

— *Desconstituição, pelo Tribunal de Contas, de adjudicação decorrente de licitação para venda de empresa estatal a ser privatizada.*

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Processos n.ºs 008.089/82 e 017.017/82

ANEXO VIII DA ATA N.º 88/82

Relatório e voto do Sr. Ministro Ewald Pinheiro, bem como parecer do Procurador-Geral, Dr. Ivan Luz, cujas conclusões, ante as razões expostas, foram unanimemente acolhidas pelo Tribunal, na Sessão Ordinária realizada em 30 de novembro de 1982, ao resolver — dando pela inoportunidade ou intempestividade da desistência manifestada pelo candidato à aquisição da empresa, Sr. Roberto Pessoa Naufal, que não poderia servir de base à Resolução n.º 04/82, de 4 de outubro de 1982, da Comissão Especial de Desestatização, em face da restrição oposta pelo Tribunal de Contas da União, quando do exame dos autos, organizados para acompanhamento da alienação do controle acionário da empresa Material Ferroviário S.A. — Mafersa — reafirmar a sua jurisdição e, no resguardo da sua competência, conhecer do recurso interposto pela presidência da referida Comissão, para, no mérito, negar-lhe provimento e manter em seus exatos termos, por seus jurídicos fundamentos, a decisão proferida na sessão de 9 de setembro deste ano, pela qual mandara desconstituir o ato de procedência daquela Comissão, quando do exame dos autos, organizados para acompanhamento da alienação do controle acionário da empresa Material Ferroviário S.A. — Mafersa (Processos n.ºs 008.089/82 e 017.017/82). In-

cluiu-se, também, neste mesmo Anexo, o teor da Declaração de voto apresentada pelo Sr. Ministro Luiz Octavio Gallotti, na forma dos art. 17, item V, alíneas *c* e *e*, e 38 do Regimento Interno.

Os presentes autos foram organizados para acompanhamento do processo de alienação do controle acionário da empresa Material Ferroviário S.A. — Mafersa, em estágio de privatização.

A diretoria do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) escolheu como vencedora da licitação a proposta de compra apresentada por Roberto Pessoa Naufal, em seu nome como pessoa física, associado à Empregados da Mafersa Participações S.A. Ltda., proponentes — convém esclarecer — que não satisfizeram a todos os requisitos do edital de pré-qualificação. A escolha foi referendada pela Comissão Especial de Desestatização (Anexo II, fls. 144 e 158).

De acordo com o edital de pré-qualificação, foram estabelecidos para os proponentes os seguintes requisitos mínimos:

I — cidadania brasileira e residência no País, ou, em se tratando de empresas ou grupo de empresas, efetivo controle nacional;

II — dimensão econômica compatível com a aquisição da participação acionária e com a manutenção da empresa;

III — idoneidade e bem-sucedida experiência empresarial; e

* Ver, sobre a matéria, decisão publicada na *RDA*, v. 150, p. 189.

IV — capacidade técnica, própria ou contratada de terceiros, compatível com o acervo tecnológico da Mafersa.

Sete foram as propostas apresentadas, sendo que uma delas foi retirada, tendo o Relatório da Comissão de Privatização do BNDES (Anexo II, fls. 19) concluído que apenas três dentre elas atendiam a todos os requisitos do edital, no tocante à pré-qualificação já referida.

Todavia, em caráter excepcional, as três propostas que não atendiam inteiramente àqueles requisitos foram tidas como pré-qualificadas, sob os seguintes fundamentos:

— quanto à Empregados da Mafersa Participações S.A. Ltda., em face da comprovação da capacitação técnica e gerencial e tendo em vista o interesse dos empregados da Mafersa;

— quanto às duas restantes (Companhia Comércio e Construções e Roberto Pessoa Naufal), por extensão, com base em razões de “equidade e implicações de natureza jurídica” (Anexo II — fls. 19).

A Comissão Especial de Desestatização, ao aprovar tais conclusões, estabeleceu que a pré-qualificação, de ordem excepcional, ficava subordinada a que os proponentes se associassem entre si ou com quaisquer outros dos pré-qualificados.

Quando da apresentação de oferta única de compra, apenas duas propostas foram feitas, uma de Veículos e Equipamentos S.A. — FNV, plenamente pré-qualificada e a outra de Roberto Pessoa Naufal, em conjunto com Empregados da Mafersa Participações S.A. Ltda.

