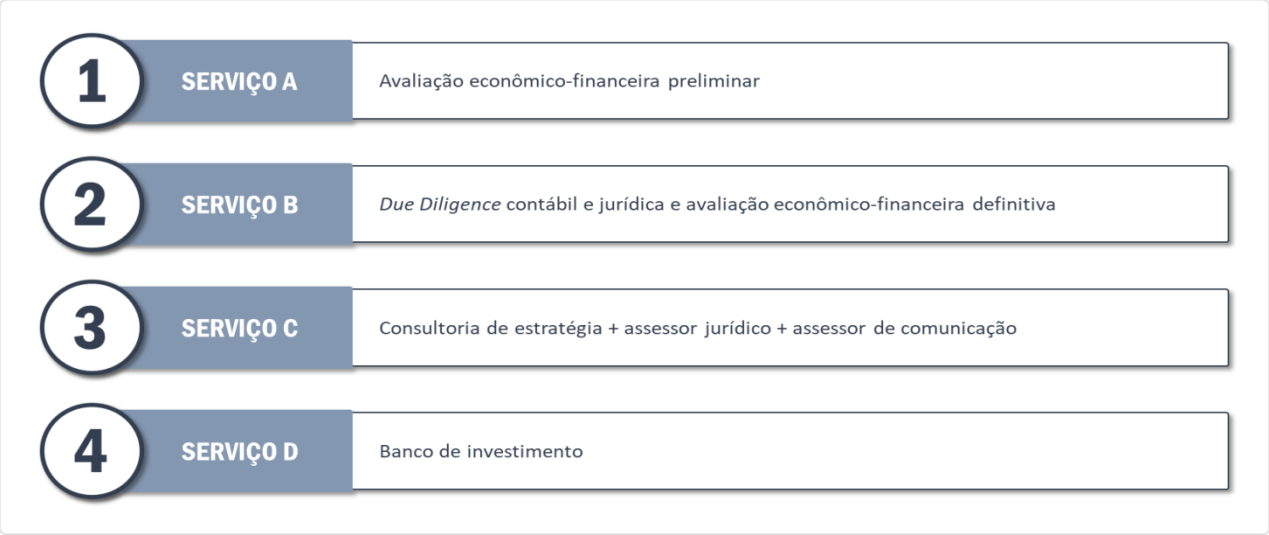
III.4 - Apresentação do caso concreto: contratação de consultores para o Serpro

370. As complexidades inerentes à estruturação do projeto de desestatização do Serpro, bem como as diferentes expertises exigidas para a concretização da estratégia de privatização da companhia, conduziram o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social a planejar a contratação de diferentes serviços.

371. Desta forma, a estruturação do projeto de desestatização do Serpro demandará a contratação de 4 (quatro) tipos de serviços distintos, conforme se observa pela imagem abaixo (Figura 7 - Serviços necessários à desestatização do Serpro).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

Figura 7 - Serviços necessários à desestatização do Serpro



Fonte: BNDES - elaboração própria (peça 19, p. 19)

372. Destaca-se que todos os serviços serão contratados com base na Resolução 3592/2020, utilizando-se do art. 28, §3, da Lei das Estatais, como fundamento legal (peça 19, p. 21).

373. Como o processo de seleção para a contratação de consultores ainda não foi finalizado, não é possível, nesse momento, fazer uma análise mais detida sobre as contratações dos consultores para os Serviços A, B, C e D, conforme trecho abaixo:

> *Adicionalmente, cabe reforçar que o BNDES ainda não iniciou o processo de seleção para a contratação dos consultores que irão auxiliar na estruturação dos estudos para dar suporte à desestatização do Serpro. Sendo assim, parte das informações solicitadas no item 3 do Ofício 43043/2020-TCU/Seproc ainda não estão disponíveis, a saber: alíneas d.ii, d.iv., d.v., d.vi., d.vii., d.viii., d.ix. e d.xi. (peça 16, p. 4)*

374. Todavia, algumas informações encontram-se disponíveis e podem ser relatadas na presente oportunidade. No caso de Serpro, a equipe do BNDES tem optado por diferentes estratégias para definição das empresas convidadas. A tabela abaixo apresenta as diferentes estratégias que serão adotadas pelo Banco para a contratação dos serviços necessários à desestatização do Serpro.

Tabela 3 – Diferentes estratégias para definição das empresas convidadas

375.	SERVIÇO	376.	ESCOPO	377.	FORMA DE CONVITE
378.	Serviço A	379.	Avaliação econômico-financeira preliminar	380.	Cadastro público em elaboração
381.	Serviço B	382.	Due Diligence contábil e jurídica e avaliação econômico-financeira definitiva	383.	Cadastro público em elaboração
384.	Serviço C	385.	Consultoria de estratégia + assessor jurídico + assessor de comunicação	386.	Ranking / RFI
387.	Serviço D	388.	Banco de investimento	389.	Ranking

Fonte: BNDES - elaboração própria (peça 19, p. 25)

390. À medida que as contratações de consultores para auxiliar o Banco na estruturação do projeto de privatização do Serpro forem avançando, a unidade técnica poderá se debruçar sobre a legalidade do procedimento de contratação para cada serviço.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

IV - CONCLUSÃO

391. A presente instrução teve por objeto a análise da Nota Jurídica 46/2019 do BNDES – que defende possibilidade da adoção de rito próprio para contratação de consultores especializados, no âmbito da estruturação de projetos de desestatização, com fundamento no art. 28, §3º, I e II, da Lei das Estatais – bem como a Resolução 3.592/2020 do BNDES que regulamenta o processo de contratação de consultores.

