



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO À CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
COORDENAÇÃO-GERAL DE MATÉRIA DE CONTROLE E SANÇÃO

PARECER n. 00220/2020/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.104339/2020-46

INTERESSADOS: BNDS BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONOMICO SOCIAL E OUTROS

ASSUNTOS: INOBSERVANCIA DE LEI, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO

EMENTA: 1. Direito Constitucional e Administrativo. 2. Resolução DIR nº 3.592/2020 - BNDES, que prevê a possibilidade de contratação direta pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES - de projetos e estudos de consultoria destinados a instrumentalizar operações de desestatização, tais como projetos de engenharia, estudos mercadológicos, avaliações econômico-financeiras e levantamentos jurídicos. 3. Possibilidade jurídica de utilização do artigo 28, parágrafo 2º, inciso I, da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, para considerar inaplicável a licitação para a intenção manifestada pelo BNDES. 4. Impossibilidade jurídica de utilização do artigo 28, parágrafo 3º, inciso II, em razão de a contratação pretendida pelo BNDES não se configura como uma oportunidade de negócio. 4. É juridicamente possível enquadrar a contratação de consultorias técnicas no artigo 30, inciso II, da Lei das Estatais, de modo a considerar inexigível a licitação. Neste caso, o Regulamento IDR nº 3.592/2020-BNDES somente seria aplicável no que não conflitasse com as disposições da Lei das Estatais aplicáveis à inexigibilidade de licitação. 5. Em qualquer caso, o BNDES deve sempre respeitar os princípios da Administração Pública, como, por exemplo, a impessoalidade, moralidade e probidade, de modo que o estabelecimento de um processo que garanta o mínimo de isonomia é recomendável e pode ser objeto de acompanhamento contínuo pela SFC/CGU. 6. A Resolução e os procedimentos levados a efeito pelo BNDES para garantia de preservação dos princípios constitucionais devem ser objeto de aferição contínua pela Controladoria-Geral da União, também dentro do escopo de apoio ao gestor público. Neste ponto, a CGU pode acompanhar os processos realizados, oferecendo as sugestões devidas e apontando as oportunidades de melhoramento e eventuais falhas.

Senhor Coordenador-Geral de Matéria de Controle e Sanção,

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta, encaminhada pela Secretaria-Executiva da Controladoria-Geral da União, e realizada pela Secretaria Federal de Controle Interno sobre a RESOLUÇÃO DIR Nº 3.592/2020 - BNDES(Sei nº 1520941), que aprovou o Regulamento de Contratações Relativas à Reestruturação de Projetos e Medidas de Desestatização e previu a possibilidade de contratação direta pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES - de projetos e estudos de consultoria destinados a instrumentalizar operações de desestatização, tais como projetos de engenharia, estudos mercadológicos, avaliações econômico-financeiras e levantamentos jurídicos.

2. Compõe a referida Resolução DIR Nº 3.592/2020 - BNDES o Capítulo I, denominado "Posicionamento Institucional", em que estão contidas as diretrizes do banco referentes a projetos e parcerias referentes às medidas de desestatização. Vejamos:

CAPÍTULO I

POSICIONAMENTO INSTITUCIONAL

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 n.º 63/2018 - BNDES, e constituem um dos seus objetivos sociais, conforme art. 10, VI, do seu Estatuto Social e a legislação vigente.

§1o As atividades citadas no "caput" são estratégicas para o posicionamento institucional do BNDES, estão inseridas no seu plano de negócio, integram sua carteira de produtos, constituem fonte de receita e de oportunidade de origemação de negócios, devendo, portanto, serem desenvolvidas de acordo com as melhores práticas de mercado para maximizar a eficiência do BNDES.

§2o As contratações relacionadas a estruturações de projetos e medidas de desestatização são intrínsecas à atividade de estruturação e, portanto, estratégicas para viabilizar com eficiência a atuação do BNDES, sendo o procedimento seletivo constante nesta Resolução o adequado para sua materialização.

§3o Conforme incisos I e II do §3º do art. 28 da Lei nº 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.

§4º O BNDES poderá contratar mediante o arranjo jurídico mais adequado para o projeto e sua própria eficiência, firmando contratos com empresas, entidades ou profissionais, individualmente ou em consórcio, de acordo com as práticas de mercado.

§5º Sempre que compatível com os objetivos do projeto e com os interesses do cliente, as atividades tratadas nesta Resolução deverão ser desenvolvidas com foco na originação de negócios futuros para o BNDES, observadas as políticas institucionais e a governança para as respectivas operações.

§6º Deverão, sempre que possível, ser buscadas experiências no cenário internacional, de forma a atrair as soluções e possibilidades que promovam a melhor contribuição para a reestruturação econômica nacional e modernização da infraestrutura no país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.

3. A Nota Jurídica Conjunta AJ2/JUEP nº 02/2020 e AJ1/DELIC nº 10/2020(Sei nº 1520956), do setor jurídico do BNDES, analisou a minuta da Resolução DIR N° 3.592/2020 - BNDES. Por sua vez, há outras manifestações jurídicas sobre o tema como a Nota Jurídica nº 46/2019(Sei nº 1520964), que também analisou juridicamente o novo modelo de contratações de estudos especializados para as estruturas de projetos promovidas pelo BNDES; a NOTA AJ2/JUEP Nº 23/2020(Sei nº 1520967), que também não vislumbrou óbices jurídicos à proposta; Informação IP AEP/DEP2 nº 05/2020(Sei nº 1520974), que informa sobre as pretensões do BNDES no âmbito das desestatizações e propõe a abertura de um cadastro de consultores pelo Banco.

4. Além disso, consta dos autos o documento denominado "SÍNTESE E CONTEXTO"(Sei nº 1520981) , que traça um panorama geral sobre a pretensão do BNDES em relação à contratação de consultores.

5. Consta, também, a Informação Padronizada 01 GT 187/2019 com informações e com o apanhado da documentação já arrolada no presente relatório, que subsidia a intenção do BNDES.

6. Por sua vez, a Nota Técnica nº 1363/2020/CGLOG/DAE/SFC(Sei nº 1521020), da Secretaria Federal de Controle Interno, da Controladoria-Geral da União, fez um breve apanhado sobre os argumentos trazidos pela referida nota jurídica e seus fundamentos, que serão abordados no corpo deste parecer.

7. Por outro lado, a Nota Técnica nº 1363/2020/ CGLOG/DAE/SFC(Sei nº 1521020) traz o posicionamento da SFC, discordando da tese defendida pelo BNDES. Na manifestação, advoga-se, em síntese, que não seria possível a aplicação do §3º, incisos I e II, do art. 28 da Lei 13.303, de 30 junho de 2016, que, segundo a tese do BNDES, autorizariam o banco a não licitar antes da contratação de empresas de consultoria para a realização de estudos de estruturação de projetos e de medidas de desestatização conduzidos pelo BNDES.

8. Em razão de o tema tratar de aspectos jurídicos, os autos foram encaminhados a esta Consultoria Jurídica para manifestação.

9. É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE A INAPLICABILIDADE DE LICITAÇÃO (OU LICITAÇÃO DISPENSADA), INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO E DISPENSA DE LICITAÇÃO. A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A QUALQUER DESTAS CONTRATAÇÕES.

10. O primeiro ponto a ser esclarecido em relação à presente consulta diz respeito à necessária diferenciação entre a inaplicabilidade de licitação (ou licitação dispensada), inexigibilidade e dispensa de licitação.

11. O artigo 28, parágrafo 3º, da Lei das Estatais criou hipóteses de inaplicabilidade da licitação, casos em que não será aplicável **todo o capítulo** da Lei relacionado às licitações . Portanto, quando for hipótese de aplicação do artigo 28, parágrafo 3º, da Lei das Estatais, não serão exigíveis, principalmente, regras como padronização do objeto da contratação, dos instrumentos convocatórios e das minutas de contratos; busca da maior vantagem competitiva para a estatal; as normas específicas para obras e serviços, aquisição de bens e alienação de bens, além de não serem aplicáveis os procedimentos auxiliares das licitações, dentre outras regras previstas no Capítulo I.

12. A doutrina não é unânime quanto à nomenclatura do instituto; se seria hipótese de "inaplicabilidade de licitação" ou de "licitação dispensada". Por outro lado, a diferenciação doutrinária em relação à nomenclatura não faz mudar a natureza do instituto e sua principal consequência: a inaplicabilidade do Capítulo referente às licitações da Lei nº 13.303, de 13 de junho de 2016.

13. Nesse ponto, Bruno Dantas e Frederico Dias classificam as hipóteses do artigo 28, da Lei das Estatais, como hipótese de licitação dispensada, na qual não há margem de discricionariedade para o

administrador realizar a licitação. Vejamos o teor do posicionamento:

Nesses casos, a contratação direta ocorre mediante a chamada **licitação dispensada**. Vale dizer, **o próprio legislador optou, previamente, por não realizar procedimento licitatório, não deixando espaço de decisão para o administrador no caso concreto**.

Verifica-se que são, basicamente, duas as hipóteses de licitação dispensada.

De acordo com a primeira delas, fica a empresa estatal dispensada de **realizar licitação para comercializar produtos e serviços especificamente relacionados à sua atividade finalística**. Trata-se de regra bastante razoável, eis que não faria sentido a realização de licitação para que uma empresa pudesse contratar atividades relacionadas com seus objetos sociais (por exemplo, a Petrobras licitar a venda de combustível ou a Caixa Econômica Federal licitar a realização de empréstimo).

Aliás, quando ainda não existia regra expressa autorizando a dispensa nessa hipótese, **o Tribunal de Contas da União já havia consolidado seu posicionamento no sentido da possibilidade de as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica prescindirem da utilização de licitação para a contratação de bens e serviços que constituam a sua atividade-fim, quando o procedimento licitatório constituir óbice intransponível à sua atividade negocial**.³⁶

A segunda hipótese de licitação dispensada diz respeito à possibilidade de **escolha do parceiro em oportunidades de negócio** - entendidas como 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.³⁷

De fato, também não seria adequado realizar licitação nesse caso, **se são exatamente as características particulares de determinado agente que fazem surgir o interesse em determinado negócio**.

De qualquer forma, nessa segunda hipótese de licitação dispensada, a lei exige que seja justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.³⁸

(em: Frazão, Ana. Estatuto Jurídico das Estatais: Análise da Lei Nº 13.303/2016 . Edição do Kindle.)

14. Por outro lado, Luiz Eduardo Altenburg de Assis define o instituto como inaplicabilidade de licitação e o faz da seguinte forma:

As hipóteses de dispensa de licitação estão enumeradas em caráter taxativo no artigo 29 da Lei n. 13.303/2016. Cuida-se de situações em que a competição por meio de licitação, embora teoricamente viável, pode ser prejudicial ao interesse público que a Administração visa assegurar com a contratação. Nesses casos, o administrador tem competência discricionária para avaliar motivadamente e em cada caso concreto, se a realização do procedimento licitatório seria adequada ou contraproducente para a realização do interesse público, decidindo sobre a necessidade de contratação direta com base nessa avaliação.

Já a inexigibilidade de licitação, prevista em rol exemplificativo do artigo 30, liga-se à ideia de incompatibilidade lógico-jurídica da licitação relativamente ao resultado que se pretende obter com a formalização do contrato. Como ensina Márcio Cammarosano, "[a] a regra da obrigatoriedade de licitação, que é processo competitivo, só incide quando a competição for viável. Inviável a competição, impõe-se o reconhecimento da impossibilidade da licitação, não incidindo a regra da obrigatoriedade do certame. A competição é inviável quando a contratação pretendida pela Administração Pública, em razão das características do sujeito ou das especificidades do objeto que se pretende contratar, não admitir uma pluralidade de possíveis interessados que possam ser submetidos a critérios de julgamentos objetivos, hipótese em que a contratação direta, por inexigibilidade, é medida que se impõe.

Segue-se a isso que, além da contratação precedida de licitação e das hipóteses de dispensa e inexigibilidade, o próprio artigo 28 da lei n. 13.303/2016 estabeleceu uma terceira modalidade de contratação, normalmente nominada de licitação dispensada ou de inaplicabilidade de licitação, onde não incidiriam as disposições legais pertinentes ao procedimento licitatório e à contratação por dispensa e inexigibilidade. Em tal modalidade, a empresa estatal estaria imune não apenas do dever de licitar, como desobrigada de observar todo o Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016, que disciplina a licitação e os casos de contratação direta. [...] (em: Assis, Luiz Eduardo Altenburg de. Oportunidade de negócios na lei das estatais e empresas privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.95)

15. A diferença entre os institutos da inaplicabilidade e da inexigibilidade é bastante sutil. Contudo, o estudo realizado pelo mesmo autor conseguiu captar essa diferença. Vejamos:

A diferença, segundo Marçal Justen Filho, é que "[n]o caso de inexigibilidade, não se impõe a licitação por ser inviável a competição, Na hipótese de inaplicabilidade, não se cogita de licitação porque não há exigência nesse sentido, em vista de que a situação contratual é dotada de peculiaridades que implicam a ausência de subsunção do caso à hipótese de incidência normativa."

Em princípio, não parece que haja tamanha diferença entre as modalidades de contratação

direta por inaplicabilidade e inexigibilidade de licitação. Pelo contrário, percebe-se uma notória semelhança entre os institutos e tanto é assim que, antes da edição da Lei n. 13.303/2016, o item 2.3. do Decreto n. 2.745/1998 já previa como hipóteses de inexigibilidade de licitação, "a formação de parcerias, consórcios e outras formas associativas de natureza contratual, objetivando o desempenho de atividades compreendidas no objeto social da PETROBRÁS.

Com efeito, a contratação por inexigibilidade, fundada no artigo 30 da Lei n. 13.303/2016, tem lugar em face de uma incompatibilidade lógico-jurídica entre a contratação pretendida e a deflagração de um procedimento competitivo, ou seja, quando a realização da licitação, no caso concreto, não se mostrar adequada para o atingimento da finalidade a que se propõe, que é assegurar a isonomia entre os possíveis licitantes com vistas à obtenção da proposta mais vantajosa. Por conseguinte, a contratação direta por inexigibilidade se impõe quando determinado negócio, por suas peculiaridades, só se realizar mediante contratação direta, sem competição. Nesse sentido, como anota Márcio Cammarosano em matéria de inexigibilidade, "é de se reconhecer também a inviabilidade de competição quando o que a Administração pretenda, não obstante seja do tipo que uma pluralidade de pessoas possa em tese prestar, é algo que necessariamente se apresentará consubstanciando peculiaridades de relevo., singularizantes, consoante o contratado seja A, B, ou C" (CAMMAROSANO, 2016, p. 61).

Já as hipóteses previstas no §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 caracterizam-se, justamente, por essa incompatibilidade lógico-jurídica com a realização de um procedimento licitatório, daí a inviabilidade de licitação, porém não, necessariamente, de competição. É que, nesses casos, eventual licitação para formalização dos contratos causaria prejuízos substanciais à dinâmica empresarial da empresa estatal. Ou seja, a licitação é inviável tanto na hipótese de inaplicabilidade, quanto de inexigibilidade, razão pela qual, em ambos os casos, não há subsunção à hipótese de incidência do dever de licitar, pelo que a distinção, ao que parece, reside numa opção legislativa que distingue inviabilidade de competição (inexigibilidade) e inviabilidade de licitação (inaplicabilidade).

Outra circunstância que por certo justifica essa diferenciação legislativa advém das formalidades marcadamente publicísticas que pautam o procedimento de contratação direta por dispensa e inexigibilidade de licitação. A contratação direta por dispensa e inexigibilidade está mais alinhada com o regime jurídico, ao passo que a contratação por inaplicabilidade do regime de licitações supõe uma lógica empresarial que comporta maior influxo do direito privado. É a partir dessa diferenciação entre o regime de direito público, que seria aplicável às atividades-meio das empresas estatais, e o regime de direito privado, aplicável às atividades-fim. Por essa lógica, os casos de inaplicabilidade não poderiam ser equiparados aos casos de inexigibilidade porque esses se submetem ao regime jurídico de direito público e as formalidades procedimentais a ele inerentes. Cf. NIEBUHR, Joel Menezes. O Regime Jurídico das Oportunidades de Negócios para as Estatais. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães (Orgs.) O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017.