A Comissão de Privatização acolheu esta última proposta, recomendando o início das negociações, quanto ao preço e demais condições, que ficaram a cargo do BNDES e das quais resultou o aumento do preço oferecido de Cr\$ 8.240.852.820,00 (52,61% do valor patrimonial das ações) para Cr\$ 12 bilhões. Com base nesse valor, expresso em ORTNs e parcelado em 13 anos e 8 meses, foi firmado Protocolo de Intenção a 23.7.82, previamente autorizado pela Diretoria do Banco (Anexo II, fls. 150

e 152) e pela Comissão Especial, sujeito, todavia, à prévia aprovação governamental.

Na instrução primitiva, o Inspetor-Geral substituto da 8.^a IGCE deu como atendidos os itens I e IV do edital de pré-qualificação, opondo restrições aos itens II e III, em face das razões expostas no seu pronunciamento.

Acolheu as conclusões da 8.^a IGCE, no seu parecer de fls. 46 a 50, o eminente Procurador-Geral, Dr. Ivan Luz, as quais também foram sufragadas pelo voto do insigne Relator, Ministro Luiz Octavio Gallotti, que concluiu pela desconstituição do ato por ilegal, proposta que mereceu a aprovação unânime do Tribunal, em sessão de 9.9.82 (fls. 52).

Destaco do brilhante voto de S. Ex.^a as seguintes considerações:

— a proponente Empregados da Mafersa Participações S.A. Ltda. foi pré-qualificada condicional e excepcionalmente por não atender aos requisitos do edital;

— da mesma forma por equidade foi pré-qualificado o empresário Roberto Pessoa Naufal, cujo patrimônio, mesmo somado ao patrimônio de sua família ou grupo, aceito pela Comissão, sequer aproxima-se da dimensão econômica compatível com a pretendida aquisição;

— o empresário associou-se à sociedade civil dos empregados da empresa, valendo-se de estipulação posterior ao edital;

— foi permitida substancial alteração do preço constante da oferta inicial;

— o patrimônio do proponente Roberto Pessoa Naufal, signatário da oferta de compra, como pessoa física, é quase cem vezes menor que o valor da entrada prometida;

— mesmo com toda essa liberalidade, prejudicial aos concorrentes em potencial, que desconheciam tais condições, não foi alcançada importância sequer equivalente a um terço da entrada prometida na proposta;

— a própria Comissão de Privatização do BNDES reconhece explicitamente que os requisitos do edital foram atendidos apenas parcialmente.

Naquela assentada, resolveu ainda o Tribunal comunicar a sua decisão, acompanhada

da do relatório e voto, aos Senhores Ministros de Estado aos quais está subordinada a referida Comissão, objetivando que os procedimentos atinentes à alienação da Mafersa se refaçam segundo a legislação pertinente.

Foi mantida ainda a nota de reserva imprimida ao processo pelo douto Procurador-Geral, até o decurso do prazo de 15 dias assinado para que a Comissão Especial comunicasse ao Tribunal as providências por ela adotadas para cumprimento da decisão.

II

Feitas as comunicações decorrentes de decidido, o Senhor Ministro Coordenador Interino do Programa Nacional de Desburocratização solicitou o prazo de 15 dias para exame mais detido da matéria (fls. 83) e os Senhores Ministro-Chefe da Seplan e Ministro Interino da Fazenda encaminharam o Ofício nº 131/82-CED, subscrito pelo Presidente da Comissão Especial de Desestatização (fls. 68/71), onde salienta entender que

“a decisão dessa Corte somente foi tomada por não ter sido levado ao seu conhecimento o documento ora junto que relaciona parte dos bens do chamado ‘Grupo Naufal’ e que demonstra a sua dimensão econômica, habilitando-o a negociar a aquisição do controle acionário da Mafersa.”

O documento referido é cópia xerox de uma carta do empresário Naufal ao BNDES e listagem de bens de propriedade de empresas e pessoas físicas de sua família. A cópia da carta não está assinada nem autenticada e a relação de bens apresenta valores estimados, sem mencionar avaliações ou n.ºs de registro imobiliário (fls. 72 a 81).