392. Importante ressaltar que a presente instrução buscou apresentar, de forma racional, a árvore de decisão que alicerçou a análise de validade e de legalidade da Resolução 3.592/2020, conforme ilustrado pela Figura 1 - Árvore de decisão da análise de validade e de legalidade da Resolução 3.592/2020 – e pela Figura 5 - Metodologia para determinação da legalidade da Resolução - do presente trabalho.

393. Ressaltou-se, de forma preliminar e em respeito ao diálogo, que as complexidades do assunto e o ineditismo da questão tratada na presente instrução, além do ainda reduzido número de decisões desta Egrégia Corte de Contas sobre o instituto de inaplicabilidade de licitação (art. 28, §3º, I e II da Lei das Estatais), podem gerar discussões e interpretações distintas acerca da validade da Resolução.

394. Em relação à análise de validade da Resolução, apresentamos uma digressão histórica acerca da criação e das competências do BNDES, buscando compreender a amplitude de seu objeto social. Verificamos que, de acordo com sua Lei de Criação, o Banco foi cunhado para ser um agente de governo na implementação de políticas de desenvolvimento econômico e social.

395. Em 1952, ano de criação do Banco de Desenvolvimento, a política do segundo governo do presidente Getúlio Vargas era notadamente estatizante, conforme discutido no item (III.2.2.2). Com o passar dos anos, o pêndulo estatizante, que no segundo governo do ex-Presidente Getúlio Vargas se encontrava alinhado à maior presença do Estado na economia, em 1997, com o advento da Lei 9.491/1997, passou ao oposto, indicando maior tendência governamental a reduzir a sua atuação direta no domínio econômico.

396. Desde a criação do Banco, em 1952, até a promulgação da Lei 9.491/1997, pode-se inferir que o desenvolvimento da economia nacional, que outrora fora percebido como sinônimo de reaparelhamento do Estado como forma de fomento econômico, passou a ser entendido como sinônimo de redução do Estado na Economia, de retomada de investimentos pela iniciativa privada, de redução da dívida pública, de concentração de esforços da administração pública em saúde, segurança e educação e de contribuição para o desenvolvimento do mercado de capitais, conforme diretrizes da Lei 9.491/1997.

397. Nessa retomada histórica, verificamos que a Lei de Criação do BNDES (Lei 1.628/1952) previu a possibilidade de o Banco de Desenvolvimento Econômico e Social efetuar outras operações visando ao desenvolvimento da economia nacional, sempre que autorizado em lei. Desta maneira, a Lei de Criação do BNDES abriu a oportunidade de evolução do objeto social do Banco ao longo do tempo, sempre que alterações legislativas assim o autorizasse.

398. Foi exatamente o que aconteceu com a entrada em vigor da Lei 9.491/1997. Como sabemos, esta Lei apontou o BNDES como gestor do Fundo Nacional de Desestatização com competência para, entre outras atribuições, promover a contratação de consultoria, auditoria e outros serviços especializados necessários à execução das desestatizações, conforme art. 18, IV, do referido diploma legal.

399. Nesse sentido, a Lei 9.491/1997, utilizando o BNDES como agente do governo (novamente e em sintonia com a sua Lei de Criação) para realização de suas políticas públicas, outorgou ao

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

Banco de Desenvolvimento competências específicas para a contratação de empresas técnicas especializadas necessárias à execução das desestatizações propostas no âmbito do PND.

400. Nesse panorama, após uma análise cuidadosa acerca do ambiente histórico de criação do BNDES e de sua função social, pode-se afirmar que a contratação de consultores técnicos necessários à execução das desestatizações é, de fato, uma operação autorizada por lei que, segundo os objetivos fundamentais do Programa Nacional de Desestatização, visa ao desenvolvimento da economia nacional e, portanto, pode ser considerada como uma atividade integrante do objeto social do BNDES.

401. Assim, concluímos pela possibilidade da utilização do instituto de inaplicabilidade de licitação (Lei das Estatais, art. 28, §3º, I) pelo BNDES, na espécie de contratação relacionada ao objeto social, para a contratação de consultores especializados, no âmbito da estruturação de projetos de desestatização incluídos no PND, especialmente em relação ao caso concreto analisado: Serpro.

402. Por outro lado, em face da ausência dos requisitos necessários para a caracterização de uma oportunidade de negócio, constatou-se que a contratação de consultores pelo BNDES não pode ser considerada como uma parceria decorrente de uma oportunidade de negócios.

403. Neste sentido, firmamos o entendimento de que as oportunidades de negócio não devem ser caracterizadas única e exclusivamente por atributos contratuais sujeitos ao princípio da autonomia da vontade, tais como: divisão de riscos e sistemas de remuneração. Ao contrário, as oportunidades de negócio, nos termos acentuados pela Lei das Estatais, devem possuir características definidas e específicas associadas a atributos singulares dos potenciais parceiros. Em suma, defendemos que não se deve confundir as possibilidades de negociação de termos contratuais com oportunidades de negócio nos termos descritos pelo art. 28, §3º, II, da Lei 13.303/2016.

404. Após essa análise sobre os fundamentos de validade da Resolução 3.592/2020 do BNDES, passamos à segunda etapa de nossa análise, com o intuito de verificar se os dispositivos do referido diploma infralegal podem ser considerados legais, em face dos princípios que regem a administração pública e dos direitos e garantias fundamentais petrificados pela Constituição Federal de 1988.