Sobre esse aspecto, observa-se que, ainda que as contratações diretas por inexigibilidade de licitação com fulcro no artigo 30 da lei n. 13.303/2016 devam observar as disposições do Capítulo I do título II do referido diploma, o procedimento que antecede a contratação por inexigibilidade não ostenta tantas formalidades que o tornem incompatível com a flexibilidade empresarial. Em se tratando de empresa estatal, é natural que também o procedimento de contratação por inexigibilidade seja mais simples e flexível do que seria perante a égide da Lei n. 8.666/1993.

Outrossim, embora as contratações diretas por inaplicabilidade de licitação não se submetam às disposições do referido capítulo, devem observar outras disposições de direito público, aó compreendidos os princípios encartados no artigo 37 da Constituição Federal. Mesmo as chamadas atividades-fim - ou seja, aquelas mais diretamente identificadas com o objeto social da empresa e que, portanto, exigem maior flexibilidade - devem documentar o processo de tomada de decisão, até para que assegurar racionalidade e adequada gestão de riscos, pelo que não se encontram totalmente desvinculadas do regime jurídico de direito público, do qual sofrem fortes influxos. É imperativo que as contratações entabuladas sob o pálio do §3º do artigo 28 sejam instruídas com a razão da escolha do contratado e justificativa de preços, tal como exige o §3º do artigo 30 para as contratações por inexigibilidade. Inclusive, é comum que as empresas privadas adotem procedimentos internos para assegurar a preponderância da objetividade em suas contratações de maior vulto, o que não é incompatível com a técnica empresarial.

Em vista dessas constatações, convém registrar a percepção de que ambas as hipóteses de contratação direta - inaplicabilidade e inexigibilidade - foram concebidas para situações onde a implementação do procedimento licitatório causaria maior gravame ao interesse público do que o seu afastamento. A distinção entre as duas modalidades de contratação direta é puramente jurídico-positiva e está em que as contratações por inaplicabilidade de licitação não se submetem às demais disposições do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016. ainda que eventualmente possam comportar outro tipo de procedimento de seleção do parceiro privado, inclusive competitivo. (em: Assis, Luiz Eduardo Altenburg de. Oportunidade de negócios na lei das estatais e empresas privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 98)

consultorias pretendida pelo BNDES, em tese, poderia também ser enquadrada como inexigibilidade de licitação, na forma do artigo 30, inciso II, alínea "c", pois poderia ser considerada uma consultoria técnica.

17. Assim, mesmo que não fosse aplicável o artigo 28, parágrafo 3º, inciso I, da Lei das Estatais, ainda assim, poderia ser o caso de inexigibilidade de licitação, que deve obedecer aos requisitos do artigo 30 da Lei.

18. Nesse ponto, caso o BNDES decida por realizar procedimento de inexigibilidade de licitação (dada a viabilidade jurídica disso), será necessário comprovar a notória especialização do profissional ou empresa contratada, considerando-se como tal *"o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato."*(§1º, do artigo 30). Além disso, obviamente, será vedado o sobrepreço ou superfaturamento (§2º, do artigo 30).

19. Ademais, será necessário instruir processo com as razões para a escolha do fornecedor e com a justificativa do preço a ser contratado.

20. Por outro lado, nos casos de inviabilidade de licitação (licitação dispensada), prevista no artigo 28, parágrafo 3º, da Lei das Estatais, apesar da não aplicação do Capítulo I, do Título II da lei, isso **não quer dizer que está se conferindo liberdade irrestrita ao gestor da estatal para a contratação, devendo ser seguidos, obviamente, os princípios da Administração Pública na atuação estatal e em todas as suas contratações.** Nesse sentido, vejamos os ensinamentos de Marcio Iorio Aranha:

Por mais próximas que possam estar do regime público graças a interpretações quanto à natureza jurídica de suas atividades, as empresas estatais estarão sempre submetidas a efeitos decorrentes da natureza de pessoa de direito privado, infensas, portanto, à existência de processo administrativo em sua atuação. Por outro lado, por mais próximas que possam estar do regime de direito privado em virtude de interpretações referentes à natureza jurídica de suas atividades e de sua personalidade jurídica, as empresas estatais terão sempre um viés público decorrente do componente estatal de seu capital social e da incidência de princípios gerais da Administração Pública.

(em: Frazão, Ana. Estatuto Jurídico das Estatais: Análise da Lei Nº 13.303/2016 . Edição do Kindle.)

21. No mesmo sentido é o ensinamento de Alexandre Santos de Aragão:

"De acordo com Giulio Napolitano, embora no passado tenha prevalecido a tese de que haveria uma diferença marcante entre as disciplinas de direito público e privado quando aplicadas pela Administração, "estudos mais recentes postulam a existência de um estatuto unitário da atividade administrativa, cuja vigência independe da utilização de instrumentos públicos ou privados. A administração, por conseguinte, age sempre 'de acordo com valorações discricionárias' e observa todos os princípios, constitucionais ou não, que permitem perseguir o interesse público e respeitar (ou ter em conta) relações privadas. A primeira perspectiva pode ser atribuída a um bom andamento, à economicidade e à eficiência; a segunda, à imparcialidade e suas atuais decorrências: a transparência, a celeridade, a razoabilidade e a proporcionalidade. A ação administrativa de direito comum, portanto, é submetida ao seu regime especial. Para utilizar uma fórmula generalizada, pode-se dizer que a atividade administrativa em formas privadas e consensuais permanece 'funcionalizada'".⁴⁶

Reversamente, mesmo regidas pelo direito privado, também nas sociedades anônimas de capital aberto em geral não é dado aos seus administradores e acionistas controladores atuar em bases de favorecimentos ou perseguições pessoais, de maneira imoral ou ineficiente, violando o "melhor interesse da companhia" (arts. 116 e 117, Lei das S.A.). Se essa sociedade anônima de capital aberto também for uma sociedade anônima estatal, ela também estaria, com estes atos, violando os princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, estabelecidos pelo art. 37, caput, CF, e dirigidos à Administração Pública como um todo.

Com isso, vemos que esses princípios constitucionais e as exigências procedimentais deles decorrentes não são assim tão antagônicos com as diretrizes que as grandes organizações privadas já devem de per se seguir, tanto por força da legislação aplicável à matéria (sobretudo as Leis 6.404/1976 e 6.385/1976), como por exigências cada vez mais frequentes e intensas do próprio mercado."

(em: Aragão, Alexandre Santos De. Empresas estatais (p. 152). Forense. Edição do Kindle.)

22. Em idêntico sentido é a lição de Luiz Eduardo Altenburg de Assis:

"Sob esse aspecto, cumpre rechaçar qualquer tentativa de relegar a formação das parcerias empresariais público-privadas ao arbítrio do administrador público por critérios desprovidos de qualquer parâmetro de controle. A utilização dos meios de direito privado pela Administração Pública e a submissão das empresas estatais a regime jurídico análogo

ao das empresas privadas, ainda que em ambiente concorrencial, não autoriza o afastamento em bloco do regime jurídico de direito público e de seus princípios.

Destarte, antes mesmo do advento da Constituição de 1988, Carlos Ari Sundfeld já observava que "[a] vontade estatal, em consequência,, não é livre, mas submetida a fins cogentes. No caso em discussão - a instituição de um benefício direto ao particular, que não pode ser disseminado entre todos os interessados aptos -, o ato de escolha deverá estar absolutamente afinado com os princípios da igualdade e da boa administração. Em sentido semelhante, Maria Sylvia Zanella Di Pietro adverte que "se a empresa estatal faz algum tipo de parceria com empresa privada, sem estabelecer qualquer critério objetivo de seleção, ela está infringindo os princípios da legalidade, do interesse público, da impessoalidade, da isonomia e, em consequência, está incidindo em improbidade administrativa."

23. Portanto, seja qual for a forma de contratação a ser realizada pelo BNDES, seja por meio de inaplicabilidade de licitação(cuja viabilidade jurídica será a seguir analisada), seja por meio de inexigibilidade de licitação, a empresa estatal precisará guardar os princípios constitucionais da Administração Pública, principalmente a impessoalidade e a probidade administrativa. No caso, da inexigibilidade, além disso, no que couber, será aplicável o Capítulo I, do Título II, da Lei das Estatais.

24. Ainda nesta manifestação, apresentaremos razões sobre a possibilidade jurídica de utilização de inexigibilidade por parte do BNDES.

2.2. DA INAPLICABILIDADE DA LICITAÇÃO OU DA LICITAÇÃO DISPENSADA.

2.2.1. DA APLICABILIDADE DO ARTIGO 28, PARÁGRAFO 3º, INCISO I , DA LEI Nº 13.303/2016 À CONTRATAÇÃO DE CONSULTORIA PARA ESTRUTURAÇÃO DE PROJETOS E PARCERIAS E MEDIDAS DE DESESTATIZAÇÃO PELO BNDES.

25. Inicialmente, importa destacar que a presente análise irá se debruçar sobre a juridicidade da intenção posta na RESOLUÇÃO DIR Nº 3.592/2020 - BNDES, que aprovou o Regulamento de contratações relativas à estruturação de projetos e de medidas de desestatização. Conforme consignado no relatório da presente manifestação, a Resolução determinou que *"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 n.º 63/2018 - BNDES, e constituem um dos seus objetivos sociais, conforme art. 10, VI, do seu Estatuto Social e a legislação vigente."*

26. Portanto, verifica-se que o regulamento editado pela estatal busca criar um procedimento competitivo específico para a contratação de consultores que deverá se orientar *"pelos princípios da instrumentalidade procedimental, celeridade, impessoalidade, economicidade, e buscará a maximização da eficiência da contratação para o BNDES e cliente, buscando, sempre que possível, empregar procedimentos capazes de cumprir a finalidade desejada com apoio e suporte de ferramentas tecnológicas que incrementem a sua eficiência."* (artigo 4º, da RESOLUÇÃO DIR Nº 3.592/2020 - BNDES).

27. Neste ponto, necessário consignar que não se fará a análise jurídica da Resolução propriamente dita em todos os seus termos, visto que se trata de tarefa que refoge à competência desta Consultoria Jurídica, mas apenas se fará uma análise da juridicidade ou não da aplicação do artigo 28, parágrafo 3º, à intenção do BNDES de realizar a contratação de consultores para estruturação de projetos sem a realização de licitação.

28. Portanto, em razão da pretensão apresentada pelo BNDES é que a Controladoria-Geral da União está se debruçando sobre a questão, notadamente diante do fato de que a empresa estatal entendeu aplicável a disciplina do parágrafo 3º, do artigo 28 da Lei das Estatais, que dispensa das referidas empresas a aplicação dos capítulo da lei que trata da exigência de licitação.

29. Com efeito, a Lei 13.303, de 30 junho de 2016, dispõe sobre 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, vindo a inaugurar um novo regime jurídico das empresas estatais no Brasil, com vistas a que referidas empresas tenham regramentos mais consentâneos com sua realidade, que, muitas vezes, é a de concorrer no mercado.

30. O Capítulo I, do Título II, da norma prevê as regras de licitação para as referidas empresas estatais, bem como os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, que estão regulados no artigo 28 da norma. Para o melhor entendimento, colacionamos a íntegra do artigo 28:

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. [\(Vide Lei nº 1.4002, de 2020\)](#)

§ 1º Aplicam-se às licitações das empresas públicas e das sociedades de economia mista as disposições constantes dos [arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro](#)

de 2006.

§ 2º O convênio ou contrato de patrocínio celebrado com pessoas físicas ou jurídicas de que trata o § 3º do art. 27 observará, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

§ 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.

§ 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.

31. Primeiramente, portanto, é importante ressaltar que o parágrafo 3º exclui a aplicação de todo o Capítulo I, do Título II, da Lei Lei 13.303, de 2016 - que trata de licitações -, não excluindo apenas a aplicação do próprio artigo 28 da norma. De qualquer modo, a interpretação literal do parágrafo 3º, inciso I, do artigo 28 é a de que "as empresas mencionadas no caput" são justamente as empresas estatais.

32. Portanto, sendo "as empresas mencionadas no caput" as empresas estatais, evidencia-se, diante dessa interpretação literal, que serão dispensadas da observância dos dispositivos do Capítulo no caso de comercialização, prestação ou execução, de forma direta de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais. Dessa forma, a referida previsão é a mais óbvia e inerente às estatais que atuam no mercado. Ou seja, nos produtos e serviços oferecidos no mercado, por óbvio, não há razão lógico-jurídica para exigir licitação.

33. O dispositivo do parágrafo 3º, inciso I, do artigo 28 da Lei nº 13.303, de 2016, foi interpretado por Alexandre Santos Aragão:

*"A posição foi pela primeira vez expressamente acolhida pelo Legislador, no Estatuto das Estatais em seu art. 28, § 3º, I, que afastou a aplicação de todo o Capítulo do Estatuto relativo a licitações quando diante da "comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais". No mesmo sentido, o inciso XVIII do art. 29, em aparente redundância com o citado inciso I, considera dispensável a compra e a venda "de bens que (as estatais) produzam ou comercializem", não se referindo, contudo, em mais uma incongruência da Lei no particular, à prestação de serviços. Um problema técnico dos dispositivos é que as hipóteses nele mencionadas são materialmente, como veremos no item 29, de inexigibilidade. **O principal motivo para a inexigibilidade de licitação nesses casos é de índole constitucional, fundado em uma necessidade de ordem prática: para que a estatal possa competir em igualdade de condições, deve-se garantir - institucionalmente - a isonomia entre todas as possíveis concorrentes, públicas ou privadas. Em se tratando de exploração de atividades-fim das empresas estatais que atuam em regime de concorrência, a licitação inviabilizaria na prática a sua atuação no mercado. Imagine-se, por exemplo, se o Banco do Brasil tivesse que licitar quem seriam os seus correntistas.***

[...]

*Pelas palavras de Modesto Carvalhosa, "como questão de organização interna das sociedades de economia mista (sem que, no entanto, haja qualquer exceção ao regime de contrato privado), submetem-se elas, em determinados negócios-meio, ao regime de licitação. [...] Por outro lado, não se aplica o regime de licitação **aos contratos vinculados ao cumprimento do seu objeto social (atividade-fim), sob pena de se violar o princípio geral contido no art. 173, § 1º, da Constituição Federal de 1998**".* (Em: Aragão, Alexandre Santos De. Empresas estatais (p. 194). Forense. Edição do Kindle.)

34. Portanto, trata-se de dispositivo que consagra entendimento que já era consolidado na Administração Pública, em doutrina e jurisprudência. Ou seja, nos produtos e serviços que a estatal comercializar, por razões lógicas inerentes à sua própria atividade, a licitação não é possível.

35. Desse modo, deve-se perquirir, nesse ponto, se os contratos que o BNDES pretende celebrar de acordo com a Resolução DIR Nº 3.592/2020 - BNDES têm essa natureza.