Acrescenta o expediente:

— que entendimentos têm sido mantidos com o Grupo Naufal, visando a uma negociação que possa conduzir ao contrato final, mas este só se consubstanciará caso sejam oferecidas garantias reais em número e valor que possam justificar a operação;

— que a Comissão Especial de Desestatização não abre mão das garantias que de-

verão obrigar todo o Grupo Naufal, tanto por suas pessoas físicas como jurídicas;

— que somente se satisfeitas as exigências básicas do edital, é que a Comissão passará dos entendimentos iniciais às negociações propriamente ditas;

— que os termos do Protocolo assinado entre o BNDES e Roberto Naufal não deixam dúvidas a respeito da necessidade de prévia aprovação governamental para que se celebre o contrato definitivo de compra e venda;

— que a Comissão está estudando a constituição de fiança bancária, o que dará à operação o necessário respaldo financeiro, permitindo, inclusive, que se desconsidere algumas das demais garantias anteriormente previstas e imaginadas;

— que, ao que lhe parece, “a medida preconizada pelo Plenário dessa egrégia Corte não teria respaldo maior, uma vez que a Comissão Especial de Desestatização ainda não tomou qualquer providência que a levasse a um comprometimento definitivo”.

Solicita, por fim, em 13.9.82, o reexame da matéria à luz dos esclarecimentos prestados.

III

A instrução da 8.ª IGCE, ao analisar o expediente, entende que seria custoso ao Tribunal alterar a sua decisão de 9.9.82, “em face dos novos dados cadastrais agora dados ao seu conhecimento, eis que pouco contribuem para que a e. Corte de Contas considere como totalmente atendidas as exigências dos itens II e III do edital de pré-qualificação de 6.10.81 (dimensão econômica e bem-sucedida experiência empresarial)”.

E salienta:

— que o candidato à aquisição da Mafersa é a pesosa física Roberto Pessoa Naufal e da relação de bens apresentada nenhum consta como a ele pertencente. São de propriedade de pessoas e empresas a ele ligadas;

— que dos bens apresentados, ditos como valendo Cr\$ 7,76 bilhões, apenas os pertencentes a pessoas físicas (Cr\$ 3,04 bilhões) poderiam ser utilizados para reforço da *dimensão econômica*, vez que pairam várias dúvidas sobre a parcela de Cr\$ 4,72 bilhões representada por bens de propriedade de empresas do grupo.

Dentre as dúvidas mencionadas destaca:

1) a relação de 12.11.81 apresenta bens em valor quase 13 (treze) vezes superior ao ativo permanente contabilizado em 31.12.80, menos de um ano antes e quase 5 vezes superior ao patrimônio líquido de Cr\$ 811 milhões, constante dos balanços apresentados ao BNDES (fls. 88);

2) como ser possível que em 12.11.81 a participação acionária de apenas 25% da empresa *Administração de Bens Ativa S.C. Ltda.* na Inducon do Brasil Capacitores S.A. fosse avaliada em Cr\$ 484 milhões, quando o patrimônio líquido da empresa investida era de somente Cr\$ 151,2 milhões em 31.12.80? O valor do investimento corresponde a 3,2 vezes o do patrimônio líquido da investida, o que é absurdo, quando se considera que esta não é uma empresa deficitária, isto é, não se apresenta com passivo a descoberto;

3) como se percebe nos demonstrativos indicados, cada um dos bens agora apresentados tem valor infinitamente superior ao patrimônio líquido e ao ativo permanente da respectiva empresa proprietária. À empresa *Agrícola e Pastoril Fazenda Guaira Ltda.*, por exemplo, informa-se pertencer, em 12.11.81, uma fazenda avaliada em Cr\$ 1 bilhão. Isto parece impossível quando se constata que em 31.12.80 a referida empresa possuía um ativo permanente de apenas Cr\$ 40,2 milhões e um patrimônio líquido de Cr\$ 21,4 milhões. O fato só se justificaria se tais empresas estivessem escriturando apenas uma parcela de seus ativos, mantendo um patrimônio cerca de cinco vezes superior fora da contabilidade, o que afrontaria a vasta legislação comercial e tributária do País;

4) a relação de bens requer os seguintes esclarecimentos:

- quando foram adquiridos;
- se estão devidamente registrados nos cartórios de registro de imóveis;
- se sofreram processo legal de avaliação;
- se o Incra confirma a indenização de Cr\$ 1,5 bilhão pelo imóvel por ele desapropriado.

IV

Em 7 de outubro último, através do Aviso nº 1.300, os Senhores Ministros de Estado que supervisionam o programa de desestatização comunicam ao Tribunal a desistência datada de 30.9.82 do proponente Roberto Pessoa em adquirir o controle acionário da Mafersa pelas razões nela contidas (fls. 93) e remetem cópia da Resolução nº 04/82 (fls. 94) da Comissão Especial de Desestatização que, em face dessa desistência, considera sem efeito os atos relacionados com a sua pré-qualificação e reabre o processo a quem mais estiver interessado na compra do controle da referida empresa.