405. Neste diapasão, estabelecemos uma metodologia para avaliação da legalidade da Resolução. Inicialmente, verificamos a aderência do normativo aos princípios que regem a administração pública. Em face da flexibilização de princípios observada da Resolução, constatamos a ausência de fundamentação legal capaz de justificar as afrontas aos princípios da publicidade, da impessoalidade, da isonomia e da competitividade identificadas. Além disso, refletimos sobre o potencial impacto das afrontas principiológicas no exercício de direitos e garantias fundamentais previstos na Carta da República.

406. Ao final, verificou-se que – apesar da possibilidade de adoção de rito próprio de contratação de consultores para apoiar os processos estruturação de projetos de desestatização, com fundamento no instituto da inaplicabilidade de licitação, na espécie contratação relacionada ao objeto social –, a Resolução 3.592/2020 do BNDES apresenta potenciais afrontas aos princípios da publicidade e da impessoalidade, fato que tende a favorecer a concretização de risco de direcionamento do processo competitivo para a contratação de consultores.

407. A despeito de formalmente reconhecer o dever de observância aos princípios que regem a Administração Pública, a Resolução 3.592/2020 do BNDES, materialmente, adota, ao longo de todas as etapas do seu rito, o sigilo como regra e a publicidade como exceção.

408. A chancela de sigilo imposta a diversos atos do processo competitivo acarreta limitação ao exercício da cidadania, instrumentalizada pelo instituto da ação popular (art. 5º, LXXIII, CF), e em

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

mitigação ao direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF). O próprio exercício constitucional de controle torna-se relevantemente dificultado ante a tarje de sigilo em fases fulcrais do processo.

409. A ausência de fundamento fático-jurídico que justifique a flexibilização dos princípios da publicidade, da impessoalidade, da isonomia e da competitividade observada no bojo da Resolução 3.592/2020 do BNES, conjugada com a redução da possibilidade de exercício de direitos e garantias fundamentais elevados ao patamar da Norma Fundamental, nos direciona à conclusão de que a Resolução – ao menos com base nos elementos então disponíveis – não pode ser considerada uma norma que obedece aos necessários requisitos de legalidade. Para todos os efeitos, até que se ouça processualmente os argumentos do BNDES, avaliam-se presentes ilegalidades na norma a carecerem resolução.

410. Não obstante, tendo em vista que o BNDES se propôs a alterar a Resolução 3592/2020 com o objetivo de mitigar os riscos apontados e eliminar as ilegalidades anotadas nessa instrução, propor-se-á, com fundamento no art. 250, inciso V, do Regimento Interno do TCU, a oitiva do Banco de Desenvolvimento para que se manifeste no prazo de 15 (quinze) dias em relação: i) às afrontas principiológicas elencadas na Tabela 1; ii) aos riscos decorrentes das flexibilizações principiológicas listados na Tabela 2; e iii) à nova Resolução aprovada pela Diretoria do Banco.

411. No tocante a análise de caso concreto, constatou-se que as contratações de consultores para a estruturação do projeto de desestatização do Serpro ainda não se efetivaram. Sem embargo, à medida que essas contratações forem ocorrendo, a unidade técnica poderá, no âmbito deste processo de acompanhamento, analisar a legalidade do procedimento de contratação para cada serviço.

V – INFORMAÇÕES ADICIONAIS

412. Importa destacar a existência de um processo neste Egrégio Tribunal (TC 022.564/2019-5) que, entre outras questões, analisa a Resolução BNDESPAR 119/2018. A referida resolução versa sobre procedimento de seleção de instituições financeiras assessoras para fins de alienação de valores mobiliários ***da carteira da BNDES Participações*** *S.A. por meio de ofertas públicas, operações de accelerated book building e de merger and acquisition.*

413. Como amplamente visto e discutido ao longo desta instrução, a Resolução BNDES 3.592/2020 versa sobre procedimento competitivo próprio para a contratação de consultores técnicos especializados, com vistas a auxiliar o Banco de Desenvolvimento na estruturação de projetos de desestatização incluídos no Programa Nacional de Desestatização.

414. Portanto, ressalta-se que as Resoluções BNDES 3.592/2020 e a Resolução BNDESPAR 119/2018 não se confundem e que as instruções e deliberações proferidas a respeito desta última não se aplicam à primeira.

VI - PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

415. Ante o exposto, submete-se a presente instrução ao Exmo. Relator, propondo:

a) considerar legal o fundamento de validade da Resolução 3592/2020, entendendo ser possível a utilização do instituto de inaplicabilidade de licitação, na espécie de contratação relacionada especificamente ao objeto social, nos termos do art. 28, §3º, I, da Lei 13.303/2016, para fundamentar a adoção de rito próprio de competição para a contratação de consultores técnicos especializados para o processo de desestatização do Serpro;

b) a oitiva do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDES) para que, com fundamento no art. 250, inciso V, do Regimento Interno do TCU, se manifeste no prazo de 15 (quinze) dias em relação:

i. às afrontas principiológicas elencadas na Tabela 1 - Flexibilizações principiológicas identificadas na análise da Resolução 3.592/2020 do BNDES, quais sejam:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

i.1 – não há previsão de etapa de chamamento público para que eventuais interessados possam manifestar a intensão de participar no processo competitivo (Resolução 3592/2020, art. 19. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

i.2 – somente poderão enviar propostas os consultores para os quais houver sido remetida a Request for Proposal (Resolução 3592/2020, art. 19, §1º. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