36. Com o intuito de fundamentar sua decisão sobre a aplicabilidade dos incisos I e II do parágrafo 1º, do artigo 28 da Lei nº 13.303/2016, o Departamento Jurídico do BNDES elaborou a Nota Jurídica AJ2/JUDEP n.º 46/2019, de 25 de novembro de 2019. A Secretaria Federal de Controle Interno da CGU, ao analisar referido documento, elaborou a Nota Técnica nº 1363/2020/CGLOG/DAE/SFC(Sei nº 1521020), em que fez um breve apanhado sobre os argumentos trazidos pela referida nota jurídica, nos seguintes termos:

Entretanto, na Nota Jurídica AJ2/JUDEP n.º 46/2019, de 25 de novembro de 2019, a Assessoria Jurídica do BNDES articula, em síntese, os seguintes argumentos, para sustentar a adoção de um regime simplificado de contratações de empresas de consultoria:

- i) Em fls. 25: que o deságio, em torno de 65%, na média, que ocorre quando as contratações de estudos e projetos ocorrem por meio de Pregão Eletrônico, apenas aparentam ser uma vantagem para a Administração, pois tais reduções de preços frequentemente resultam em contratações problemáticas, com altos riscos de inexecuibilidade, retrabalho ou judicialização;
- ii) Em fls. 27: que o BNDES já possui eficiente Programa de Integridade Corporativa e uma Diretoria de *Compliance* que zela pela conformidade no âmbito da instituição; que as contratações por meio de licitações não apresentam ganhos de *compliance* em instituições como o BNDES, eis que outros sistemas mostram-se mais adequados; e que o BNDES, para fins de fiscalização, já está sujeito à atuação de órgãos de controle, tais como o tribunal de Contas da União (TCU) e a Controladoria-Geral da União (CGU);
- iii) Em fls. 28: que as limitações impostas pela jurisprudência do TCU, que restringe a exigência de acervo técnico pregresso do licitante (atestação técnico-operacional) ao máximo de 50% dos quantitativos previstos para a licitação, considerando os itens mais relevantes, representam, para o BNDES, risco à qualidade das contratações, pois obstaculizam exigências de habilitação mais severas, em prol da qualidade;
- iv) Em fls. 32: que, nas licitações do tipo técnica e preço, preconizadas pelo art. 39, inciso III da Lei 13.303/2016, os prazos a serem praticados são inadequados para atuações que demandam agilidade, como a do BNDES, principalmente nos casos em que se façam necessárias adequações no edital publicado, já que todos os prazos devem ser reestabelecidos;
- v) Em fls. 35: que em contratações efetuadas utilizando procedimentos de licitação os riscos de judicialização são altos, haja vista que são ritos administrativos regulados como institutos de direito público e, portanto, mais rígidos (e exemplifica diversas demandas judiciais ocorridas durante procedimentos licitatórios adotados pelo BNDES);
- vi) Em fls. 40: que o regime de contratação por meio de licitações é favorável à participação do que denomina de “aventureiros”, levando muitas empresas conceituadas a se recusarem a participar de tais procedimentos, haja vista seu alegado grau de insegurança;
- vii) Em fls. 45: que os contratos administrativos, resultantes das licitações, são demasiadamente inflexíveis, e ainda que tenham sido flexibilizados pela Lei 13.303/2016, ainda não se mostram suficientemente ágeis para os propósitos do BNDES.
- viii) Em fls. 46 a 51: que o regime público de contratação se mostra inadequado para operações de desestatização, gerando risco de prejuízo econômico na demora das operações; e
- ix) Em fls. 52 a 61: que com o advento da Emenda Constitucional nº 19/1998, que agregou o princípio da eficiência ao rol de princípio reitores da Administração Pública, inscritos no art. 37 da Constituição da República, há necessidade de reinterpretar a aplicação do regime de licitações a algumas atividades e entidades estatais, tal como o BNDES.

37. A mesma Nota Técnica nº 1363/2020/CGLOG/DAE/SFC(Sei nº 1521020) analisou a pretensão específica do BNDES e o tipo de contratação que pretende fazer, inclusive manifestando-se sobre a legalidade dos fundamentos apresentados pelo banco de fomento, que pretende a contratação de serviços de consultoria para estruturas de projetos e de medidas de desestatização.

38. Após elencar os argumentos que foram apresentados na Nota Jurídica AJ2/JUDEP n.º 46/2019, a SFC passou à análise específica do §3º, incisos I e II, art. 28 da Lei 13.303/2016, debruçando-se sobre a aplicabilidade ou não dos procedimentos licitatórios à contratação de empresas de consultoria para estruturação de operações de desestatização e discordando do que defendido na Resolução DIR 3.592/2020. Antes de fazê-lo, contudo, realizou os seguintes comentários introdutórios:

"Antes de adentrarmos na análise específica dos dispositivos sob debate, da Lei n.º 13.303/2016, a fim de sindicarmos sua capacidade de afastar o dever de licitar no caso em exame, impende deixar registrado que os argumentos bem lançados pela Assessoria Jurídica do BNDES, por meio da Nota Jurídica AJ2/JUDEP n.º 46/2019, são respeitáveis e retratam, em grande medida, as dificuldades que os gestores públicos do BNDES, assim como de outras entidades estatais das mais diversas naturezas, enfrentam para realizar a gestão de compras e contratações necessárias ao cumprimento de suas missões institucionais. Tais dificuldades derivam, em grande parte, do fato de que, por se tratar do manejo de recursos públicos, a legislação impõe uma sequência mais rigorosa de atos e formalidades a serem observadas, a fim de que se aumente o grau de garantia de que os princípios consagrados na gestão da coisa pública sejam atendidos, tais como o princípio da economicidade, da impessoalidade, da isonomia e, obviamente, o princípio da legalidade. A compatibilização dos princípios tradicionais de direito com o inovador princípio da eficiência tem sido, de fato, um desafio aos gestores públicos. As dificuldades, que são frequentemente relatadas por instituições tais como hospitais públicos, universidades e institutos de pesquisa, também são sentidas pelas empresas estatais, que precisam, muitas vezes, superar entraves em ambiente competitivo.

Todavia, não é possível olvidar que as empresas estatais, ao contrário de outros entes públicos, que continuam vinculados à Lei 8666/93, tiveram sua situação consideravelmente melhorada com a edição da Lei 13.303/2016, que representa um avanço no sentido da

flexibilização das ações de gestão das empresas, eis que se criaram, na referida lei, diversos dispositivos que têm por objetivo dar agilidade à gestão. Exemplo são a possibilidade de redigir, nos limites da lei, regulamentos próprios de compras, a ampliação dos limites financeiros de dispensa de licitação, a possibilidade de uso de modalidades mais ágeis de licitação, a inversão de fases nas licitações, a menor rigidez contratual, e a dispensa de licitação para venda ou prestação de produtos ou serviços diretamente produzidos ou prestados pelas empresas.

Não é possível, contudo, declarar administrativamente a dispensa do dever constitucional de licitar nas hipóteses em que a Lei exige licitação.

Precisamos aqui lembrar que a Lei n.º 13.303/2016 decorre de um mandamento constitucional vigente desde 1988 (§1º, art. 173 da Constituição), ou seja, uma diretriz que levou 32 anos para ser concretizada e, portanto, agora precisa ser devidamente praticada e atendida.

Também é necessário registrar que a Lei n.º 13.303/2016 resultou da tramitação do PL 555/2015 no Senado Federal e, posteriormente, do redenominado PL 4.918/2016, na Câmara do Deputados, sendo, portanto, uma norma que foi submetida ao processo legislativo previsto na Constituição, tendo sido, naquela instância, devidamente debatido, contando, inclusive, com mais de 20 emendas analisadas, até ser aprovada e sancionada.

Importa ainda destacar que a Lei 13.303/2016, publicada em 1º.07.2016, previu um período de adaptação de 24 meses, exatamente para que se criassem suas condições de aplicabilidade, conforme segue:

Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei.

Desta forma, temos que, neste momento, não nos parece possível e razoável – após todas as oportunidades de discussão do tema “licitações em estatais”, cuja previsão constitucional remonta de 1988, e após todos os debates havidos no Congresso Nacional, que resultaram na edição da Lei 13.303/2016 tal como se encontra – que se criem métodos ou formas de contratação por meio de normas administrativas internas, rediscutindo princípios constitucionais já considerados no trâmite legislativo, e de forma a contrariar disposições objetivas da Lei. Eventuais alterações legislativas, que sempre são possíveis e muitas vezes necessárias, precisam ser submetidas ao crivo do parlamento, utilizando os meios que a Constituição põe à disposição para tanto.

Diante do exposto, segue nossa análise acerca das disposições legais que o BNDES entende serem adequadas a dar amparo para dispensar licitações na contratação de empresas de consultoria."

39. Em seguida, a SFC defendeu especificamente suas teses acerca de cada dispositivo da Lei das Estatais, advogando pela impossibilidade de utilização da tese defendida pelo BNDES. Primeiramente, a SFC rebate a possibilidade de utilização do artigo 28, parágrafo 3º, inciso I, como fundamento para a tentativa do BNDES, e o faz da seguinte maneira:

"A disposição analisada possui a seguinte redação:

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.

...

§ 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; (grifamos)

Como se pode verificar, o inciso I supra descrito estabelece duas condições para que a licitação seja dispensada:

1ª Condição: que o produto, serviço ou obra que figure como objeto de comercialização, prestação ou execução esteja relacionado ao seu objeto social;

2ª Condição: que tais produtos, serviços ou obras sejam comercializados, prestados ou executados de forma direta pela empresa estatal. Ou seja, há a necessidade de uma execução material direta, que não comporta repasse a terceiros.

No entanto, a função do BNDES nas operações de desestatização pode ser descrita da seguinte forma: o ente desestatizante (União, Estados, Distrito Federal ou Município), diretamente ou por seus órgãos e entidades, contrata o BNDES a fim de que este promova a elaboração dos estudos e projetos necessários à estruturação da operação de desestatização.

Para desincumbir-se de tal encargo, o BNDES não elabora, diretamente, tais estudos e projetos. Sua função é realizar a contratação de terceiros, financiar as referidas contratações e, eventualmente, avaliar a qualidade dos produtos oriundos das referidas contratações. Logo, verificamos que o primeiro dos requisitos de aplicabilidade do inciso I, § 3º, art. 28 da Lei 13.303/2016, que é a comercialização ou prestação direta dos serviços, encontra-se ausente do caso

aqui analisado.

O art. 3º do Estatuto[1] do BNDES bem define sua função de fomento e apoio, e não de execução, prestação serviço ou comercialização de estudos ou projetos:

Art. 3º O BNDES é o principal instrumento de execução da política de investimento do Governo Federal e tem por objetivo primordial **apoiar** programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País. (grifamos)

Conforme já referimos, uma das condições para que a licitação seja dispensada, é que os produtos ou serviços prestados figurem dentre os objetos sociais das empresas, em seus estatutos. No § 3º do art. 2º da Resolução 3.592/2020, o BNDES indica o inciso VI do art. 10 de seu Estatuto como a sendo a atividade (objeto social) que daria suporte à contratação direta, sem licitação.

Vejamos o que diz o Estatuto, na disposição indicada:

Art. 10. O BNDES poderá também:

...

VI - contratar estudos técnicos e prestar apoio técnico e financeiro, inclusive não reembolsável, para a estruturação de projetos que promovam o desenvolvimento econômico e social do País;(grifamos)

Como se pode notar, entretanto, o BNDES não é uma agência executora de projetos e estudos. O BNDES não possui, como finalidade social, descrita estatutariamente, a elaboração e comercialização de estudos ou projetos de engenharia, ambientais, financeiros ou jurídicos. Sua atribuição é a de financiar e prestar apoio à estruturação das operações, ou seja, contratar terceiros (geralmente empresas de consultoria) para que elaborem os projetos e estudos que servirão de suporte para a futura elaboração dos editais, termos de referência e minutas de contratos que culminaram na efetivação das operações de desestatização.

A própria Nota Jurídica AJ2/JUDEP n.º 46/2019, em fls. 18, esclarece que a função do BNDES nas operações de desestatização é a de estruturação de projetos, ou seja, ao BNDES cabe contratar serviços de terceiros e, após, “coordená-los e integrá-los”. Vejamos:

No desempenho deste papel de estruturador de projetos, uma das atividades intrínsecas é a contratação de estudos especializados, para coordená-los e integrá-los, de forma a conduzir a desestatização a seu resultado ótimo. (grifamos)

Cediço, portanto, que o BNDES não elabora nem comercializa estudos e projetos, mas sim contrata, coordena e integra esforços para estruturar e viabilizar operações de estruturação de negócios.

Caso o BNDES tivesse, dentre suas finalidades, a de atuar diretamente no mercado, elaborando projetos e estudos de consultoria em regime de competição com outras empresas privadas, não faria sentido exigir que a venda desses produtos se submetesse ao dever de licitar, pois seria necessário garantir ao banco de fomento as mesmas condições de comercialização de seus competidores privados. Mas não é isso que ocorre, pois o BNDES é, em síntese, um intermediário altamente qualificado, que se utiliza de sua capacidade de financiamento e *expertise* de gestão de projetos para contratar os referidos produtos junto ao mercado, sob demanda de entes estatais.

Para que o instituto da dispensa de licitar se faça presente, o objeto fornecido deve ser diretamente prestado pela empresa, em regime de competição privada, não bastando uma mera relação indireta com suas atividades estatutárias. Nesse sentido já se pronunciou o TCU por meio do Acórdão nº 120/2018 – Plenário:

39.2. Ainda acerca do inciso I do § 3º supratranscrito, entende-se que a melhor interpretação aplicável seja a de restringir seu trecho in fine, visto que a palavra ‘relacionados’ possui um alto grau de indefinição. Uma vez que a licitação é a praxe nos contratos com terceiros (conforme estipulado no caput do art. 28 da Lei 13.303/2016), conclui-se que apenas os produtos, serviços ou obras relacionados de forma direta com os objetos sociais das empresas públicas e sociedades de economia mista devem ser dispensados do dever de licitar, além, é claro, das hipóteses previstas no art. 29 dessa lei.

Cabe aqui trazer também a análise realizada pelo corpo técnico do TCU no âmbito do Acórdão 2.033/2017 – Plenário, em que se analisa o caso dos serviços prestados pela Telebrás:

22. Assim sendo, ao prover infraestrutura e redes de suporte para o mercado, independentemente do porte da empresa adquirente, a Telebrás está exercitando a competência prevista no art. 4º, III, do Decreto nº 7.175/2010, acima transcrito. Por via de consequência, a mencionada entidade está prestando um serviço relacionado com seu objeto social, o que implica dizer que ela está dispensada de realizar licitação, consoante o disposto no inciso I do § 3º do art. 28 da Lei nº 13.303/2016, anteriormente citado.

23. Cumpre destacar que, ao prover a infraestrutura de telecomunicação, a Telebrás atua diretamente no seu domínio econômico próprio, conforme preceitua o art. 173 da Constituição Federal de 1988, exercendo atividades finalísticas que lhe cabem por força de seu estatuto. Nesse sentido, o procedimento de chamamento público sob comento não configura um procedimento licitatório. Na verdade, trata de um mecanismo elaborado pela empresa com o fito de, em atenção aos princípios que regem a atuação da Administração Pública, conferir lisura e transparência ao processo, não se vinculando à Lei Geral de Licitações nem a qualquer outro diploma semelhante

Parece-nos que a posição da Corte de Contas é clara no sentido de fixar que, para que haja dispensa de licitação, o objeto deve ser diretamente prestado pelo ente estatal, e que a

mera relação da atividade a ser contratada com os objetivos sociais da empresa, conforme o Acórdão 120/2018, não serve de base para sustentar a dispensa, pois se o simples vínculo relacional fosse entendido como incluso na hipótese analisada, uma estatal que vende (distribui) energia (e está dispensada de licitar o objeto que vende), também poderia dispensar a licitação para, por exemplo, os serviços de oficina de sua frota de veículos de manutenção de rede, pois o uso de tais veículos está, de certa forma - há que se admitir -, "relacionado" com seu objetivo social de distribuir energia. Não é essa, contudo, a interpretação do TCU, segundo o qual o objeto dispensado deve ser diretamente prestado pela empresa, não sendo possível alargar o sentido da lei neste aspecto, até mesmo porque o dever de licitar é, como já afirmamos, regra geral de porte constitucional e, como tal, sua aplicação deve ser prestigiada quando da interpretação das disposições legais.