A instrução submete o caso à consideração superior, opinando no sentido de que se prossiga no acompanhamento da transação prevista nestes autos.

O ilustre Procurador-Geral, Dr. Ivan Luz, em lúcido e judicioso parecer, começa por analisar o teor da Resolução nº 04/82 da CED, que reabriu o processo de pré-qualificação e tornou sem efeito os atos anteriores a ele referentes.

Considera nulo tal ato, não podendo ser tomado como execução da decisão do Tribunal, de vez que o motivo dele constante é a desistência do comprador que não tem *qualquer efeito sobre os atos progressos da licitação*. O motivo invocado, a desistência, é de natureza negocial, voluntário, e não o compulsório decorrente da decisão da Corte.

Alinha, outrossim, que não consta dos autos notícia de que a desistência tenha sido comunicada ao BNDES (o vendedor com quem o proponente firmara *Protocolo de Intenção*) nem de que o outro proponente, a firma Empregados da Mafersa Participa-

ções S.A. Ltda., que também assinou o Protocolo, tenha desistido formalmente.

Considera, também, o nobre Procurador-Geral que, não tendo o signatário do pedido de reexame formalizado sua desistência do recurso, a instância continua aberta, devendo o Plenário julgar a matéria.

Quanto ao exame substantivo do recurso, considera os elementos apresentados sem qualquer prestabilidade, pois a carta do empresário Naufal ao BNDES é uma cópia sem assinatura e sem autenticação e a *relação cadastral* anexa ao texto, sem qualquer identificação, nada informa sobre os bens do postulante, que induza a medir a compatibilidade de sua dimensão econômica com o empreendimento a que se propõe.

Salienta o ilustre Procurador-Geral que a CED insiste em indigitar o *Grupo Naufal* como sendo o proponente, quando, na verdade, o é a *pessoa física* Roberto Pessoa Naufal, e acrescenta:

“61. A admissão do Grupo, primeiro insinuada e, depois, claramente afirmada, por via oblíqua, no negócio, acutila o princípio da isonomia e o da estrita observância das condições estabelecidas no edital.

62. Aceitar, pois, essa participação associativa, não prevista no pregão, com o fim de comprovar implemento de condição *indispensável à pré-qualificação de proponente*, qual seja, a ‘dimensão econômica’ compatível com os investimentos necessários à aquisição (item 2.4.3 da Portaria Interministerial nº 121, de 14.9.81) seria quebrar o princípio que determina o tratamento igual dos administrados pela Administração. Daí, a inutilidade da ‘documentação’ apresentada como decisiva pelo peticionário de fls. formal, substancial e procedimentalmente inepta.

63. Mas, se, pelo que foi exposto, são ilegais as tratativas com o ‘Grupo’ *antes da pré-qualificação*, ilegalíssimas são após ultrapassadas esta etapa.”

E prossegue S. Ex.ª:

“65. Ali se lê referindo-se à petição revisionista, esclareço) que a Comissão mantém entendimentos *com o Grupo*, perseguindo um *contrato final*, com garantias *de sorte*

a bem atender às exigências constantes do item II (dimensão econômica) do edital de pré-qualificação.

66. Subverte-se, com isso, por inversão, o procedimento licitatório, irremediavelmente à nulificação, convertendo-o numa inutilidade altamente dispendiosa.

67. Se, por absurdo, ainda, fossem desprezados estes aspectos definitivamente comprometedores da liceidade da competição, restariam, no mérito, as bem lançadas observações do Sr. Assessor José Régis Marques, às fls. 84/90.

68. À luz do exame técnico, o conteúdo dos papéis anexados à petição revisionista se revela inteiramente indisposto com o animado propósito de fermentar a dimensão econômica do candidato e fazê-la crescer até se compatibilizar com os investimentos necessários à aquisição pretendida.

69. Como se vê, estão condenados à orfandade jurídica os argumentos do pedido de reexame da decisão tomada pela Corte, ao sentir do peticionário, *sem respaldo maior...*

70. Não é serôdio, tendo em vista os efeitos de suas decisões, registrar que o Tribunal, ao decidir, como decidiu, não “preconiza medida”, como supõe o peticionário.