i.3 – tratamento diferenciado para empresas que integram o cadastro de fornecedores e empresas convidadas por sua especial qualidade (Resolução 3592/2020, art. 19. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

i.4 – a identificação de potenciais concorrentes identificados no mercado por meios que denotem qualidade é subjetivo e prejudica a impessoalidade (Resolução 3592/2020, art. 19. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

i.5 – a norma possibilita que empresas integrantes do cadastro sejam preteridas do convite ao passo que permite o envio do convite para empresas fora do cadastro (Resolução 3592/2020, art. 19. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

i.6 – não há garantia de que os integrantes do cadastro sejam convidados a participar do processo competitivo (Resolução 3592/2020, art. 20. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

i.7 – a norma não garante a obrigatoriedade de alternância e pluralidade na escolha dos destinatários das Request for Proposal (Resolução 3592/2020, art. 20 §1º. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

i.8 – o número e a identidade dos destinatários das Request for Proposal serão sigilosos até o término do procedimento (Resolução 3592/2020, art. 20, §4º. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

i.9 – a documentação dos concorrentes e os julgamentos serão sigilosos durante o procedimento de contratação (Resolução 3592/2020, art. 27. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

i.10 – a pontuação técnica dos concorrentes será sigilosa e nenhum outro concorrente poderá conhecer a pontuação atribuída ao outro (Resolução 3592/2020, art. 27, I. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

i.11 – a identidade dos participantes será sigilosa durante todo o procedimento de contratação, somente sendo divulgada após a homologação do procedimento competitivo (Resolução 3592/2020, art. 27, III. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5); e

i.12 – os motivos de eventual revogação do procedimento de contratação são sigilosos perante os concorrentes ou qualquer interessado (Resolução 3592/2020, art. 37. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5).

ii. aos riscos listados na Tabela 2 - Riscos decorrentes das flexibilizações principiológicas apontadas na Resolução, quais sejam:

ii.1 – possível direcionamento no processo de contratação (vide item III.3.3);

ii.2 – possível superfaturamento na contratação (vide item III.3.3);

ii.3 – aumento de ceticismo social em relação à desestatização (vide item III.3.3);

ii.4 – impacto na qualidade da desestatização e no seu valor final (vide item III.3.3);

ii.5 – aumento do risco de prática de atos arbitrários e com desvio de finalidade (vide item III.3.3);

ii.6 – possíveis ações de improbidade administrativa contra os gestores envolvidos no processo (vide item III.3.3).

iii. à nova Resolução aprovada pela Diretoria do Banco, especificamente sobre a eventual mitigação/correção dos riscos e potenciais irregularidades delineadas nos subitens supra;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

416.

iv. às consequências práticas de uma eventual determinação, por parte do TCU, sobre ilegalidade da Resolução 3592/2020 do BNDES, com fundamento no art. 14 da Resolução-TCU 315/2020.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522353.

VOTO

Cuidam os autos de processo de desestatização do Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro), incluso no Plano Nacional de Desestatização (PND), pelo Decreto 10.206, de 22 de janeiro de 2020, sob a condução do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

Nesta oportunidade, a Secretaria de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional e dos Fundos de Pensão (SecexFinanças) traz ao descortino do Plenário questão prejudicial, atinente à legalidade e à adequação aos princípios constitucionais do regime jurídico adotado pelo BNDES, para contratação de consultor especializado para estruturação de projetos de desestatização.

A relevância e a transversalidade do tema, bem como seus potenciais impactos sobre todos os processos de desestatização do governo federal, conduzidos pelo Banco, justificam o presto pronunciamento desta Corte de Contas.

A necessidade de construção de novo modelo de contratação de serviços especializados de estruturação de projetos de desestatização emerge de reposicionamento estratégico do BNDES como Banco de Serviços, ante sua qualificação técnica e larga experiência profissional em empreendimentos deste naipe. O realinhamento corporativo, aprovado pela Decisão CA 63/2018 e referente ao Plano de Negócios de 2019, deve-se ao novo ambiente concorrencial, em que se insere a empresa estatal, como exploradora de atividade econômica de prestação de serviços especializados.

O BNDES, além de atuar como principal agente da União na gestão do Plano Nacional de Desestatização e no Programa de Parceria de Investimentos, para os quais já possui mandato legal, é também demandado pelos entes subnacionais, para prestação de serviços de estruturação de projetos de desestatização, concessão de serviços públicos e parcerias público-privadas. Nesse setor, novos agentes econômicos têm ingressado no mercado e desenvolvido atividades especializadas de consultoria, não somente em procedimentos de manifestação de interesse (PMI´s), mas também na elaboração de projetos estruturantes.

Com a reorientação estratégica do Banco, em face do novo panorama concorrencial, aliada à evolução do regime jurídico aplicado às licitações e contratos das empresas estatais que atuam no domínio econômico, ocorrida principalmente desde a edição da Emenda Constitucional 19/1998 até a vigência da Lei 13.303/2006 (Lei das Estatais), o BNDES procurou identificar os principais pontos de ineficiência em seu atual formato de licitação e contratação de serviços especializados, os quais poderiam comprometer a realização de um dos principais objetivos sociais, a estruturação de projetos que promovam o desenvolvimento econômico e social do país.

Para tanto, a Diretoria do Banco constituiu, por meio da Portaria PRESI 187/2019 – BNDES, grupo de trabalho para construção de novo modelo de contratação de estudos especializados para estruturação de projetos de desestatização promovidos pelo BNDES. Os estudos e conclusões do grupo de trabalho estão consubstanciados na Nota Jurídica AJ2/JUDEP 46/2019 (peça 7).