Cabe aqui também analisar o que dispõe diretamente a Lei 9.491/97 (Lei do PND), sobre a atuação do BNDES nas operações em que atua, sob demanda da União, como Gestor do Fundo Nacional de Desestatização. Vejamos algumas das disposições da referida lei:

*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.***

Notemos que o inciso IV acima transcrito está em plena consonância com o inciso VI, art. 10 do Estatuto de BNDES, que é utilizado na Resolução DIR 3.592/2020 como argumento para permitir dispensa de licitação, sob a alegação de ser atividade prevista no objeto social da empresa, o que permitiria o enquadramento no inciso I, § 3º, art. 28 da Lei 13.303/2016 .

Contudo, o parágrafo único do art. 18 da Lei 9.491/97 é taxativo sobre a necessidade de licitação, o que pode levar, em análise apressada, à conclusão de que estaríamos diante de uma antinomia entre a Lei do PND e a Lei 13.303/2016.

A antinomia é, contudo, apenas aparente, pois a Lei 13.303/2016 (Lei Geral de Responsabilidade das Estatais) é uma lei geral, enquanto que a Lei 9.491/97 é lei específica que disciplina as operações de desestatização no país. Em assim sendo, a relação hermenêutica entre as duas deve atender ao critério da especialidade, segundo o qual lei geral posterior não revoga lei especial (*lex posterior generalis no derogat specialis*).

A preponderância da aplicação de norma especial sobre a geral, em homenagem ao critério da especialidade, já foi tema de decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), como é o caso da que vai abaixo colacionada, em que se admitiu, ao tratar sobre a aplicação de juros de mora, a prevalência de disposição da Lei 9.494/97 sobre o Código Civil:

*"Agravo regimental no recurso especial. Juros de mora. Início do processo após a vigência da MP nº 2.180- 35/2001. Incidência. 1. Com a edição da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, a qual acrescentou o art. 1º-F à Lei nº 9.494/97, nos casos em que sucumbente a Fazenda Pública, a fixação dos juros de mora é cabível no percentual de 6% ao ano, se proposta a ação após a vigência da referida MP. 2. **Deve ser afastada a aplicação do art. 406 do Novo Código Civil, em razão da especialidade da regra do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, que, especificamente, regula a incidência dos juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias, aí incluídos benefícios previdenciários.** 3. Agravo regimental desprovido."(STJ) - 5ª T., AgRg no Ag 677.204/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julg. em 04.08.2005)*

Ou seja, nas operações de desestatização também preponderam as disposições específicas da Lei que rege o PND sobre a Lei Geral das Estatais.

Ademais, ainda que o assunto não fosse tratado em norma especial, o fato de haver previsão estatutária, no BNDES, para a contratação de serviços de consultoria não se constitui em condição suficiente para a dispensa de licitação, pois a Lei 13.303/2016, como já abordamos, exige uma segunda condição: a de que o objeto seja realizado de **forma direta** - o que não ocorre no caso analisado.

Logo, independentemente da atividade aqui debatida - objeto de regulamentação pela Resolução DIR 3.592/2020: contratação de consultorias - estar ou não prevista ou relacionada ao objeto social do BNDES, ainda assim a licitação seria exigível, pois há lei específica que assim determina, e tal lei especial não foi alterada por qualquer outra lei especial posterior.

O princípio da eficiência, de *per si*, ao contrário do que alega o BNDES no item 3.2.4 de sua Nota Jurídica AJ2/JUDEP nº 46/2019, não possui o condão de afastar a aplicação do parágrafo único, art. 18 da Lei 9.491/97, pois tal princípio deve ser devidamente sopesado com os seus pares, constantes do art. 37 da Constituição da República, dentre eles o imperativo da legalidade.

Não é possível afastar a regra geral estabelecida na Constituição, que é a de licitar, ainda mais quando expressamente estabelecida em lei especial atinente a determinada matéria - no caso, as desestatizações - sob o argumento eminentemente filosófico de que o princípio

da eficiência, uma vez acrescido pela Emenda Constitucional 19/1998, teria a força de revogar disposições legais válidas, constituídas mediante processo legislativo regular na vigência da atual Carta Magna.

A reinterpretção da prática administrativa após a entrada em cena do princípio da eficiência deve ocorrer no sentido de racionalizar e aperfeiçoar procedimentos, é certo. E foi, inclusive, neste sentido que a Lei 13.303/2016 foi produzida, incluindo procedimentos mais expeditos e flexíveis de contratação. Todavia, não é possível, sob pena de se transfigurar o sentido principiológico do art. 37 da CF, simplesmente considerar que determinadas leis, total ou parcialmente, passam a não mais ter eficácia, conforme tal interpretação venha a se amoldar mais ou menos a tal ou qual interesse procedimental.

Logo, parece-nos que ao BNDES continua aplicável o *caput* do art. 28 da Lei 13.303/2020, onde se estabelece que "*os **contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista... serão precedidos de licitação nos termos desta Lei...***", não havendo que se falar na hipótese de inaplicabilidade prevista no inciso I."

40. Verifica-se, portanto, que a SFC adota uma interpretação literal da lei ao conceber que apenas os serviços e bens diretamente prestados pela estatal estariam dispensados de licitação. Por outro lado, seria possível uma interpretação no sentido de que atividades acessórias e necessárias para a atuação da estatal no mercado, ou seja, atividades que auxiliem diretamente em sua atividade-fim seriam também dispensadas de licitação, na forma do artigo 28, §3º, inciso I? Ou mesmo seria possível adotar-se o conceito funcional defendido por parte da doutrina que entende que determinada atividade poderia ser considerada como atividade-fim, caso a licitação para a aquisição pudesse causar prejuízos ou riscos à atividade desempenhada pela estatal ou que fosse considerada atividade-fim qualquer atividade essencial para a estatal concorrer adequadamente no mercado?

41. Entendemos que tal interpretação é possível, visto que já é entendimento histórico do Tribunal de Contas da União a possibilidade de não realização de licitação para atividades inerentes às atividades finalísticas da estatal, ou seja, para atividades que estejam diretamente ligadas à sua atividade-fim. Vejamos o entendimento de Alexandre Santos de Aragão:

"Note-se que o Estatuto das Estatais nos dispositivos acima citados não exclui a licitação nas operações da atividade-fim apenas para as empresas estatais que atuem em concorrência no mercado, mas para todas elas, inclusive para as que prestam serviço público em regime de exclusividade. **Nessa questão, apesar dos problemas formais e conceituais mencionados acima, andou bem o legislador, já que a natureza econômica da atividade, independentemente de se concorrencial ou não, de toda maneira recomenda maior agilidade no seu desempenho, inclusive para a satisfação dos usuários dos serviços públicos por ela explorados.** Nessa perspectiva mais ampla Dinorá Adelaide Musetti Grotti já aduzia que submeter as empresas estatais, em todas as suas atividades, à exigência de licitação, "representaria a inviabilização do desempenho das atividades específicas para as quais a entidade foi instituída", isto é, **"aquelas pertinentes à atividade de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços que constitui a finalidade da existência da sociedade"**.¹⁵⁶ Essas preocupações que pairam mesmo sobre esta ou aquela legislação infraconstitucional, foram levadas em consideração até pelo geralmente restritivo **Tribunal de Contas da União, reconhecendo haver, nesse aspecto, incompatibilidade entre as licitações e a atuação das estatais em mercados concorrenciais.**

Esse Tribunal também pauta sua jurisprudência na distinção entre atividade-fim e atividade-meio, afirmando que a solução para o conflito entre a previsão constante do art. 37, XXI, e aquela extraível do art. 173, § 1º, ambos da Carta Maior, seria **"aplicar o dever de licitar às atividades-meio, enquanto as atividades-fim que correspondem a atos negociais serão regidas pelo direito comercial"**.¹⁵⁷

Há inúmeros julgados do TCU nesse sentido,¹⁵⁸ podendo citar o Acórdão 624/2003, que, em julgamento das **contratações de seguros efetuadas pelo Banco do Brasil**, considerou ter sido **"demonstrado que a contratação dos seguros ora tratados consubstancia-se em atividade eminentemente financeira, coincidindo com a atividade-fim do Banco do Brasil, tornando, portanto, não obrigatória a realização de procedimento licitatório sob a regência da Lei 8.666/1993 nessas contratações"**.

O que não devemos perder de foco, todavia, é que a razão constitucional da não realização de licitação nesses casos **não é simplesmente porque se trata de atividade-fim da estatal, mas, sim, porque a licitação nessa determinada atividade-fim pode atrapalhar a sua atuação eficiente no mercado.** Dessa forma, para além da literalidade do inciso I do § 3º do art. 28 do Estatuto das Estatais, sempre que a licitação constituir estorvo à sua atuação, ela será mesmo inexigível, seja em uma atividade-fim ou atividade-meio.

Posição plausível seria admitir a diferenciação entre atividades-fim e atividades-meio para efeito de obrigatoriedade ou não de licitação, ainda mais após a edição do inciso I do § 3º do art. 28 do Estatuto das Estatais, mas apenas como **conceitos funcionais: de atividade-fim seria todo contrato cuja licitação prejudicaria a atuação econômica da empresa, e de atividade-meio seria o contrato que, se licitado, não prejudicaria o desenvolvimento da sua atividade empresarial.**

Apesar de adotar a dicotomia, **o TCU no Acórdão 121/1998 aceitou essa mesma visão**

funcional do conceito, considerando atividades-fim aquelas “decorrentes de procedimentos usuais do mercado em que atua e indispensáveis ao desenvolvimento de sua atividade normal”. Ou seja, **atividade-fim para esse propósito serão basicamente as atividades que forem essenciais para a estatal poder concorrer adequadamente no mercado.**

Nesse julgado, o TCU entendeu que a atividade de **transporte de combustíveis seria relacionada às atividades-fim da empresa estatal por serem intrinsecamente relacionadas com as suas atividades comerciais, de maneira que “a adoção de procedimento licitatório seria inconveniente com a normalidade de suas atuações na atividade econômica, isto é, não seria exequível em relação aos seus rotineiros procedimentos para operar o cumprimento das atividades negociais em vista da qual foram criadas.** As delongas da licitação inibiriam seu desempenho expedito e muitas vezes obstariam a obtenção do negócio mais vantajoso. Dela não haveria cogitar em tais casos”.

Note-se que, tratando-se, no caso, da BR Distribuidora, uma interpretação estrita de sua atividade-fim nos levaria a subsumir ao conceito apenas a compra e venda de combustíveis em si, não a mera logística, aí incluída a de transportes, a ela necessária.

A distinção entre atividades-meio e atividades-fim não deve ser feita aprioristicamente, dependendo, em cada caso concreto, da importância dos contratos à implementação do objeto social da estatal competitiva.¹⁵⁹

(em: Aragão, Alexandre Santos De. Empresas estatais (pp. 195-197). Forense. Edição do Kindle.)

42. Portanto, segundo referida doutrina, o Tribunal de Contas da União já adotou em sua jurisprudência o **conceito funcional** de atividade-fim das empresas estatais, sendo considerada como tais as atividades que forem **essenciais para a estatal concorrer adequadamente no mercado, de acordo com o caso concreto.**

43. Além disso, mesmo que não se adotasse o critério funcional, temos que uma das atividades-fim do BNDES é justamente ser **órgão Gestor do Fundo Nacional de Desestatização**, por força dos artigos 17 e 18 da Lei nº 9.491 de 9 de setembro de 1997. Com efeito, se a lei que regula o Programa Nacional de Desestatização estipula que o BNDES seja o Gestor do Fundo Nacional de Desestatização, estabelecendo as necessárias competências para o mister.

44. Além disso, o BNDES também tem a competência, estabelecida pela Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, que cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI, de constituir, administrar, gerir e representar judicial e extrajudicialmente o Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias - FAEP - fundo que tem *“por finalidade a prestação onerosa, por meio de contrato, de serviços técnicos profissionais especializados para a estruturação de parcerias de investimentos e de medidas de desestatização.”* (art. 14, caput, e parágrafo 4º). Ainda sobre este ponto, o artigo 16 da mesma lei estabelece que *“Para a execução dos serviços técnicos para os quais houver sido contratado, o FAEP poderá contratar, na forma da legislação, o suporte técnico de pessoas naturais ou jurídicas especializadas, cabendo aos agentes públicos gestores do Fundo, com o apoio da SPPI, a coordenação geral dos trabalhos e a articulação com os demais órgãos e entidades envolvidos.”.*

45. **Como consequência disso, obviamente, tais atividades podem ser consideradas como inerentes à sua atividade-fim.**

46. O entendimento de Luiz Eduardo Altemburg de Assis é no sentido de que, nos casos em que os bens ou serviços tenham **relação direta e imediata com a atividade-fim da estatal**, é possível que a licitação seja dispensada com base no artigo 28, §3º, inciso I. Vejamos:

O inciso I do §3º do artigo 28 da lei n. 13.303/2016 alude à inaplicabilidade do regime geral de licitação, dispensa e inexigibilidade retratado no Capítulo I do Título II do referido diploma para a contratação da empresa estatal por terceiros para o fornecimento direto dos bens ou serviços especificamente relacionados ao seu objeto social. O dispositivo, ao referir-se a bens e serviços “especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais”, estabelece uma limitação ao objeto dessas contratações, que devem corresponder aos bens e serviços que caracterizam a própria atividade econômica explorada pela empresa estatal, tal como definida em lei autorizativa, **e não qualquer outro bem ou serviço que eventualmente não tenham relação direta e imediata com sua finalidade institucional.**

Aplica-se o inciso I do §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 para afastar o regime de contratações das estatais quando a empresa estatal figura como contratada no exercício de sua atividade empresarial propriamente dita para terceiro destinatário do bem ou serviço. Nesses casos, em vista das especificidades da atividade empresarial, o ordenamento jurídico antevê uma incompatibilidade lógica da licitação e dos procedimentos que antecedem a contratação por dispensa e inexigibilidade, que não seriam instrumentos adequados para atingir a própria finalidade a que se propõem, que é a obtenção de contratação mais vantajosa para a Administração como meio necessário à persecução do interesse público.

[...]

A adoção do critério da atividade-fim, como elemento identificador de hipóteses de inexigibilidade de licitação em empresas estatais, remonta ao julgamento do Acórdão n.

121/1998, quando o Plenário da Corte de Contas considerou "**viável a contratação direta de bens, serviços e produtos atinentes à atividade-fim da BR, ou seja, aqueles decorrentes de procedimento usuais do mercado em que atua e indispensáveis ao desenvolvimento de suas atividade normal, dentre eles, o transporte dos produtos por ela distribuído.** Na ocasião, prevaleceu a compreensão de que a atividade de transporte de combustíveis integrava a atividade-fim da BR Distribuidora, que é a distribuição de derivados de petróleo em todo território nacional, pelo que seria inviável, à luz da submissão das estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas, sobretudo em ambiente concorrencial, exigir-se a realização de procedimento licitatório para a contratação dessa atividade.

O critério da atividade-fim foi sendo ampliado e passou a contemplar não apenas os contratos que tinham por objeto a própria atividade principal da empresa estatal, como também atividades secundárias de caráter empresarial, além de contratos de fornecimento de bens e prestação de serviços essenciais para o desenvolvimento da atividade-fim, igualmente incompatíveis com o procedimento licitatório, mas que não se confundiam com a atividade-fim propriamente dita. A fluidez do parâmetro deu ensejo a contratações notoriamente desvinculadas da *ratio decidendi* do precedente que, num primeiro momento, norteou essa hipótese de inexigibilidade de licitação, qual seja, a incompatibilidade do procedimento licitatório com determinadas práticas comerciais necessárias à continuidade da atividade empresarial da empresa estatal.