71. Preconizar é aconselhar e a Corte, quando surpreende ilegalidade como as que encontrou, *in casu*, nos atos da administração jurisdicionada, determina sua desconstituição, posto que ineficazes. É de sua competência constitucional fazê-lo e de rigor que a Administração cumpra o mandamento *e por força deste*.

72. Por tudo que exposto foi, entendemos que, consideradas as observações feitas nos itens 29 a 38 deste parecer, é de ser conhecido o pedido de reexame, às fls., feito pelo presidente da Comissão Especial de Desestatização para negar-lhe provimento, mantida a decisão de 9 de setembro do corrente, que julgou ilegítimo o ato de gestão patrimonial da Diretoria do BNDES ao escolher a proposta dada como vencedora e ilegal o ato administrativo da CED que o referendou, ineficazes em consequência.

Decorrido o prazo estabelecido no item 1, como dispõe o item III da decisão, o cancelamento da reserva é consequência.”

É o Relatório.

VOTO

Sobram razões, bastante relevantes sem sombra de dúvida, ao ilustre Procurador-Geral, Prof. Ivan Luz, nas oportunas, brilhantes e pertinentes considerações contidas no seu douto pronunciamento. Por um elementar dever de justiça, que cumpro prazerosamente, desejo ressaltar o elevado teor jurídico do parecer do nobre representante do Ministério Público, pelo que, mais uma vez, presto a S. Ex.^a, como tenho feito noutras oportunidades, a homenagem do meu alto apreço pela sua atuação destacada na defesa do império da lei e do interesse público.

Ao subscrever integralmente o parecer do ilustre Procurador-Geral, quero, por outro lado, para justificar o meu voto, fixar ou situar algumas datas que julgo importantes no deslinde deste episódio.

O julgado do egrégio Tribunal mandando desconstituir o ato que referendou a decisão da Diretoria do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que escolhera pretendente à aquisição de ações no processo de privatização da Mafersa, é de 9 de setembro do corrente ano. Posteriormente a essa decisão, a 30 de setembro, o beneficiário do ato impugnado comunicou a sua desistência à Comissão Especial de Desestatização, que a homologou e a transmitiu a esta Corte em 7 de outubro seguinte.

Acontece porém que, antes dessas datas — 30 de setembro e 7 de outubro — já dera entrada no Tribunal o recurso interposto à aludida decisão pela Comissão supra-referida, com data de 13 de setembro e aqui recebido no dia 20 posterior.

Vê-se portanto que, quando ocorreu a desistência e a mesma foi comunicada ao Tribunal, homologada pela Resolução nº 04/82, já transitava neste o recurso objetivando a revisão do julgado de 9 de setem-

bro. A matéria estava assim *sub judice* e a Resolução que cancelou a pré-qualificação não fez qualquer remissão à decisão do Tribunal, anterior à desistência, a qual, por isso mesmo, deveria ser o fundamento da rescisão, visto àquela época a desistência ser extemporânea e inconsequente.

Desistir é não prosseguir num intento ou renunciar a ele (Aurélio, *Novo Dicionário*, 1.^a edição, 3.^a impressão) e àquela altura o intento ou a pretensão do desistente estavam bloqueados ou barrados em face da decisão do Tribunal.

Em consequência, a desistência caiu em um vazio, não poderia prosperar, eis que o ato de pré-qualificação se achava desfigurado, moribundo, sem consistência jurídica, dado o veto com que a Corte o fulminara.

Não se trata, como pode parecer à primeira vista ou superficialmente aos mais desavisados, de uma questão apenas formal. Ela tem conteúdo e possui substância.

Na verdade, como desistir de um negócio juridicamente inexistente, que não poderia cristalizar-se, visto haver sido a sua invalidade proclamada pelo órgão legalmente incumbido, em última instância, de aprová-lo ou rejeitá-lo?

A desistência pressupõe, ineludivelmente, como contrapartida, que, incorrendo ela, o ato prevaleça e produza os efeitos por ele visados.

Inócua se afigura a desistência de um negócio que não poderia consumir-se ou não estava em via de concretizar-se, em face da flagrante ilicitude de que se revestiu, por não terem sido atendidos, na sua realização, todos os requisitos de pré-qualificação estabelecidos no edital de que se originou.

Por outro lado, os argumentos trazidos à colação no recurso, como demonstra à saciedade o parecer do nobre Ministério Público, não elidiram as razões que serviram de esteio ou de suporte ao decidido pelo Tribunal.