O grupo de trabalho contextualizou a importância da desestatização e sua relevância para o crescimento econômico do país, destacando o objeto social do BNDES na coordenação e execução de projetos estruturantes. Frisou a evolução do ordenamento jurídico, ao colocar as empresas estatais exploradoras de atividades no domínio econômico em patamar de igualdade em direitos e obrigações com as empresas que atuam em regime privado. Apontou algumas fragilidades no atual modelo de contratação de serviços especializados de estruturação de projetos de desestatização que podem comprometer o negócio da companhia estatal e os próprios programas estatais de desestatização.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522355.

Como oportunidade de melhoria, a principal conclusão do grupo de trabalho foi a possibilidade jurídica de o BNDES não adotar procedimento licitatório para contratação de serviços de consultoria para estruturação de projetos de desestatização, conforme permissão prevista no artigo 28, § 3º, incisos I e II, da Lei 13.303/2016.

Recomendou à direção da companhia a edição de norma que regule o procedimento competitivo no âmbito do BNDES, com a observância dos princípios que regem a Administração Pública, ao mesmo tempo em que esteja alinhado a novas diretrizes corporativas, ao quadro jurídico atual aplicado às estatais e à realidade do mercado concorrencial.

Por fim, sugeriu interlocução do BNDES com esta Corte de Contas a fim de conferir segurança jurídica e assegurar o interesse público na construção do novo modelo de contratação de serviços especializados de estruturação de projetos de privatização

A Diretoria do BNDES, por meio da Resolução DIR 3592, de 6 de fevereiro de 2020, tendo por base a Nota Jurídica AJ2/JUDEP 46/2019 (peça 8), aprovou as normas e procedimentos para as contratações relativas à estruturação de projetos e medidas de desestatização

A SecexFinanças, após realizar ampla e profunda análise da Nota Jurídica 46/2019 e da Resolução 3.592/2020 do BNDES, transcrita no relatório antecedente, considerou juridicamente viável a utilização, pelo Banco, do instituto de inaplicabilidade de licitação previsto no art. 28, § 3º, inciso I, da Lei das Estatais pelo BNDES, para contratação de consultores especializados na estruturação de projetos de desestatização, dada a vinculação do escopo da avença com o objeto social da companhia estatal.

A Unidade Técnica considerou indevida a utilização do artigo 28, § 3º, inciso II, da Lei 13.303/2016 como fundamento legal para a não-realização do procedimento licitatório. Salienta que a contratação de consultores especializados não se amolda aos requisitos necessários à formação de parceria vinculada a oportunidades de negócios definidas e específicas, tal qual exige o dispositivo legal. Observa que compartilhamento de riscos e remuneração variável não poderiam ser considerados, por si só, como fatores distintivos à formação de parcerias sem a realização do confronto licitatório.

A secretaria também identificou, nas disposições do novo regulamento de licitação e contratação de consultores especializados do BNDES, possível afronta a princípios da publicidade, isonomia e da impessoalidade, a ensejar risco de direcionamento do processo competitivo, superfaturamento da contratação, aumento da percepção negativa da desestatização, bem como violação a direitos e garantias fundamentais da Constituição ao inviabilizar o controle social dos atos de praticados no procedimento de seleção dos consultores.

As possíveis flexibilizações de princípios da Administração Pública que deveriam reger a norma de licitações e contratos aprovados pelo Banco estão presentes nas seguintes disposições:

- ausência de etapa de chamamento público para que eventuais interessados possam manifestar interesse em participar de processo seletivo (Resolução 3592/2020, art. 19, itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

- limitação do envio de propostas somente pelas empresas a quem for enviada o convite ou *Request for Proposal* (Resolução 3592/2020, art. 19, §1º. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

- tratamento diferenciado para empresas que integram o cadastro de fornecedores e empresas não-cadastradas por sua especial qualidade (Resolução 3592/2020, art. 19, itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

- adoção de critério subjetivo e impessoal para identificação de potenciais concorrentes no mercado (Resolução 3592/2020, art. 19, itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522355.

- possibilidade de não expedição de convite a empresas integrantes do cadastro de consultores (Resolução 3592/2020, art. 19, itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

- ausência de garantia de alternância e pluralidade na escolha de convidados *(*Resolução 3592/2020, art. 20 §1º, itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5*)*;

- sigilo da identificação das empresas convidadas até o término do procedimento competitivo (Resolução 3592/2020, art. 20, §4º, itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

- sigilo da documentação dos concorrentes e dos julgamentos durante o procedimento de contatação (Resolução 3592/2020, art. 27, itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

- sigilo da pontuação técnica atribuída aos concorrentes (Resolução 3592/2020, art. 27, I, itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

- sigilo dos motivos referentes a eventual revogação do procedimento de contratação (Resolução 3592/2020, art. 37, itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5).

Considerando que o BNDES, em manifestação preliminar, propõe-se a alterar a Resolução 3592/2020 com o objetivo de mitigar os riscos apontados e eliminar as ilegalidades anotadas nessa instrução, a Unidade Técnica sugere ao Tribunal, com fundamento no art. 250, inciso V, do Regimento Interno do TCU, a oitiva do Banco de Desenvolvimento Econômico e Social para que se manifeste no prazo de 15 dias acerca dos indícios de afronta a princípios da Administração Pública, dos riscos dela decorrentes, bem como sobre a nova Resolução aprovada pela Diretoria do Banco.