Quando se fez necessário revisar o critério da atividade-fim, o próprio Tribunal de Contas da União concebeu outros requisitos para a contratação direta de bem ou serviço relacionado à atividade-fim da empresa estatal por inexigibilidade de licitação, na linha do restou assentado no Acórdão n 1.663/2005:

18.2.8. Como visto, a inexigibilidade/dispensa de licitação para as aquisições relacionadas à atividade-fim das empresas estatais exploradoras de atividade econômica deve satisfazer cumulativamente os seguintes pressupostos, que tomamos a liberdade de sintetizar das decisões do TCU relacionadas, a saber:

- a) devem estar diretamente relacionadas ao exercício da atividade finalística da empresa, configurando-se como insumo adquirido ou produto vendido, **necessárias à regularidade da produção industrial ou comercial ou ao cumprimento das atividades negociais em vista da qual foram criadas.** No caso específico da PETROBRAS, que integrem a atividade de exploração de petróleo lato sensu;
- b) estariam vedadas às necessidades pertencentes à atividade-meio;
- c) quando a agilidade se constituir fator essencial para o desempenho e adequação perante a concorrência do segmento de mercado em que se inserir;
- d) quando **a licitação, comprovadamente, se demonstrasse desvantajosa à empresa ou acarretasse prejuízos.**

18.2.9. Ademais, de acordo com o entendimento do Tribunal, a abrangência de tais aquisições, ainda que diretamente relacionadas às atividades-fim das empresas estatais exploradoras de atividade econômica e que atendam aos pressupostos arrolados, deve sempre ser examinada restritivamente, quando houver necessidade de soluções não contempladas na Lei nº 8.666/93, cuja adoção permanece preferencial e obrigatória à empresa, até que seja editada a lei específica de que trata o art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Da essência desses requisitos também contemplados em outros julgados da Corte de Contas, extrai-se que o critério da atividade-fim não pode ser empregado indistintamente, sem atenção à peculiaridades do caso concreto. **A contratação direta por inexigibilidade de licitação nessas atividades relacionadas à atividade-fim é excepcional e só deve ser admitido quando o procedimento licitatório constituir um óbice intransponível à atividade negocial da empresa devidamente justificado em processo administrativo.** Esse critério do óbice intransponível, entretanto, não distinguia entre os bens e serviços prestados pela empresa estatal a terceiros no exercício de sua atividade empresarial e **o bens e serviços prestados à própria estatal por terceiros para a execução da sua atividade empresarial, submetendo ambas as hipóteses notoriamente distintas ao regime jurídico da inexigibilidade de licitação do artigo 25 da Lei n.8.666/1993.**

Com o advento da Lei 13.303/2016, as contratações que tinham por objeto, especificamente, as atividades desenvolvidas pela empresa estatal no bojo de sua finalidade institucional ganharam tratamento jurídico próprio no inciso I do §3 do artigo 28 do referido diploma. Essas contratações, como dito, não se submetem a nenhuma das disposições do Capítulo I do Título II da Lei n. 13.303/2016, pertinente às licitações nas empresas estatais e aos procedimentos de contratação direta por dispensa e inexigibilidade de licitação.

Destarte, não se enquadram no inciso I do §3º do artigo 28 os contratos que envolvam o fornecimento de bens ou serviços por terceiros à empresa estatal, ainda que relacionados à consecução de sua atividade empresarial, como, por exemplo, o fornecimento de insumos ou a prestação de serviços de transporte e distribuição dos bens produzidos pela estatal. A própria redação do dispositivo não dá margem a outra interpretação, quando se refere à comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, ou seja, pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, dos bens ou serviços especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais, e não qualquer

outro bem ou serviço pertinente à sua atividade empresarial.

Ocorre que, a par dos bens e serviços produzidos pela empresa estatal especificamente relacionados ao seu objeto social, subsiste uma plêiade de contratações relacionadas às chamadas atividades-fim e também às atividades-meio da empresa estatal igualmente relevantes na persecução da sua finalidade institucional. Por razões de eficiência na persecução do interesse público, esses contratos, que também são formalizados sob um perspectiva empresarial, tampouco se compatibilizam com a rigidez procedimental da licitação pública. De igual modo, nesses casos, a eventual imposição de um procedimento licitatório traria prejuízos insuperáveis ao interesse público que legitima a atuação empresarial do Estado, o que também justifica o seu afastamento. Leia-se, a propósito, as considerações de Marçal Justen Filho:

"Um dos pontos fundamentais da organização empresarial, indispensável à obtenção do sucesso econômico, reside na autonomia para organização dos fatores de produção. Essa autonomia pode exigir, em alguns casos, a adoção de práticas informais para a seleção da melhor alternativa. Na maior parte dos casos, isso ocorre com as atividades-fim, mas isso não pode ser estabelecido como regra absoluta. Pode haver atividades-fim que comportam contratação mediante prévia licitação, tanto como pode existir atividade-meio que exija solução imediata e destituída de formalidade.

A ausência de licitação derivará, então, da impossibilidade de obter sucesso na atividade empresarial se for aplicada a licitação, eis que isso eliminará margens de autonomia indispensáveis e inerentes à atuação no mercado."

Não seria razoável considerar que, a partir da edição da Lei n. 13.303/2016, a empresa estatal tivesse de realizar licitação para adquirir determinados bens e serviço imprescindíveis à continuidade de sua operação. Certamente que não foi essa a intenção do legislador, mesmo porque um interpretação dessa natureza traria prejuízos insuperáveis à exploração de atividade econômica em ambiente concorrencial, estando, inclusive, em descompasso com a lógica eficientista que permeia a Lei n. 13.303/2016. **Para essas contratações relevantes que não se confundem com o objeto social da empresa, é necessário abandonar a distinção entre atividades-fim e atividades-meio em prol de outro critério menos fluído e mais alinhado com a própria finalidade que norteou a adoção dessa dicotomia, qual seja, o critério do óbice intransponível para com a atividade empresarial estatal, já referendado pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União.**

Bem assim, nos casos não enquadrados no **§ 3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016, em que se anteveja a possibilidade real de que a realização da licitação para contratar bem ou serviço de terceiro venha a causar prejuízos substanciais à atividade negocial da empresa estatal, resta caracterizada a inviabilidade lógico-jurídica de competição. Em tal hipótese, o princípio da eficiência recomenda a contratação direta por inexigibilidade de licitação, com fundamento no artigo 30 da Lei n. 13.303/2016, como meio adequado para resguardar o interesse público subjacente à atividade empresarial do Estado.** (em: Assis, Luiz Eduardo Altenburg de. Oportunidade de negócios na lei das estatais e empresas privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 102)

47. Portanto, no caso dos autos, sendo o serviço de consultoria a ser contratado pelo BNDES ligado diretamente à atividade-fim do banco, ligação essa representada pela gestão do Fundo Nacional de Desestatização, bem como tendo-se em conta a manifestação do BNDES no sentido de que **a realização de licitação poderia causar prejuízos ao ente, principalmente com a alegada demora na desestatização,** entendemos como juridicamente possível inferir que, de acordo com as razões apresentadas pelo banco, a licitação poderia causar prejuízo o regular desempenho de sua atividade.

48. Insta salientar que o Acórdão n 1.663/2005 citado pela doutrina de Luiz Eduardo Altenburg de Assis é anterior à edição da Lei das Estatais. Portanto, quando nele se trata de inexigibilidade, tal termo poderia ser perfeitamente entendido, de acordo com a nova lei, como inaplicabilidade de licitação (ou licitação dispensada), tendo em vista que o entendimento do TCU se refere a **"insumo adquirido ou produto vendido" necessários à regularidade da produção industrial ou comercial ou ao cumprimento das atividades negociais em vista da qual foram criadas. pois o BNDES defende que a contratação de consultoria se trata de um insumo essencial para o cumprimento de suas atividades comerciais.**

49. Portanto, temos que a interpretação da Lei nº 13.303, de 2016, realizada pelo BNDES, é adequada e possível. Com efeito, conforme bem apontado pela SFC, o BNDES é contratado pelo ente desestatizante (União, Estados, Distrito Federal ou Município), **a fim de que promova a elaboração dos estudos e projetos necessários à estruturação da operação de desestatização.** Neste ponto, interessante consignar a observação realizada pelo BNDES na Nota Jurídica AJ2/JUDEP 46/2019(Sei nº 1520964):

"Fora do FND, em que possui mandato legal, o BNDES é mandatado pela sua experiência e qualificação técnica, sendo contratado pelo ente para entregar projetos estruturados. Ou seja, eventual fracasso do BNDES na contratação dos consultores para estruturar o projeto representa um fracasso na sua atividade social, pois não entregará o produto para o qual foi contratado, com evidente riscos de imagem, jurídico e financeiro ao BNDES, como resultado do inadimplemento de suas obrigações contratuais firmadas junto ao cliente."

50. Conforme consta literalmente no dispositivo legal, o requisito de aplicação do artigo 28, parágrafo 3º, inciso I, é o de que a prestação do serviço pela estatal seja feita "de forma direta". Assim, hipoteticamente, poderia se chegar à conclusão de que, sendo o serviço de consultoria realizado de forma indireta, por meio de contratação realizada pela estatal, tal contratação deve seguir a regra geral literal, não se aplicando o dispositivo legal que afasta a regra licitatória.

51. Contudo, parece-nos que **a literalidade do dispositivo não conseguiu alcançar o critério funcional estabelecido pela doutrina e pelo TCU**, no sentido de que se a licitação tiver mais potencialidade de prejudicar do que beneficiar a estatal em uma **atividade essencial para que ela concorra adequadamente no mercado**, a contratação poderia ser considerada como atividade-fim do ente, razão pela qual, de acordo com o entendimento histórico do TCU, o processo licitatório poderia ser dispensado.

52. Com efeito, o instituto da inaplicabilidade das licitações é novo e absorveu muito os contornos e o conceito da inexigibilidade da licitação, bem como as hipóteses em que o TCU entendia como dispensada (inexigível) a licitação para produtos e serviços ligados à atividade-fim da empresa estatal.

53. O conceito de atividade-fim foi contemplado pelo artigo 28, §3º, inciso I, da Lei nº 13.303/2016. Especificamente em relação ao referido dispositivo, nos parece que os produtos, serviços ou obras **especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais podem ser considerados também as atividades necessárias para a a boa realização da atividade-fim da estatal.**

54. Por outro lado, não somente as atividades-fim propriamente ditas estariam englobadas nesse conceito, mas também as atividades que sejam consideradas essenciais e que tenham relação direta com a boa prestação regular de tal atividade. Some-se a esse conceito específico o **"conceito funcional"** aqui já explorado, aferível quando a **licitação para determinado serviço auxiliar, essencial à atividade-fim, tiver a potencialidade de causar mais prejuízos do que benefícios para a atuação da empresa estatal no mercado. Nesse caso, a licitação será considerada desnecessária ou até desaconselhável.**

55. Outro requisito para a utilização do artigo 28, parágrafo 3º, inciso I é que o produto, serviço ou obra oferecido pela estatal sejam especificamente relacionados com seus respectivos objetivos sociais. Segundo a SFC, também não é o que se verifica do caso concreto, tendo em vista que o serviços de consultoria não estão dentro dos objetivos sociais do BNDES. Conforme exposto na Nota Técnica nº 1363/2020/CGLOG/DAE/SFC(Sei nº 1521020), o BNDES defende que sua pretensão estaria amparada no artigo 3º c/c artigo 10, inciso VI, de seu estatuto social, que autoriza o banco "a ***contratar estudos técnicos e prestar apoio técnico e financeiro, inclusive não reembolsável, para a estruturação de projetos que promovam o desenvolvimento econômico e social do País.***"

56. Nesse ponto, é importante ressaltar, mais uma vez, que o BNDES é o Gestor do Fundo Nacional de Desestatização e, por isso, tem a obrigação legal de exercer as competências estabelecidas pelo artigo 18 da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, notadamente a de realizar estudos, **inclusive por meio de consultorias**(inciso IV), para a execução das desestatizações. Atribuições muito semelhantes estão previstas na Lei de que cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI.

57. Com efeito, com todas as devidas vênias ao entendimento da SFC, não seria possível interpretar as desestatizações apoiadas pelo BNDES como atividade fora de sua atividade-fim, pois a própria lei(**e aí se justifica a própria existência das empresas estatais**) determinou que esta fosse uma atividade inerente à sua atividade de fomento. Portanto, os atos de desestatização e os processos a ele inerentes estão diretamente relacionadas ao seu objeto social, tendo em vista que há uma disposição legal a obrigar a empresa estatal a atuar nessa atividade.

58. Dessa forma, dentro dessa interpretação funcional defendida pela doutrina, que entende impossível a licitação para as estatais quando houver risco de prejuízo à sua atividade empresarial, e diante dos precedentes do Tribunal de Contas da União apontados, que entendiam, antes da edição da Lei das Estatais, como inexigível as licitações ligadas diretamente às atividades finalísticas da empresa estatal, entendemos como possível a intenção do BNDES de realizar a contratação sem realização de licitação propriamente dita, seguindo-se um processo específico que se garanta isonomia e a moralidade administrativa.

59. Não se descarta a previsão do parágrafo único do artigo 18 da Lei nº 9.491, de 1997, que determina que a contratação de contratação de consultoria, auditoria e outros serviços especializados necessários à execução das desestatizações será feita sempre mediante licitação. No entanto, abordaremos a questão em tópico específico, mais adiante na presente manifestação.

60. Além disso, Alexandre Santos Aragão expõe com grande clareza o marco interpretativo da Lei das Estatais, que é o prestígio à eficiência com o, na medida do possível, tratamento isonômico com as empresas atuantes no mercado, Vejamos:

"Por fim, fora a questão da natureza jurídica dos contratos celebrados pelas estatais, também há de se considerar existir uma tendência, em toda a Administração Pública, **de**

simplificação e flexibilização das regras aplicáveis a licitações e contratos, focada na eficiência e na busca de resultados.

A Lei Geral de Licitações, com efeito, não só sofreu diversas alterações nos últimos anos, sobretudo **para ampliar as hipóteses de dispensa de licitação e reduzir o excessivo rigor da sua redação original**,²³⁰ mas também passou a conviver com uma série de subordenamentos de contratações públicas, como o sistema de pregão, as parcerias público-privadas, o regime diferenciado de licitações, o estatuto das pequenas empresas, dentre outros, acrescidos agora pelo Estatuto das Estatais.

Assim, se é certo que, para a Administração Pública como um todo, vêm sendo realizados diversos esforços **legislativos e interpretativos com vistas a desburocratizar e tornar mais céleres as contratações públicas**,²³¹ focando-as no seu resultado efetivo,²³² **com muito mais razão deve-se reconhecer que essas mesmas diretrizes devem conduzir também a atuação contratual das empresas estatais, sobretudo aquelas que exploram atividades econômicas em regime de competição, em especial pela maior aproximação possível com o regime contratual privado.**

Essa é a diretriz hermenêutica que deve pautar a aplicação de toda legislação de licitação e contratos às empresas estatais, tendência que foi contemplada com vigor pelo Estatuto das Estatais conforme vimos mais detalhadamente no tópico III.2, inclusive em relação aos seus contratos, ao qual ora se faz necessária remissão.

Essas entidades devem, em princípio, ter autonomia na escolha de modelos contratuais, como as empresas privadas em geral, não estando jungidas aos modelos preestabelecidos na legislação.²³³

(Aragão, Alexandre Santos De. Empresas estatais (pp. 232-233). Forense. Edição do Kindle.)

61. Em relação aos estudos a serem realizados pelas empresas de consultoria a serem contratadas pelo BNDES, a Nota Jurídica AJ2/JUDEP n° 46/2019(Sei n° 1520964) afirma o seguinte:

"Esses estudos especializados são parte fundamental da estruturação do projeto de desestatização, sendo coordenados e integrados pelas Unidades Técnicas de Desestatização do BNDES, para que se alcance uma modelagem jurídico-econômica segura e, sobretudo, eficiente.

A estruturação de um projeto é materializada através do mapeamento, coordenação e integração de vários estudos e esforços das mais diversas especialidades. É uma tarefa extremamente complexa, sobretudo por demandar conhecimento setoriais, trabalhos técnicos de campo, estudos ambientais, análises contábeis e econômicas, estudos regulatórios e jurídicos, estruturas de financiamento, modelagem econômico financeira, tudo isso devendo ser produzido sob a inexorável necessidade de compatibilização da governança inerente ao setor público e com a visão de negócio do setor privado."