Papéis não autenticados e sem assinaturas, relação cadastral desprovida de qualquer identificação, constituição de grupo de pessoas físicas ou jurídicas não prevista no edi-

tal da pré-qualificação, ausência da concordância de Empregados da Mafersa Participações S.A. Ltda. da desistência e ciência desta ao BNDES, que, como vendedor, firmara o chamado *Protocolo de Intenção*, eis o extenso rol de falhas e irregularidades que conduzem à imprestabilidade dos elementos em que se lastreia o recurso.

Por tudo isso, dando pela inoportunidade ou intempestividade da desistência, que não poderia servir de base à Resolução nº 04/82, em face da restrição que o Tribunal opusera ao ato, reafirmo a jurisdição da Corte e, no resguardo da sua competência, conheço do recurso para, *no mérito*, negar-lhe provimento, mantido, em seus exatos termos, por seus jurídicos fundamentos, a decisão recorrida.

TCU, 30 de novembro de 1982. *Ewald S. Pinheiro*, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Ao acompanhar o duto voto do eminente Ministro Ewald Pinheiro, deploro a incompreensão revelada, pela digna Presidência da Comissão Especial de Desestatização, a respeito da decisão deste Tribunal, cuja reconsideração é impetrada.

Duplo lapso de percepção foi mesmo o que, lamentavelmente, sucedeu.

Em primeiro lugar, isso ocorreu no tocante à eficácia da deliberação da Corte, que não se limita — como pareceu àquela Presidência — a preconizar medidas, mas determina a desconstituição de ato administrativo julgado ilegal e ineficaz. E viu-se este, não obstante (e após ciência da decisão do Tribunal), considerado sem efeito, não pelo citado e indeclinável motivo, mas sob invocação de superveniente interesse do proponente do negócio.

Em segundo lugar, não logrou correto entendimento, também, a fundamentação da assentada em reexame.

Ficou patente o descumprimento dos editais: quer pela abertura de possibilidades não anunciadas, com prejuízo irremediável dos princípios elementares da publicidade da competição e da igualdade dos concor-

rentes, quer pela não satisfação, ainda assim, das exigências mínimas, postas no prego e na Portaria Interministerial nº 121, de 1981.

Sob color de sanar vícios de tanta gravidade — que são de origem por natureza irreparáveis — procura-se inverter o processo seletivo e inculcar suposto documento, sem valia alguma, sobrepondo esse papel às análises técnicas do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que só agora, ultrapassadas as fases de pré-qualificação (a que se destinavam) e até de seleção, são acoimadas de vagas, pela Presidência da Comissão Especial de Desestatização.

Acolhendo o luminoso parecer do nobre órgão do Ministério Público, concluo, com o eminente Relator, pela manutenção da decisão anterior, deste Plenário.

TCU, 30 de novembro de 1982. *Luiz Octavio Gallotti*, Ministro.

PARECER

Voltam os autos ao Ministério Público.

2. Decidido foi pelo egrégio Plenário em sessão sigilosa de 9.9.1982:

I — determinar à Comissão Especial de Desestatização que desconstitua o ato de sua procedência, comunicando, ao Tribunal, no prazo de 15 dias as providências adotadas para esse fim;

II — mandar levar ao conhecimento dos eminentes Senhores Ministros de Estado, que está subordinado a Comissão, a presente decisão, a fim de que os procedimentos relativos à alienação da Mafersa se refaçam, compatibilizados com as normas da legislação pertinente;

III — manter, outrossim, até o decurso do prazo estabelecido no item I supra, a reserva imprimida, ao processo, pelo Procurador-Geral, Dr. Ivan Luz.

3. A v. decisão acolheu o voto, como sempre, brilhante, na forma e na judiciosa aplicação do direito, proferido pelo eminente Ministro-Relator, Luiz Octavio Gallotti.

4. Em seu minucioso exame do caso, destacou Sua Excelência a análise, outrossim,

minudente, de fls. 38/45, do Sr. Inspetor-Geral substituto da 8.^a Inspeção e a informação elucidativa de fls. 14/26, do Sr. Assessor, cujos aportes técnicos constituíram segura base para a oportuna ação do controle exercida pela Corte.

5. Honrou-nos o eminente Relator com a transcrição de longos trechos de nosso parecer, às fls., em que procuramos demonstrar a ilegalidade do ato da Comissão que referendou a decisão da Diretoria do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social e a ilegitimidade do ato de gestão patrimonial deste mesmo Banco ao escolher pretendente à aquisição de suas ações que não atendia aos critérios fixados pelas normas editadas pelo Governo.