Quanto à estruturação do projeto de desestatização do Serpro, a Unidade Técnica destacou que os serviços especializados serão contratados com base na Resolução 3592/2020, tendo como fundamento o artigo 28, § 3º, da Lei das Estatais. Observa que o Banco planejou a celebração de quatro contratos para os seguintes serviços: avaliação econômico-financeira preliminar; "*due diligence*" contábil e jurídica e avaliação econômico-financeira definitiva; consultoria de estratégia, assessoria jurídica e assessoria de comunicação; Banco de investimento.

Observa que não foi iniciado o processo de seleção de consultores a serem contratados para auxiliar o BNDES na estruturação do projeto de desestatização do Serpro, o qual deverá seguir diferentes estratégias para definição das empresas convidadas.

Uma vez que o processo de desestatização do Serpro encontra-se incipiente, a legalidade dos procedimentos de contratação será apreciada à medida em que foram efetivadas.

Feita essa apresentação, decido.

Acolho o bem elaborado parecer da Secretaria de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional e dos Fundos de Pensão, cujos fundamentos, desde logo, incorporo ao meu voto.

Considero oportuna e louvável a iniciativa do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social em aperfeiçoar o modelo de contratação de consultores especializados para estruturação de projetos de desestatização, diante dos desafios que enfrenta em mercado concorrencial, no qual atua sujeito a regime jurídico próprio das empresas privadas, até mesmo quanto aos direitos, obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, sendo-lhe vedados privilégios fiscais não extensíveis ao setor privado, conforme dispõe o artigo 173, § 1º, inciso II, § 2º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998.

Não bastasse o BNDES ser mandatário legal da gestão de projetos estruturantes no âmbito do Plano Nacional de Desestatização (PND) e do Programa de Parceria de Investimentos (PPI), o que lhe tem granjeado larga experiência e credibilidade na elaboração de projetos de infraestrutura e de desenvolvimento econômico e social, a companhia estatal tem sido cada vez mais requisitada para

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522355.

prestação desses serviços aos entes subnacionais, ambiente ao qual tem acorrido outras empresas especializadas na estruturação de projetos de desestatização.

Nessa vereda, uma vez que a realização desses serviços tem significativo impacto na redução do déficit fiscal da União e dos demais entes da federação, o sucesso das estratégias de desestatização e parceria de investimentos com a iniciativa privada dependem da eficiência da estatal, não somente quanto à tempestiva entrega, como na qualidade dos projetos estruturantes.

Não obstante a evolução jurisprudencial desta Corte de Contas tenha favorecido o aperfeiçoamento dos procedimentos adotados pelas empresas estatais que atuam no domínio econômico, a aprovação da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) constitui marco fundamental nesse processo de atualização do regime de contratação das estatais. Ao dispor sobre novo estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, a Lei das Estatais trouxe avanços importantes, no capítulo de licitações e contratos, no sentido de tornar mais ágeis e eficientes os processos de compra e contratação de serviços que se inserem no âmbito do objeto social dessas entidades, em harmonia com o princípio de eficiência, insculpido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, e em cumprimento ao disposto no artigo 173, § 1º, inciso III, da Lei Maior, com redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998.

Nesse sentir, merecem destaque as seguintes disposições da Lei 13.303/2016

> *Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30. (Vide Lei nº 14.002, de 2020)*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º* ***São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações****:*
>
> *I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput , de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;*
>
> *II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.*

Com relação à hipótese de contratação direta de serviços de consultoria especializada para estruturação de projetos de desestatização pelo BNDES com fundamento no artigo 28, § 3º, inciso I, da Lei da Estatais, verifico que os requisitos legais são plenamente atendidos. A norma refere-se à prestação direta de serviços pela companhia estatal relacionados ao seu objeto social.

Historicamente, desde a lei de criação do BNDES e as sucessivas atualizações legislativa preveem, além das atividades típicas de banco de financiamento, a possibilidade de a companhia estatal realizar outras operações que visam ao desenvolvimento da economia nacional, desde que precedidas de autorização legal (artigos 11 da Lei 1.628/1952 e 5º da Lei 5.662/1971). Nesse diapasão, o Banco desempenha o mandato legal de gestor do Plano Nacional de Desestatização, tendo por incumbência promover a contratação de consultoria, auditoria e outros serviços especializados necessários à execução das desestatizações (artigo 18, inciso IV, da Lei 9.491/1997).

Conforme estatuto social, o BNDES tem, entre outras finalidades institucionais, prestação de serviços de estruturação de projetos de desestatização relativos a ativos da União ou de outros entes

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522355.

e entidades da Administração Pública, bem como prestação de serviços técnicos em projetos que promovam o desenvolvimento econômico e social em concessões, permissões, autorizações, parecerias público-privadas e outras formas de parceria ou alienação de ativos (artigo 6º, incisos XII e XIII, do Estatuto Social aprovado em Assembleia Geral Extraordinária realizada em 20/02/2017, sucessivamente atualizada até 26/4/2021, publicado no Diário Oficial da União de 7/5/2021).

Pode-se afirmar que o BNDES realiza, de forma direta, a prestação de serviços de estruturação de projetos de desestatização, ainda que auxiliado pelos serviços técnicos contratados de consultoria especializada. Esse mister é parte indissociável das suas atribuições definidas em lei e no estatuto social. Em última instância, incumbe à companhia estatal coordenar, organizar, integrar e aprovar os estudos técnicos elaborados pelos consultores privados, cujo produto será entregue pelo Banco ao seu cliente.