62. A mesma nota jurídica afirma que a utilização de uma das modalidades normais de licitação - Pregão Eletrônico - não teria o retorno que a estatal espera da contratação, dada a complexidade de seu objeto e o modelo de dimensionamento do orçamento, geralmente feito em homem-hora. Vejamos a Nota Jurídica AJ2/JUDEP n° 46/2019(Sei n° 1520964):

"No Pregão Eletrônico, o deságio sobre os valores estimados é extremamente alto, o que pode parecer vantajoso num primeiro momento, mas, de fato, representa um risco considerável para o projeto, haja vista a dificuldade operacional e jurídica em obter parâmetros objetivos capazes de syndicar a exequibilidade das propostas dos licitantes, dado que o insumo é quase integralmente alocação de equipes ("homem-hora"). Deve-se ressaltar que essa dificuldade influencia naturalmente na tomada de decisão no curso do Pregão na ponderação sobre o risco de judicialização frente a necessidade de êxito do projeto.

[...]

Diante da baixa de flexibilidade na gestão dos contratos administrativos, os contratados conseguem administrar a qualidade das entregas em um nível mais baixo do que nas contratações privadas sem que isso configure objetivamente um descumprimento do contrato administrativo. A despeito do esforço e qualidade das equipes de gestão contratual, a variação de qualidade não era passível de ser concretizada como descumprimento contratual numa análise sob o regime jurídico dos contratos administrativos."

2.2.2. DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 28, §3º, INCISO II, AO QUE PRETENDE O BNDES.

63. Em relação ao **artigo 28, parágrafo 3º, inciso II, da Lei n° 13.303, de 2016**, verifica-se que o referido dispositivo traz o conceito do que seja "**oportunidade de negócios**" trazido pela Lei das Estatais. O dispositivo tem o seguinte teor:

"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 1.4002, 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.

§ 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." (destacamos)

64. A doutrina vem se debruçando sobre o que representa exatamente o conceito de **"oportunidade de negócios"** trazido pela Lei das Estatais. Iniciamos com a doutrina de Alexandre Santos Aragão:

"Além da hipótese do inciso I do § 3º do art. 28, de exclusão da aplicação do Capítulo do Estatuto das Estatais de licitações e contratações diretas, aos contratos que se relacionem às atividades-fim e ao objeto social da estatal, a Lei também contempla como hipótese de exclusão de incidência o inciso II do citado § 3º combinado com o § 4º do mesmo artigo.168 A previsão se refere a parcerias em geral a serem feitas pela estatal, indo além do que a doutrina e a jurisprudência no passado haviam fixado para admitir a inexigibilidade de licitação para a escolha do sócio para formação de sociedades comerciais.

O art. 28, § 3º, II c/c § 4º, do Estatuto das Estatais franqueia a observação do respectivo Capítulo não apenas a formação de sociedades, **como também a alienação de participações societárias e a celebração de contratos em geral que consistam em "oportunidades de negócios".**

O termo é realmente amplo, apesar de não pode ser interpretado obviamente como se referindo a qualquer contrato, já que todo contrato é sempre um negócio. **O termo "oportunidade de" dá a dimensão da excepcionalidade da circunstância, de negócio não ordinário, que não pode ser perdido.**

O dispositivo visa a dar à estatal agilidade em sua atuação no mercado, já que muitas formalidades na realização de oportunidades de negócio podem fazer que ela as perca, seja para concorrentes, seja até mesmo para empresas de outro setor, já que do inciso II não consta a exigência de que se relacionem com o seu objeto social. **O Estatuto das Estatais em boa hora com o § 3º diminui a assimetria concorrencial das estatais em relação às suas congêneres privadas.**" (Aragão, Alexandre Santos De. Empresas estatais (pp. 198-199). Forense. Edição do Kindle.)

65. Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti manifestam-se sobre esse conceito da seguinte maneira:

"A licitação é a regra, mesmo para as empresas estatais submetidas a regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal). **Somente será passível de exclusão em situações nas quais for demonstrada a existência de obstáculos negociais (art. 28, §3º, I e II, da Lei nº 13.303/16) que oponham efetivo prejuízo às atividades da estatal**, devidamente demonstrados, de modo a impossibilitar a licitação, seja porque materialmente inviável a competição (art. 30 da Lei nº 13.303/16), seja porque desta poderia resultar prejuízo ao interesse público presente nas finalidades institucionais da estatal (dispensabilidade da licitação).

[...]

A regra da prévia licitação, contudo, é afastada nas contratações necessárias ao desempenho negocial das empresas estatais, tais como as relacionadas à comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionadas com seus respectivos objetos sociais, **bem como nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a características particulares e vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, desde que demonstrada a inviabilidade do procedimento competitivo.**

Considera-se oportunidade de negócio, segundo a lei, 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 órgão competente."

(Em: A Lei das Estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos?, Revista do TCU 141, Janeiro/Abril 2018. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1490>)

66. José dos Santos Carvalho Filho, por sua vez, faz menção à amplitude terminológica do

dispositivo, alertando para os cuidados em sua aplicação, dado o elevado grau de subjetividade dele:

"Antes da edição do estatuto jurídico, muitas discussões se levantaram sobre a extensão da obrigatoriedade de licitação para as empresas públicas e sociedades de economia mista, levando em conta principalmente a celebração de alguns contratos típicos de direito privado em virtude de sua natureza econômica ou institucional.

O Estatuto aceitou as ponderações, algumas até suscitadas pelo TCU, e estabeleceu dois casos de dispensa específica de licitação para as entidades.

Um deles é o que se refere à comercialização, prestação ou execução direta pelas entidades, "de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais" (art. 28, § 3º, I). Realmente são situações incompatíveis com a licitação. É a hipótese, por exemplo, em que uma empresa pública de assessoria ambiental contrata com pessoa física ou jurídica para a prestação desse exato serviço. Ou aquela em que uma sociedade de economia mista comercializa produtos que constituem objeto de sua atividade econômica (a venda de bens e produtos).

O outro consiste nos casos em que a escolha do parceiro esteja atrelada a suas características peculiares, "vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas", com a necessária justificativa da inviabilidade da licitação (art. 28, § 3º, II). Aqui já se vislumbra maior subjetivismo, vez que não é fácil identificar essa "vinculação de oportunidades do negócio". Desse modo, a fiscalização dessa hipótese de dispensa deve ser mais acurada, sendo indiscutível que, no fundo, pode constituir uma brecha para contratações diretas ilegítimas."

(Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo (pp. 564-565). Atlas. Edição do Kindle.)

67. Maria Silvia Zanella Di Pietro, por outro lado, nos oferta sua visão sobre o tema, nos seguintes termos:

"O § 3º do artigo 28 exclui da abrangência da lei as empresas públicas e as sociedades de economia mista em duas situações: I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com respectivos objetos sociais; **II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares vinculada a oportunidades de negócio jurídico definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.**

A primeira hipótese ajusta-se à jurisprudência que vem se formando no STF no sentido de que as contratações efetuadas pela Petrobras ficam fora do âmbito da Lei nº 8.666/93;11 a exclusão tem sua razão de ser nas hipóteses em que a realização da licitação seja prejudicial ao exercício das atividades-fim ou à capacidade competitiva da empresa estatal. A segunda hipótese vem dar fundamento à mesma exclusão do âmbito da lei, no caso em que as empresas estatais pretendam associar-se a empresa privada; o dispositivo procura contornar o entendimento adotado pelos doutrinadores de que a escolha do parceiro privado deve obedecer a critérios objetivos de seleção, como ocorre na licitação; para aplicar-se essa hipótese de exclusão do âmbito da lei, é necessário demonstrar que a competição é inviável.

A lei poderia ter inserido essas duas hipóteses, respectivamente, nos artigos 29 e 30, que tratam da dispensa e da inexigibilidade de licitação." (Em: Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo (p. 572). Forense. Edição do Kindle.)

68. O Tribunal de Contas da União, por sua vez, também já teve a oportunidade de definir o que se deve aferir em cada caso concreto para se definir presente ou não a denominada pela Lei das Estatais como "oportunidade de negócio". Vejamos trecho do Acórdão nº 2488/2018-Plenário, que julgou representação em face de possíveis irregularidades na celebração de acordo de parceria entre as empresas Telebras e Viasat, prevendo o compartilhamento de receitas oriundas da prestação de serviços de conexão à internet, com utilização do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicação:

"71. Enfatizo que, em conformidade com o disposto no art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais, anteriormente transcrito, são três os requisitos essenciais para o estabelecimento de parcerias como a que ora se examina:

- a) características particulares da parceira;
- b) oportunidade de negócio definida e específica; e
- c) inviabilidade do procedimento competitivo.

[...]

117. Da leitura desse dispositivo legal, constato que a contratação direta da empresa parceira depende:

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

118. No caso vertente, saliento que a Telebras não apresentou **estudos detalhados e**

prévios que embasassem a celebração da parceria em tela e permitissem verificar o atendimento dos requisitos expostos no parágrafo acima. Logo, restou caracterizada uma falha grave, cujas consequências serão analisadas ao longo deste voto."

69. Portanto, verifica-se que o Tribunal de Contas da União já assentou, por meio do precedente representado pelo Acórdão nº 2488/2018-Plenário, os requisitos essenciais para a conceituação da **oportunidade de negócios** prevista no artigo 28, parágrafo 3º, inciso II, da Lei das Estatais. Nesse ponto, a Corte de Contas estabeleceu a necessidade de **apresentação de estudos detalhados e prévios** que embasassem a celebração da parceria e permitissem verificar o atendimento dos requisitos expostos no parágrafo acima, reputando tal ausência como uma falha grave.

70. Portanto, além dos requisitos elencados, para ser demonstrado o perfeito atendimentos aos requisitos legais, deve-se providenciar também estudos detalhados e prévios que comprovem a existência de tais requisitos.

71. No caso analisado nos presentes autos, verifica-se que o BNDES publicou Resolução que regulamenta as contratações relativas à estruturação de projetos e de medidas de desestatização (Resolução DIR nº 3.592/2020-BNDES - Sei nº 1520941), em que se estabelece um procedimento específico que garantirá, na visão do banco, a competitividade, mas que é diferente dos modelos previstos na Lei das Estatais.

72. A Secretaria Federal de Controle Interno entendeu, em sua manifestação que os requisitos para a aplicação do artigo 28, §3º, inciso II, da Lei das Estatais não estariam presentes, pois, segundo o órgão de controle interno, haveria simplesmente desejo de contratar empresa de consultoria e **não o de exercer uma oportunidade de negócio.** Vejamos trecho da Nota Técnica nº 1363/2020/CGLOG/DAE/SFC (Sei nº 1521020):

Também não vislumbramos, na Resolução 3.592/2020, as condições necessárias para configuração da incidência do inciso II, § 3º, art. 28 do Estatuto das Estatais, já que este último inciso trata de dispensar o procedimento licitatório quando a pretensão da estatal for a de celebrar parcerias comerciais que a coloquem na condição de sócia ou acionista em sociedades de natureza privada, para a exploração de negócios, o que não é o caso. A finalidade do referido dispositivo legal é o aproveitamento, pela estatal, de oportunidades de negócios, que vêm assim definidas no § 4º do art. 28:

*§ 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.*

A Resolução sob análise apresenta vestígios robustos de que intenção do BNDES não é a de associar-se a empresas, **constituindo tipo societário para explorar novos negócios**, mas sim a de simplesmente contratá-las para a prestação de serviços de consultoria. Vejamos algumas das disposições da referida Resolução que indicam esse objetivo:

Art. 3º Para os fins deste Regulamento consideram-se:

*I. Cadastro de Consultores: banco de dados que reúne as informações e/ou **avaliação de consultores especializados aptos a participar dos procedimentos de contratação** previstos neste regulamento.*

...

*VI. Especificações Técnicas: documento que contém a descrição **do objeto a ser contratado de forma clara e objetiva**, com suas especificações e metas, e que servirá de base para as propostas dos participantes e para a execução contratual.*

...

*IX. Propostas Comerciais: documento apresentado pelos **participantes do processo seletivo que deverá conter o valor ofertado para a execução do objeto a ser contratado**, de acordo com as condições disponibilizadas na RFP.*

...

Art. 11. Além das penalidades previstas em lei, o BNDES poderá impedir de participar dos processos seletivos por até 2 (dois) anos:

I - os participantes que prejudicarem o andamento dos procedimentos, inclusive nos casos em que seja encaminhada documentação notoriamente em desacordo com as exigências contidas nas RFPs, cuja decisão caberá a Comissão de Avaliadores Técnicos;

*II - os contratados que apresentarem **desempenho contratual insatisfatório**, cuja avaliação caberá à Unidade Demandante, com base em parâmetros definidos na RFP.*

Ou seja, as disposições da Resolução em tela indicam o objetivo claro de contratar empresas de consultoria, **e não a de estabelecer parcerias societárias com as mesmas, com o objetivo de explorar negócio específico.**

Também ressalta registrar que o Tribunal de Contas da União, na Edição 358 de seu Informativo de Licitações e Contratos, definiu os parâmetros necessários para configurar a possibilidade de utilização do § 3º, inc. II, do art. 28 da Lei nº 13.303/2016. Transcrevemos a seguir o trecho do Informativo:

1. São requisitos para a contratação direta de empresa parceira com fundamento no art. 28, § 3º, inciso II, da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais): a) **avença obrigatoriamente relacionada com o desempenho de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais das empresas envolvidas;** b) **configuração de oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do art. 28, § 4º, da Lei das Estatais;** c) **demonstração da vantagem comercial para a estatal;** d) **comprovação, pelo administrador público, de que o parceiro escolhido apresenta condições que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado;** e e) **demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo, servindo a esse propósito, por exemplo, a pertinência e a compatibilidade de projetos de longo prazo, a comunhão de filosofias empresariais, a complementariedade das necessidades e a ausência de interesses conflitantes.**

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades na celebração de acordo de parceria entre a Telebras e empresa privada, cujo objetivo **era estabelecer o compartilhamento da receita decorrente da utilização da capacidade do Satélite Geoestacionário de Defesa e de Comunicações Estratégicas.** Entre as irregularidades suscitadas, mereceu destaque a suposta inobservância, na celebração do acordo, dos requisitos contidos na Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais). Em seu voto, o relator destacou que, da leitura do art. 28, caput e § 3º, inciso II, da Lei 13.303/2016, depreende-se que, embora a realização de licitação seja a regra, **estão previstas exceções aplicáveis aos casos em que a sociedade de economia mista esteja atuando de maneira a explorar atividade econômica relativa à sua atividade fim.** Segundo ele, “ao realizar procedimento negocial afeto à sua finalidade, a estatal poderá se valer de meios que lhe permitam competir em condições de igualdade com as empresas privadas do setor econômico em que ela atua. **Em síntese, quando realizar uma negociação comercial, diretamente relacionada com as atividades que compõem seu objeto social, a empresa buscará uma solução de contratação que seja mais próxima à de uma empresa privada**”. De acordo com o relator, à luz do aludido dispositivo legal, seriam requisitos para a contratação direta da empresa parceira: a) **configuração de uma oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do estabelecido no art. 28, § 4º, da Lei das Estatais;** b) **demonstração da vantagem comercial para a estatal;** c) **comprovação, pelo administrador público, de que o parceiro escolhido apresenta condições que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado;** e d) **demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo.** O relator constatou que, no caso concreto, a análise da parceria levou em conta o histórico da empresa parceira, a modelagem estabelecida pelas partes, as premissas estabelecidas pela Diretoria e pelo Conselho de Administração, os pareceres jurídicos e o plano de negócios da Telebras, sempre com vistas à consecução dos objetivos do Programa Nacional de Banda Larga. O relator também considerou relevante a alegação da Telebras no sentido de que a Lei 13.303/2016 submeteu a contratação associativa a um regime distinto da inviabilidade de competição propriamente dita, sendo, portanto, “possível afastar a licitação com fulcro em fatores que variam nos casos concretos. Assim, por exemplo, a pertinência e compatibilidade de projetos de longo prazo, a comunhão de filosofias empresariais, a complementariedade das necessidades e a ausência de interesses conflitantes devem ser sopesadas”. No caso vertente, acrescentou o relator, “a Telebras entendeu que a experiência da parceira com o atendimento a clientes finais que moram em pequenas localidades era um diferencial relevante a favor dessa empresa”. Outrossim, o relator salientou que a existência de possíveis concorrentes não necessariamente implicaria a necessidade de ser realizado processo competitivo, haja vista que, conforme evidenciado em seu voto, “a escolha do parceiro pode decorrer de avaliações subjetivas, que devem estar embasadas em critérios bem definidos”. Ao final, concluiu que as falhas identificadas na parceria sob exame deveriam acarretar determinações corretivas, porém não seriam “aptas a ensejar a anulação do contrato”, no que foi acompanhado pelo colegiado.