6. Às fls. 63, com data de 13 de setembro de 1982, está o Of. nº 540/82 do Sr. Inspetor-Geral da 8.^a Inspeção, endereçado ao presidente da Comissão Especial de Desestatização, comunicando a Decisão do Tribunal.

7. Às fls. 64, 65 e 66 cópias dos Avisos n.ºs 009-SP/82, 010 e 011 da mesma data, da egrégia Presidência, aos Ex.ºs Srs. Ministros de Estado, respectivamente, da Secretaria de Planejamento da Presidência da República, da Fazenda e ao M.D. Orientador e Coordenador do Programa Nacional de Desburocratização, encaminhando cópias da decisão proferida.

8. Às fls. 67, vem o Aviso nº 1.194, de 20 9 82, do Ex.º Sr. Ministro-Chefe da Secretaria de Planejamento da Presidência da República, encaminhando à Presidência o Ofício nº 131/82-CED, do Sr. Presidente da Comissão Especial de Desestatização com cujos termos e razões informa que se compõe, por isso que, como se lê, "toda a questão se encontra em estudos, dependendo de decisão formal a ser tomada e de acordo com as circunstâncias que então se oferecerem à nossa apreciação final".

9. Às fls. 68/71 está o aludido Ofício nº 131-CED, de 13 9 82, em que, em síntese, o Sr. Presidente da CED:

a) informa que tomou boa nota dos termos do Of. nº 540/82 da 8.^a IGCE, de 13.9, inteirando-se das razões que levaram

a Corte a determinar a desconstituição do ato da Comissão que preside e que referendara a decisão do BNDES acolhedora da proposta de Roberto Naufal para aquisição do controle da Mafersa;

b) transmite o entendimento havido no âmbito da Comissão, de que a decisão da Corte "somente foi tomada por não ter sido levado ao seu conhecimento o documento, ora junto, que relaciona parte dos bens do chamado "Grupo Naufal e que *demonstra a sua dimensão econômica*, habilitando-o a negociar a aquisição do controle acionário daquela empresa"; que a Comissão verificou que, *lamentavelmente*, entre os documentos oferecidos a esse egrégio Tribunal, não se incluiu tal relação cadastral que melhor retrata a dimensão econômica *dos pretendentes...*" (grifos nossos);

c) revela que, de acordo com entendimentos com o Grupo, tendo em vista negociação que conduza a um contrato final, este só acontecerá se forem oferecidas garantias reais em número e valor que possam justificar a operação, viabilizando-a convenientemente. Aponta entre tais garantias estarão aquelas que deverão obrigar todo o Grupo Naufal, tanto por suas pessoas físicas como jurídicas, *de sorte a bem atender* às exigências constantes do item II do edital de pré-qualificação (dimensão econômica);

d) revela, mais, que a Comissão está diligenciando "junto ao BNDES para obter *melhores esclarecimentos a respeito da idoneidade e bem-sucedida experiência* empresarial daquele Grupo, vez que *considera vaga* a manifestação a respeito da situação geral das empresas, especialmente daquela que diz respeito *a sua situação financeira, uma vez que nem todas as empresas relacionadas no documento junto por cópia* foram objeto de maior perquirição por parte dos BNDES";

e) alega que, só se satisfeitas as exigências básicas do edital é que a Comissão passará dos *entendimentos iniciais às negociações propriamente ditas*, "razão pela qual não há por que temer enquanto se proces-

sam simples entendimentos que não obrigam ao contrato”;

f) realça que os termos do Protocolo assinado entre o BNDES e Roberto Naufal não deixam dúvida quanto à necessidade de prévia aprovação governamental para que se celebre o contrato definitivo, aprovação que não pode ser considerada obtida “pelo simples fato de estarem se processando entendimentos entre as partes interessadas, ainda que a estes esteja presente esta Comissão”.

10. Após tecer considerações sobre garantias outras que seriam estudadas, repisa que ainda não foi atingido um estágio definitivo de entendimentos que permitisse à Comissão passar às negociações finais. Em tais condições, pede vênua para expressar que, de seu parecer, “a medida preconizada pelo Plenário dessa egrégia Corte não teria respaldo maior”, uma vez que, repisa, a CED ainda não tomara qualquer providência que a levasse a um comprometimento definitivo.