Nesse passo, considero superada a aparente antinomia entre o artigo 28, § 3º, inciso I, da Lei 13.303/2016, que autoriza a dispensa de procedimento licitatório, e o artigo 18, parágrafo único, da Lei 9.491/1997, segundo o qual as contratações de consultores no âmbito do Programa Nacional de Desestatização devem ser realizadas sempre mediante licitação. Aplicando-se os critérios hermenêuticos hierárquico, cronológico e de especialidade, a exigência de licitação, contida no anterior dispositivo legal, pode ser interpretada, no novo contexto jurídico, como procedimento competitivo em que se assegure a observância dos princípios que regem a Administração Pública, em consonância com o disposto no artigo 173, § 1º, inciso III, com redação dada pela EC 19/1998.

A mesma interpretação evolutiva se reflete no artigo 4º, inciso IV a VII, da Instrução Normativa-TCU 81/2018, que dispõe sobre a fiscalização realizada por esta Corte de Contas nas etapas dos processos de desestatização. No que se refere aos procedimentos conduzidos pelo BNDES, as expressões “edital de licitação” e “processos licitatórios”, contidas no artigo 4º, inciso IV, V a VII do normativo, passam a ser, respectivamente, entendidas como instrumento convocatório e procedimento competitivo que devem obedecer aos princípios da Administração Pública.

Todavia, como asseverou o E. Ministro Benjamin Zymler, no voto condutor do Acórdão 2033/2017-TCU-Plenário, a dispensa de licitação das empresas estatais para a prestação de serviços relacionados ao seu objeto social, conforme artigo 28, § 3º, inciso I, da Lei 13.303/2016 não as desobriga de conferir lisura e transparência na seleção do contratado, em deferência aos princípios que regem a Administração Pública, a fim de garantir que a escolha do parceiro ocorra por meio de processo competitivo, isonômico, impessoal e transparente.

O BNDES também aventou a hipótese de adotar o artigo 28, § 3º, inciso II, da Lei das Estatais como fundamento legal para contratação de serviços especializados de consultoria. Argui que a divisão de riscos e a forma de remuneração variável da consultoria contratada, baseada em taxa de sucesso da operação de desestatização, seriam suficientes a caracterizar oportunidade de negócio exigida pelo dispositivo legal.

Aduzo que os argumentos trazidos pela empresa estatal não se amoldam à hipótese legal. As diversas possibilidades e arranjos contratuais, a exemplo do compartilhamento de riscos e da adoção de remuneração variável, previstos na Lei 13.303/2016, não são atributos diferenciadores de formação de parcerias que possam ser caracterizadas como oportunidade de negócios, a dispensar o procedimento licitatório. Do contrário, estaria aberta a vereda para um sem número de contratações diretas, baseadas exclusivamente na livre convenção entre as partes.

Como bem salientou a Unidade Técnica, a escolha de parceiro que, por suas características singulares, esteja vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo, deve ter caráter perene, maior nível de comprometimento e identidade de interesses societários entre os parceiros.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522355.

Tal seleção necessariamente exige comunhão de objetos sociais, demonstração da singularidade do parceiro frente ao empreendimento, motivação para escolha e ponderação dos custos e benefícios da atuação em parceria, frente a outras opções disponíveis.

Demais disso, o estabelecimento de parcerias requer a observância aos princípios constitucionais e societários aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como às regras de gestão, governança e de *compliance* exigidas.

Desta forma, não há motivação suficiente a suportar a contratação direta, pelo BNDES, de consultorias especializadas, com fundamento no artigo 28, § 3, inciso II, da Lei das Estatais.

Em outro ponto do relatório, a Unidade Técnica identificou fragilidades e riscos em diversas disposições do normativo do BNDES, aprovado pela Resolução 3.592/2020, o qual regula os procedimentos para seleção e contratação de consultorias especializadas na estruturação de projetos de desestatização.

Como salientei alhures, embora haja possibilidade jurídica de contratação direta de consultorias especializadas com fulcro no artigo 28, § 3º, inciso I, da Lei 13.303/2016, a seleção do candidato há de precedida de procedimento competitivo que obedeça aos princípios reitores a Administração Pública. É o que nortear o rito estabelecido pela Resolução 3.592/2020 – BNDES.

No entanto, a SecexFinanças identificou, no regulamento, algumas fragilidades que podem comprometer princípios caros para a Administração Púbico, tais como o da isonomia e da impessoalidade, seleção da proposta mais vantajosa e da competitividade, além de dificultar o controle social dos atos praticados pelos administradores.

Chama a atenção a ausência de etapa de chamamento público de interessados que queiram participar do processo seletivo, a impossibilidade de empresas cadastradas não serem convidadas a participar do torneio competitivo, a subjetividade na escolha de potenciais interessados não-cadastrados, a ausência de mecanismos que garantam a pluralidade e alternância na escolha de destinatários dos convites (*Request for Proposal*), o sigilo aposto a identificação dos candidatos, respectivas qualificações e julgamentos.

Todas essas fragilidades podem conduzir a eventual direcionamento de contratação, superfaturamento, impacto na qualidade e percepção social do processo de desestatização, risco de prática de atos arbitrários

Essas evidências, ao menos em exame preliminar, indicam que a Resolução 3.592/2020 do BNDES não necessariamente atende aos princípios da Administração Pública nem satisfaz às garantias e direitos fundamentais a exercício do controle social, devendo, assim, a entidade estatal ser ouvida sobre esses pontos de risco e potenciais implicações.