Acórdão 2488/2018 Plenário, Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler.

Ou seja, a aplicação do §3º, inc. II, do art. 28 da Lei nº 13.303/2016 demandaria que a Resolução 3.592/2020 estivesse orientada à identificação de oportunidades de negócios, o que não ocorre.

Por fim, neste tópico, impende destacar que a única iniciativa adotada, até o presente momento, com fundamento na Resolução 3.592/2020, foi o Chamamento Público nº 01/2020, o qual, em sua ementa define assim seu objetivo:

Cadastramento de Interessados para compor a lista de consultores que desejem participar de processos seletivos para a contratação de estudos de estruturação de projetos e de medidas de desestatização conduzidos pelo BNDES

A referida ementa deixa claro que o objetivo não é seleção de parceiros comerciais para explorar oportunidade de negócio, mas sim de pré-qualificação de empresas para fins de contratação de serviços.

73. Portanto, a SFC utiliza-se de dois fundamentos básicos para entender que, no caso concreto, não estaria presente a oportunidade de negócio prevista na Lei das Estatais. Primeiramente, afirma que: a) A Resolução sob análise apresenta vestígios robustos de que intenção do BNDES não é a de se associar a empresas, **constituindo tipo societário para explorar novos negócios**, mas sim a de simplesmente contratá-las para a prestação de serviços de consultoria; e b) a aplicação do §3º, inc. II, do

art. 28 da Lei nº 13.303/2016 demandaria que a Resolução 3.592/2020 **estivesse orientada à identificação de oportunidades de negócios**, o que não ocorre.

74. Em relação a este ponto, entendemos que a SFC tem razão em seus argumentos.

75. Com efeito, a amplitude ao conceito de oportunidade de negócios dada pela lei não abrange a simples contratação para prestação de serviços dos quais a empresa estatal seja beneficiária. Com efeito, a oportunidade de negócios deve ser entendida como uma oportunidade empresarial para realização de novo negócio. Ou seja, trata-se de situação em que a empresa estatal alia-se a um parceiro para o desenvolvimento de uma atividade empresarial específica e definida e não somente para a prestação de um serviço, como no caso desejado pelo BNDES.

76. Além disso, a lei exige que a **escolha do parceiro contratual esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas**, desde que **justificada a inviabilidade de procedimento competitivo** (artigo 28, §3º, inciso II). Luiz Eduardo Altenburg de Assis define assim o que seja oportunidade de negócio, bem como define o que não seja:

"Como consequência das especificidades desses negócios, não surpreende que a escolha do parceiro privado esteja relacionada às suas características particulares. Há situações em que essas características são insuscetíveis de serem reproduzidas por outros agentes de mercado, justamente por estarem estritamente vinculadas à oportunidade de negócio específica e definida, configurando-se, assim, a inviabilidade de competição. Não raro, a concepção inicial do empreendimento econômico qualificado como oportunidade de negócio ocorrerá de forma concomitante à identificação do agente econômico que reúna qualidades propícias à implementação desse empreendimento, ao que se segue a estruturação do negócio em conjunto com o particular.

Seguindo essa lógica, o inciso II, o §3º do artigo 28 da Lei n. 13.303/2016 caracteriza as oportunidades de negócios como específicas e definidas, **porque se referem a empreendimentos singulares com escopo delimitado no âmbito da atividade empresarial da empresa estatal, apartando-se, por conseguinte, de suas atividades rotineiras**. Não se confundem nem com o fornecimento ou prestação de bens ou serviços especificamente relacionados com o objeto social da empresa estatal e nem com outras contratações indiretamente relacionadas ao objeto social e que admitem tramitação pela via do procedimento licitatório ou da contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação." (em: Assis, Luiz Eduardo Altenburg de. Oportunidade de negócios na lei das estatais e empresas privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.114)

77. Além disso, a oportunidade de negócio **deve ser definida e específica**. Desse modo, não pode haver um contrato guarda-chuva para os fins da oportunidade de negócio. Ou seja, o contrato deve instrumentalizar uma oportunidade de negócio específica, ou seja, um produto ou serviço específicos, não podendo servir de instrumento de vários tipos de serviço ou produtos ao mesmo tempo ou realizados de forma seguida.

78. Ademais, deve estar justificada a **inviabilidade de procedimento competitivo**. Neste ponto, é importante ressaltar que a referida inviabilidade não quer dizer exclusividade do prestador do serviço, pois, se assim fosse, estaríamos diante de inexigibilidade de licitação, nas hipóteses do artigo 30 da Lei da Estatais.

79. Com efeito, a inviabilidade de competição pode se dar em diversas hipóteses que não somente as de fornecedor único. Nesse caso, percebe-se que o caso de inaplicabilidade de licitação previsto no artigo 28, §3º, inciso II, se assemelharia muito mais a uma hipótese de inexigibilidade de licitação do que de licitação dispensada. Com efeito, no âmbito das discussões da I Jornada de Direito Administrativo, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e que é um importante guia doutrinário para os operadores do Direito, foi aprovado o Enunciado nº 30, com a seguinte diretriz:

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

80. Nesse mesmo sentido, Marçal Justen Filho ensina que a utilização do artigo 28, parágrafo 3º, inciso II, está subordinada a uma condição em que a licitação não seja possível em vista da necessidade de a estatal obter uma solução satisfatória, que propicie o atendimento às suas necessidades e permita obter o melhor resultado possível. Vejamos:

"A respeito do inciso II, do § 3º, Marçal Justen Filho **[8]**, ensina:

A segunda hipótese de inaplicabilidade de licitação se refere aos casos de seleção de parceiro para empreendimentos associativos, nas hipóteses em que atributos pessoais apresentem relevância.

A exploração da atividade econômica envolve, frequentemente, a necessidade de conjugação de esforços com outros agentes econômicos, de modo temporário ou permanente.

A obtenção de um resultado de sucesso, nas hipóteses de parcerias com terceiros, depende, nesses casos, da escolha do parceiro adequado. Isso envolve não apenas a titularidade de recursos econômicos, mas também a presença de outros requisitos, **inclusive a expertise e o domínio das técnicas pertinentes ao objeto a ser executado em conjunto.** Em muitos casos, **o sucesso da associação pressupõe níveis comuns de experiência, práticas empresariais similares, situações de mercado específica.**

O § 4º do art. 28 indica um **elenco exemplificativo** das oportunidades de negócio a que se relacionam essas situações. O dispositivo alude à formação e extinção de parcerias e outras formas associativas. **A expressão 'parceria' deve ser interpretada de modo amplo, para abarcar as soluções organizacionais de atuação conjugada, de cunho cooperativo, ainda que versando sobre objeto delimitado e com duração temporária.**

A inaplicabilidade da licitação prevista no inc. II do § 3º do art. 28 depende da existência de características especiais diferenciadoras.

A definição do parceiro mais adequado não pode ser promovida, em muitos casos, por meio de um procedimento seletivo formal. A realização de licitação é uma solução imprestável, porque não se trata de selecionar a proposta mais vantajosa. Usualmente, existem interesses comuns, que excluem a realização de uma proposta formal específica.

A identificação do parceiro adequado envolve, então, **um processo de conversação, a discussão de projetos comuns, a verificação de habilidades e das virtudes apresentadas pelos potenciais parceiros e a identificação de pontos negativos. Ao final, a escolha será resultado de uma ponderação sobre aspectos positivos e negativos (...)**

Sob certo ângulo, a hipótese examinada **aproxima-se muito ao conceito amplo de inviabilidade de competição.** A questão, no caso ora examinado, não se relaciona à ausência de uma pluralidade de alternativas de contratações. **Pode até haver uma pluralidade de sujeitos potencialmente interessados em contratar com a estatal. Podem existir diversas modelagens econômicas e jurídicas para formalizar o relacionamento entre a estatal e um sujeito privado.**

No entanto, **o ponto fundamental reside em que a solução satisfatória - aquela que propicia o atendimento às necessidades da estatal e permite obter o melhor resultado possível - depende de imposições unilaterais, de escolhas fundadas em critérios variáveis em vista das circunstâncias e da identificação de padrões de identidade entre os interesses de um particular e da própria estatal.**

Então, selecionar um parceiro para empreendimentos futuros não é uma decisão que possa ser subordinada a um procedimento licitatório. Sob esse prisma, poderia aludir-se à inviabilidade de competição. Mas a Lei das Estatais reputou que essa hipótese apresentava tamanha peculiaridade que poderia ser enquadrada num conceito próprio e diferenciado, consistente na ausência de cabimento de licitação." (JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação nas Empresas Estatais*. In *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016*, Marçal Justen Filho, organizador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 302-306. *apud* SAMPAIO, Alexandre Santos. Inaplicabilidade de licitação nas parcerias empresariais das empresas estatais. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52347/inaplicabilidade-de-licitacao-nas-parcerias-empresariais-das-empresas-estatais>. Acesso em: 31.8.2020)

81. Portanto, depreende-se que, segundo a doutrina de Marçal Justen Filho, há uma especificidade em relação ao artigo 28, parágrafo 3º, inciso II, que diferencia a hipótese de licitação dispensada da Lei das Estatais da simples inexibibilidade ou dispensa de licitação. Ou seja, **as condições específicas do negócio** - que deve ser analisado sob o prisma das necessidades da estatal e de como a parceria seria essencial para o atendimento delas - são o norte que deve guiar a interpretação da oportunidade de negócio. **Além disso, o entendimento também deixa claro que se trata de parcerias que buscam uma nova atividade empresarial, especificamente realizada pela nova configuração empresarial a ser exercida pela estatal e seu novo parceiro.**

82. No caso dos autos, parece-nos que o BNDES acabou por confundir um pouco a oportunidade de negócios, representada, por exemplo, por uma parceria do BNDES com determinada empresa para a realização de um novo empreendimento ou mesmo a alienação de ativos propriamente dita, realizada por uma estatal, com a contratação da consultoria que o banco pretende realizar, anteriormente ao negócio como uma fase preparatória para ele. Com efeito, no caso do artigo 28, §3º, inciso II, a licitação é afastada para a oportunidade de negócios em si e não para os atos preparatório ou acessórios essenciais para a parceria. Vejamos o que diz o BNDES na Nota Jurídica AJ2 JUDEP 46/2019:

"Especificamente nos casos de estruturação de projetos, sendo os consultores contratados com remuneração variável e sujeita ao sucesso do projeto, acompanhando o conceito da contratação do BNDES pelo seu cliente (remuneração fixa e variável), resta claro o compartilhamento de recursos e interesses, evidenciando a natureza consorcial da atuação de ambos. Essa formatação ressalta ainda mais a comunhão de interesses e riscos diante de uma oportunidade de negócio para todos os envolvidos no projeto a ser estruturado. Nesse formato, o BNDES e os consultores complementam suas potencialidades, atuações e convergem para o mesmo fim. Entende-se, portanto, enquadrada a hipótese na linha "e" do enunciado colacionado do Acórdão nº 2488/2018 do TCU."

83. Com efeito, na verdade, entendemos que a relação a ser desempenhada entre o consultor e o BNDES se trata de um negócio jurídico, mas não de uma relação comercial no sentido exigido pela lei. De fato, na relação comercial, prevista na lei como oportunidade de negócios, os interesses comuns se sobrepõem a eventuais interesses divergentes. Por outro lado, no negócio jurídico representado pela contratação de consultoria pelo BNDES predominam os interesses antagônicos, em que o interesse do banco é receber o serviço prestado, enquanto que o interesse da consultoria é ser remunerado pelo serviço prestado.

84. Tendo em vista o exposto, entende-se que a contratação de consultoria para o BNDES nos casos pretendidos não pode ser considerada oportunidade de negócios para os fins do artigo 28, parágrafo 3º, inciso II, da Lei das Estatais.

2.2.3. SOBRE A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE UTILIZAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE PELO BNDES PARA OS PROJETOS DE ESTRUTURAÇÃO DE DESESTATIZAÇÃO PELO BNDES.

85. Por outro lado, é interessante notar que, no caso concreto, o que pretende o BNDES parece também estar contemplado nas hipóteses de inexigibilidade de licitação já previstas no artigo 30 da Lei das Estatais, mais precisamente no artigo 30, inciso II, alínea "c", visto que é juridicamente possível entender que o objeto do contrato que a estatal pretende realizar seja uma consultoria técnica. Vejamos o dispositivo legal:

Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de: [\(Vide Lei nº 1.4002, de 2020\)](#)

I - aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;

II - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

86. Sobre os casos de inexigibilidade nas estatais, Bruno Dantas e Frederico Dias dissertam da seguinte forma:

Ou seja, para se caracterizar a situação de inexigibilidade a situação concreta deve preencher dois requisitos, um de natureza objetiva e outro de natureza subjetiva, bem como não recair numa vedação. O primeiro requisito diz respeito ao objeto contratado (um dos serviços técnicos especializados listados na própria lei). O segundo requisito diz respeito à pessoa do contratado (profissionais ou empresas de notória especialização). A vedação é quanto à contratação direta de serviços de publicidade e divulgação.⁶⁶

Cabe destacar que a própria lei define a notória especialização exigida nessa hipótese de inexigibilidade. Assim, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.⁶⁷

A Lei no 8.666/1993 também admite expressamente a inexigibilidade para a contratação de "profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública".⁶⁸ Embora a Lei das Estatais não reproduza o mesmo dispositivo, é necessário lembrar que os casos de inexigibilidade não são exaustivos, sendo possível a contratação direta sempre que inviável a competição.

(em: Frazão, Ana. Estatuto Jurídico das Estatais: Análise da Lei Nº 13.303/2016 . Edição do Kindle.)

87. Também debruçando-se sobre o dispositivo da inexigibilidade de licitação, afirmando que a Lei das Estatais foi um pouco menos restrita ao regular as hipóteses, vale o comentário realizado por Angélica Petian:

A segunda hipótese de inexigibilidade de licitação, consignada no inc. II do art. 30 da Lei 13.303/2016 diz respeito à contratação de serviços técnicos, com profissionais ou empresas de notória especialização. Para caracterizar a inviabilidade de competição prevista nesse dispositivo exige-se, concomitantemente, a presença de dois requisitos, quais sejam, **que os serviços pretendidos sejam de natureza técnica e estejam dentre aqueles enumerados nas alíneas do art. 30, inc. II, e que o prestador seja notoriamente especializado.**

Vale destacar aqui que, se cotejado com o dispositivo da Lei 8.666/1993(art. 25, II) **houve supressão da exigência sobre a singularidade dos serviços**, isto é, sobre a característica que os torna específicos, subtraindo os que sejam corriqueiros, rotineiros.

É difícil vaticinar como os órgãos de controle interpretarão esse dispositivo, **que tornou mais fácil a contratação por inexigibilidade de licitação**, sendo certo que são refratários a qualquer hipótese de afastamento da licitação.