Em relação ao processo de desestatização, considerando o estágio inicial de contratação de consultores para a estruturação do projeto de desestatização do Serpro, a análise da legalidade desses ajustes deverá ser realizada pela Unidade Técnica à medida em que esses ajustes forem efetivados.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal acolha minuta de acórdão que ora submeto à apreciação do colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 21 de julho de 2021.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522355.

ACÓRDÃO Nº 1744/2021 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 020.440/2020-0.
2. Grupo I – Classe de Assunto V: Desestatização
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Órgãos/Entidades: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social; Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República; Ministério da Economia; Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimento.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional (SecexFinan).
8. Representação legal:
8.1. Lauro Luiz Studart Leao (121055/OAB-RJ) e outros, representando Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de processo de desestatização do Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro), incluso no Plano Nacional de Desestatização (PND) pelo Decreto 10.206, de 22 de janeiro de 2020, sob a condução do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES);

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. considerar legal o fundamento de validade da Resolução 3592/2020, entendendo ser juridicamente possível a utilização do instituto de inaplicabilidade de licitação, na espécie de contratação relacionada especificamente ao objeto social, nos termos do art. 28, § 3º, I, da Lei 13.303/2016, para fundamentar a adoção de rito próprio de competição para a contratação de consultores técnicos especializados para o processo de desestatização;

9.2. considerar juridicamente inviável a utilização do instituto de inaplicabilidade de licitação prevista no art. 28, § 3º, II, da Lei 13.303/2016, para fundamentar a contratação de consultores técnicos especializados

9.3. promover a oitiva do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDES) para que, com fundamento no art. 250, inciso V, do Regimento Interno do TCU, se manifeste no prazo de 15 (quinze) dias em relação:

9.3.1.às afrontas principiológicas elencadas na **Error! Reference source not found.**, quais sejam:

9.3.1.1. não há previsão de etapa de chamamento público para que eventuais interessados possam manifestar a intensão de participar no processo competitivo (Resolução 3592/2020, art. 19. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

9.3.1.2. somente poderão enviar propostas os consultores para os quais houver sido remetida a *Request for Proposal* (Resolução 3592/2020, art. 19, §1º. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

9.3.1.3 tratamento diferenciado para empresas que integram o cadastro de fornecedores e empresas convidadas por sua especial qualidade (Resolução 3592/2020, art. 19. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

9.3.1.4. a identificação de potenciais concorrentes identificados no mercado por meios que denotem qualidade é subjetivo e prejudica a impessoalidade (Resolução 3592/2020, art. 19. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522354.

9.3.1.5. a norma possibilita que empresas integrantes do cadastro sejam preteridas do convite ao passo que permite o envio do convite para empresas fora do cadastro (Resolução 3592/2020, art. 19. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

9.3.1.6. não há garantia de que os integrantes do cadastro sejam convidados a participar do processo competitivo (Resolução 3592/2020, art. 20. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

9.3.1.7. a norma não garante a obrigatoriedade de alternância e pluralidade na escolha dos destinatários das *Request for Proposal* (Resolução 3592/2020, art. 20 §1º. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

9.3.1.8 o número e a identidade dos destinatários das *Request for Proposal* serão sigilosos até o término do procedimento (Resolução 3592/2020, art. 20, §4º. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

9.3.1.9 a documentação dos concorrentes e os julgamentos serão sigilosos durante o procedimento de contratação (Resolução 3592/2020, art. 27. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

9.3.1.10 a pontuação técnica dos concorrentes será sigilosa e nenhum outro concorrente poderá conhecer a pontuação atribuída ao outro (Resolução 3592/2020, art. 27, I. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5);

9.3.1.11. a identidade dos participantes será sigilosa durante todo o procedimento de contratação, somente sendo divulgada após a homologação do procedimento competitivo (Resolução 3592/2020, art. 27, III. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5); e

9.3.1.12 os motivos de eventual revogação do procedimento de contratação são sigilosos perante os concorrentes ou qualquer interessado (Resolução 3592/2020, art. 37. Vide itens III.3.2, III.3.3, III.3.4 e III.3.5).

9.3.2. aos riscos listados na **Error! Reference source not found.**, quais sejam:

9.3.2.1. possível direcionamento no processo de contratação (vide item III.3.3);

9.3.2.2. possível superfaturamento na contratação (vide item III.3.3);

9.3.2.3. aumento de ceticismo social em relação à desestatização (vide item III.3.3);

9.3.2.4. impacto na qualidade da desestatização e no seu valor final (vide item III.3.3);

9.3.2.5. aumento do risco de prática de atos arbitrários e com desvio de finalidade (vide item III.3.3);

9.3.2.6. possíveis ações de improbidade administrativa contra os gestores envolvidos no processo (vide item III.3.3);

9.3.3. à nova Resolução aprovada pela Diretoria do Banco, especificamente sobre a eventual mitigação/correção dos riscos e potenciais irregularidades delineadas nos subitens supra;

9.3.4. às consequências práticas de uma eventual determinação, por parte do TCU, sobre ilegalidade da Resolução 3592/2020 do BNDES, com fundamento no art. 14 da Resolução-TCU 315/2020.

10. Ata n° 27/2021 – Plenário.
11. Data da Sessão: 21/7/2021 – Telepresencial.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1744-27/21-P.

13. Especificação do quórum:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522354.

13.1. Ministros presentes: Ana Arraes (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro e Bruno Dantas.
13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.
13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
ANA ARRAES
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 68522354.