Se com a exigência da singularidade, os Tribunais de Contas tendem a julgar irregulares as contratações por inexigibilidade de licitação, por interpretarem a singularidade como exclusividade, **resta verificar como interpretarão a autorização para não licitar mesmo quando o objeto seja rotineiro, mas o serviço seja técnico e o prestador notoriamente especializado.**

Se nesse tocante a Lei das Estatais inovou, não seguiu os mesmos passos em relação à definição de notória especialização, ao considerar assim o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, **permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato, conforme redação do § 1º do art. 30.**

Imperioso verificar, no entanto, que a lei impõe uma exigência inatingível, qual seja, a de identificar *a priori*, que o trabalho a ser executado pelo profissional notoriamente especializado é indiscutivelmente o mais adequado à satisfação da demanda administrativa.

Não nos parece que exista algo cuja adequação não possa ser objeto de discussão. Basta que dois contendentes partam de premissas distintas para que possam, com algum grau de racionalidade, sustentar posições diferentes.

Vê-se, mais uma vez, que a Lei das Estatais permaneceu na zona de conforto, repetindo mais do mesmo.

(PETIAN, Angélica. Comentários sobre a lei das estatais (Lei 13.303, de 30.6.2016) / Sérgio Ferraz (organizador); Adilson Abreu Dallari ...[et al.]. - São Paulo: Malheiros, 2019, p. 215.)

88. Nesse ponto, fazemos essa pequena digressão para a análise da inexigibilidade de licitação, conforme a Lei das Estatais, porque percebe-se que, em tese, a intenção do BNDES poderia ser enquadrada inclusive na em inexigibilidade de licitação prevista no artigo 30, inciso II caso comprovada a inviabilidade de competição, no caso de serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização. **De qualquer modo, sendo utilizada a inexigibilidade ou sendo o caso de licitação dispensada (artigo 2, parágrafo 3º, inciso II) não haveria a licitação propriamente dita.**

89. Portanto, entende-se como possível juridicamente, também, entender a referida contratação como hipótese de inexigibilidade de licitação, na medida em que a consultoria a ser contratada pelo BNDES pode ser configurada como uma consultoria técnica. O termo é juridicamente indeterminado, mas o conceito de técnico exige um nível de especificação e capacidade técnica elevado, de forma que, a nosso sentir, a consultoria demandada pelo BNDES cumpriria tal requisito. Além disso, outro requisito a ser cumprido para a inexigibilidade seria que a empresa contratada deveria ter notória especialização no objeto para o qual foi contratada. É o entendimento de Bruno Dantas e Frederico Dias:

Ou seja, para se caracterizar a situação de inexigibilidade a situação concreta deve preencher dois requisitos, um de natureza objetiva e outro de natureza subjetiva, bem como não recair numa vedação. O primeiro requisito diz respeito ao objeto contratado (um dos serviços técnicos especializados listados na própria lei). O segundo requisito diz respeito à pessoa do contratado (profissionais ou empresas de notória especialização). A vedação é quanto à contratação direta de serviços de publicidade e divulgação.⁶⁶

Cabe destacar que a própria lei define a notória especialização exigida nessa hipótese de inexigibilidade. Assim, considera-se de **notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.**⁶⁷

A Lei no 8.666/1993 também admite expressamente a inexigibilidade para a contratação de "profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública".⁶⁸ Embora a Lei das Estatais não reproduza o mesmo dispositivo, é necessário lembrar que os casos de inexigibilidade não são exaustivos, sendo possível a contratação direta sempre que inviável a competição.

Frazão, Ana. Estatuto Jurídico das Estatais: Análise da Lei Nº 13.303/2016 . Edição do Kindle.

90. Portanto, esta é uma razão a mais para se entender como possível a intenção do BNDES de instaurar um procedimento competitivo específico para o BNDES que não siga especificamente as regras trazidas pela Lei das Estatais. Neste último caso, obviamente, o procedimento competitivo específico não pode conflitar com as normas da Lei das Estatais aplicáveis à inexigibilidade.

2.2.4. SOBRE A LEI DAS DESESTATIZAÇÕES, QUE EXIGE SEMPRE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE CONSULTORIA PELO GESTOR DO FUNDO NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO, O BNDES.

91. Por outro lado, a Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, que altera procedimentos

relativos ao programa Nacional de Desestatização, estabelece o BNDES como Gestor do Fundo Nacional de Desestatização. Além disso, estabelece competir ao Gestor do Fundo (BNDES) uma série de obrigações, dentre as quais promover a contratação de consultoria, auditoria e outros serviços especializados, necessários à execução das desestatizações. Vejamos os que dizem os dispositivos da Lei nº 9.491, de 1997:

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 § 4º 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.

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.**

92. A Lei das Desestatizações exige, portanto, que as contratações de consultoria e outros serviços especializados seja realizada "sempre mediante licitação". Por outro lado, a Lei das Estatais também prevê, como uma das hipóteses de inexigibilidade de licitação, a contratação direta de assessorias ou **consultorias técnicas** e auditorias financeiras ou tributárias.

93. Portanto, temos que a legislação apresenta conflito aparente de normas que deve ser resolvido pelos critérios clássicos hermenêuticos: o hierárquico, o cronológico e o da especialidade.

94. Em razão de se tratar de duas leis, não há como se utilizar do critério hierárquico, restando-nos os critérios cronológico e o da especialidade. Pelo critério cronológico prevaleceria a nova Lei das Estatais, em razão de ter sido editada posteriormente, e pelo critério da especialidade deveria, outrossim, pelo menos à primeira vista, a Lei das Desestatizações.

95. Contudo, o dispositivo do parágrafo único do artigo 18 é da redação original da Lei nº 9.491, de 1997. Portanto, trata-se de dispositivo editado há mais de 20(vinte) anos. Dada a evolução da legislação e do Direito Administrativo durante esse tempo até os dias atuais, notadamente após a edição da Emenda Constitucional nº 20/98 e, recentemente, da Lei das Estatais, que a regulamentação, verifica-se que os contornos jurídicos da questão se modificaram.

96. Com efeito, Alexandre Santos de Aragão leciona sobre o regime jurídico das contratações antes da Lei das Estatais:

3) Disciplina Aplicável enquanto inexistia o Estatuto: Diz respeito à manutenção da aplicação ou não da Lei 8.666/1993 a estas entidades até que o estatuto licitatório especial previsto no art. 173, CF fosse editado, e, já o tendo sido (Lei 13.303/2016), até que entrasse em vigor nessa matéria. **No sentido da aplicação das leis gerais de licitações logo se pronunciou a maioria da doutrina,¹⁴³ posição que acabou prevalecendo, inclusive no Tribunal de Contas da União - TCU.¹⁴⁴**

As únicas exceções à aplicação da legislação geral de licitações que, apesar da discordância do TCU,¹⁴⁵ o STF¹⁴⁶ aceitaria, pelo que se pode inferir da sua jurisprudência em relação à primeira, são a Petrobras, a Empresa Brasileira de Comunicação – EBC¹⁴⁷ e a Eletrobras, que possuíam dispositivos legais específicos delegando ao Chefe do Executivo a criação de procedimentos simplificados aplicáveis apenas a elas, apesar de até a edição do Estatuto da Estatais o Chefe do Poder Executivo só ter exercido essa competência em relação à Petrobras (Decreto 2.745/1998) e à EBC (Decreto 6.505/2008).

É curioso notar que, malgrado as críticas que aquele Decreto, como referido no início deste capítulo, vinha sofrendo diante da conjuntura jurídico-criminal que envolveu a Companhia, ele poderia ter a sua aplicação aperfeiçoada, inclusive através de normas internas de compliance e de boa governança corporativa para dificultar que novos eventos como os noticiados viessem a se repetir (impondo-se, por exemplo, maior rotatividade nas empresas convidadas a participar de licitações; licitando-se parcelas das obras, não apenas

a obra integral, o que reduz o número de empresas capazes de assumi-la etc.).

De qualquer forma, o Decreto 2.745/1998 foi o prenúncio pioneiro de novas preocupações em matéria de licitações e contratos que se materializaram em uma série de regras mais modernas de licitações e contratos da Administração Pública.¹⁴⁸

Aragão, Alexandre Santos De. Empresas estatais (pp. 190-191). Forense. Edição do Kindle.

97. É importante destacar, ainda, que a redação do artigo 18 da Lei das Desestatizações também é anterior até à Emenda Constitucional nº 19/98, que previu a necessidade de criação da Lei das Estatais, que deveria dispor inclusive sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

98. Portanto, mesmo que nos utilizemos do critério da especialidade, nesse caso, ao interpretar o termo "sempre mediante licitação", por obvio, **essa licitação deve obedecer atualmente aos termos da Lei das Estatais, que por sua vez deve ser interpretada neste momento pelo administrador público, em obediência ao espírito trazido por esta mesma lei**, amplamente favorável a que as licitações para as estatais sejam instrumento de economicidade, isonomia entres os fornecedores e moralidade, **mas também que não seja um entrave para a atuação mercadológica da empresa estatal em igualdade com seus concorrentes.**

99. Portanto, não se pode interpretar o parágrafo único, do artigo 18 da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, como um impeditivo à aplicação, por exemplo, do artigo 28, §3º, inciso II, ou mesmo do artigo 30, inciso II, alínea "c", da Lei das Estatais, que regulamenta o parágrafo 1º, do artigo 173, da Constituição Federal. Com efeito, não há nenhuma incompatibilidade entre os dispositivos.

3. CONCLUSÃO

100. Diante do exposto e do que dos autos consta, abstraídos os aspectos de conveniência e oportunidade do gestor público, opinamos no seguinte sentido:

101. a) é juridicamente possível a utilização, pelo BNDES, do artigo 28, parágrafo 3º, inciso I, da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, para considerar inaplicáveis as licitações para contratação de projetos e estudos de consultoria destinados a instrumentalizar operações de desestatização, tais como projetos de engenharia, estudos mercadológicos, avaliações econômico-financeiras e levantamentos jurídicos;

102. b) não é possível juridicamente a utilização, pelo BNDES, do artigo 28, parágrafo 3º, inciso II, da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, para o mesmo fim consignado na alínea anterior, pois a contratação pretendida pelo BNDES não se configura como uma oportunidade de negócio;

103. c) Caso se decida futuramente pela impossibilidade de utilização do artigo 28, parágrafo 3º, da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 para os fins desejados pelo BNDES, opinamos ser juridicamente possível enquadrar a contratação de consultorias técnicas no artigo 30, inciso II, de modo a considerar inexigível a licitação. Neste caso, o Regulamento IDR nº 3.592/2020-BNDES somente seria aplicável no que não conflitasse com as disposições da Lei das Estatais aplicáveis à inexigibilidade de licitação;

104. d) Em qualquer caso, o BNDES deve sempre respeitar os princípios da Administração Pública, como, dentre outros igualmente importantes, a impessoalidade, moralidade e probidade, de modo que o estabelecimento de um processo que garanta o mínimo de isonomia é recomendável e pode ser objeto de análise pela SFC/CGU;

105. e) Dada a novidade legislativa, caso se admita a inaplicabilidade de licitação, a Resolução e os procedimentos levados a efeito pelo BNDES para garantia de preservação dos princípios constitucionais devem ser objeto de aferição contínua pela Controladoria-Geral da União, dentro do escopo de apoio ao gestor público. Neste ponto, a CGU pode acompanhar os processos realizados, apresentar as sugestões devidas, apontar as oportunidades de melhoramento e eventuais falhas.

À consideração do senhor Coordenador-Geral de Matéria de Controle e Sanção.

Brasília, 24 de setembro de 2020.

Documento assinado eletronicamente
ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA
ADVOGADO DA UNIÃO

Documento assinado eletronicamente por ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 468586673 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA. Data e Hora: 24-09-2020 17:40. Número de Série: 1748014. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO À CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
COORDENAÇÃO-GERAL DE MATÉRIA DE CONTROLE E SANÇÃO

DESPACHO n. 00771/2020/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.104339/2020-46

INTERESSADOS: BNDS BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONOMICO SOCIAL E OUTROS

ASSUNTOS: INOBSERVANCIA DE LEI, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO

1. Aprovo, por seus fundamentos jurídicos, o alentado **PARECER n. 00220/2020/CONJUR-CGU/CGU/AGU**, da lavra do Advogado da União, ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA, o qual respondeu com profundidade à consulta da Secretaria Federal de Controle Interno sobre a RESOLUÇÃO DIR Nº 3.592/2020 - BNDES(Sei nº 1520941), que aprovou o Regulamento de Contratações Relativas à Reestruturação de Projetos e Medidas de Desestatização e previu a possibilidade de contratação direta pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES - de projetos e estudos de consultoria destinados a instrumentalizar operações de desestatização, tais como projetos de engenharia, estudos mercadológicos, avaliações econômico-financeiras e levantamentos jurídicos.

2. São estas as conclusões do Parecer às quais adiro:

a) é juridicamente possível a utilização, pelo BNDES, do artigo 28, parágrafo 3º, inciso I, da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, para considerar inaplicáveis as licitações para contratação de projetos e estudos de consultoria destinados a instrumentalizar operações de desestatização, tais como projetos de engenharia, estudos mercadológicos, avaliações econômico-financeiras e levantamentos jurídicos;

b) não é possível juridicamente a utilização, pelo BNDES, do artigo 28, parágrafo 3º, inciso II, da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, para o mesmo fim consignado na alínea anterior, pois a contratação pretendida pelo BNDES não se configura como uma oportunidade de negócio;

c) Caso se decida futuramente pela impossibilidade de utilização do artigo 28, parágrafo 3º, da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 para os fins desejados pelo BNDES, opinamos ser juridicamente possível enquadrar a contratação de consultorias técnicas no artigo 30, inciso II, de modo a considerar inexigível a licitação. Neste caso, o Regulamento IDR nº 3.592/2020-BNDES somente seria aplicável no que não conflitasse com as disposições da Lei das Estatais aplicáveis à inexigibilidade de licitação;

d) Em qualquer caso, o BNDES deve sempre respeitar os princípios da Administração Pública, como, dentre outros igualmente importantes, a impessoalidade, moralidade e probidade, de modo que o estabelecimento de um processo que garanta o mínimo de isonomia é recomendável e pode ser objeto de análise pela SFC/CGU;

e) Dada a novidade legislativa, caso se admita a inaplicabilidade de licitação, a Resolução e os procedimentos levados a efeito pelo BNDES para garantia de preservação dos princípios constitucionais devem ser objeto de aferição contínua pela Controladoria-Geral da União, dentro do escopo de apoio ao gestor público. Neste ponto, a CGU pode acompanhar os processos realizados, apresentar as sugestões devidas, apontar as oportunidades de melhoramento e eventuais falhas.

À Consideração Superior.

Brasília, 29 de setembro de 2020.

VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA
PROCURADOR FEDERAL
COORDENADOR-GERAL DE MATÉRIA DE CONTROLE E SANÇÃO
CONJUR/CGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190104339202046 e da chave de acesso ed3097ca

Documento assinado eletronicamente por VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 506086306 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA. Data e Hora: 29-09-2020 15:48. Número de Série: 17223246. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO À CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
GABINETE

DESPACHO n. 00773/2020/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.104339/2020-46

INTERESSADOS: BNDS BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONOMICO SOCIAL E OUTROS

ASSUNTOS: INOBSERVANCIA DE LEI, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO

1. Concordo com os fundamentos, e, portanto, APROVO, nos termos do DESPACHO n. 771/2020/CONJUR-CGU/CGU/AGU, o PARECER n. 220/2020/CONJUR-CGU/CGU/AGU.

2. Ao Protocolo, para trâmite via SEI à SFC.

Brasília, 29 de setembro de 2020.

FELIPE DANTAS DE ARAÚJO
Consultor Jurídico

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190104339202046 e da chave de acesso ed3097ca

Documento assinado eletronicamente por FELIPE DANTAS DE ARAUJO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 506167302 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FELIPE DANTAS DE ARAUJO. Data e Hora: 29-09-2020 17:25. Número de Série: 17308126. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