11. Solicita, por fim, o reexame da matéria, enfatizando ponto que lhe parece relevante: o da manutenção da reserva imprimida por nós ao processo *enquanto não vier a ser definida toda a questão*. É que “não lhe parece justo — para com os interessados — tornar pública a decisão, qualquer que seja ela, enquanto não houver definição por parte desta Comissão”, zelo que estende à proteção do Estado, pois que, segundo entende e expressa, a publicação do decidido pela Corte poderá ensejar “a adoção de medidas reparatórias de eventuais prejuízos, ainda que de ordem moral”, de parte, certamente, dos interessados.

12. Às fls. 72/81 comparecem os “documentos” anexados com o ofício supra-aludido e sintetizado.

13. O primeiro, de fls. 72/79, é cópia xerox de correspondência encaminhada por Roberto Pessoa Naufal, em data de 12.11.1981, ao então BNDE, com a qual pretende cumprir a solicitação de informações e documentos, “conforme os termos do edital de pré-qualificação”, ao tempo em que transmite dados em torno das “qualificações mí-

nimas mencionadas no referido edital”: cidadania brasileira, dimensão econômica compatível, idoneidade e bem-sucedida experiência empresarial, capacidade técnica.

14. Relaciona empresas da família Naufal.

15. O segundo contém uma relação de bens imóveis, rurais em sua maioria.

16. Ambas as cópias não têm assinaturas ou autenticação.

17. Às fls. 82 está o Aviso nº 695, de 28.9.82, do Ex.º Sr. Ministro da Fazenda Interino, através do qual comunica que “os esclarecimentos sobre o processo de privatização da Mafersa foram encaminhados pelo Aviso nº 1.194, de 29.9.82, do Sr. Ministro-Chefe da Secretaria de Planejamento da Presidência da República, por nós referidos”.

18. Às fls. 83 vem o Aviso nº 39, de 28.9.82, com o qual o Ex.º Sr. Ministro Coordenador Interino do Programa Nacional de Desburocratização pede a concessão de prazo de 15 dias “para mais detido exame da matéria”.

19. Às fls. 84/90 pronunciou-se o Sr. Assessor da 8.ª Inspeção-Geral, o mesmo a quem coube, como Inspetor-Geral Substituto, emitir o parecer de fls. 38/45 a que já neste nos referimos, com louvor pelo trabalho técnico com que provou o não atendimento, pelo interessado, das condições legais exigidas para sua admitida pré-qualificação.

20. Este parecer leva a data de 6.10.1982.

21. Às fls. 91/92, comparece o Aviso nº 1.300, de 7.10.82, com que os três Ministros de Estado, aos quais *está subordinada* a Comissão Especial de Desestatização, comunicam cópia da Resolução nº 04/82, de 4.10.82, da CED, em que a dita Comissão resolve determinar a *reabertura do processo de pré-qualificação* de que cuidam os autos, “tendo em vista a desistência manifestada pelo Sr. Roberto Pessoa Naufal, em carta de 30 de setembro do corrente ano, e considerar sem efeito os atos relacionados com a pré-qualificação do Sr. Roberto Pessoa Naufal e a oferta única de com-

pra por ele apresentada em conjunto com a Empregados Mafersa S.A. Ltda. (fls. 94).

22. Às fls. 93 está anexada cópia xerox da carta de desistência aludida, assinada por Roberto Pessoa Naufal em data de 30.9.82.

23. Em 11.10.82, por despacho presidencial, foi o Aviso nº 1.300, de 7.10.82, encaminhado à 8.ª IGCE, com a carta de desistência referida, onde alega o signatário, à guisa de motivo determinante, as “recentes modificações havidas na economia mundial, com reflexos em nosso País”.

24. Pronunciou-se o Sr. Inspetor-Geral às fls. 95, aos 13.10.82, e vieram os autos às nossas mãos.

25. A decisão do egrégio Plenário, às fls., tomada em sessão de 9 de setembro do corrente ano, mandava à Comissão Especial de Desestatização que desconstituísse o ato administrativo de sua procedência que referendara a escolha, pela Diretoria do BNDES, da proposta de Roberto Pessoa Naufal, dada como vencedora na competição para adquirir as ações da Mafersa, integralmente de propriedade do Banco.

26. A escolha e o referendo foram atos julgados ilegítimos, por isso que o escolhido não implementava as condições, exigidas pelo edital de pré-qualificação e pela Portaria Interministerial nº 121, de 14.9.81, da qual se originou. Além disso, o procedimento revelou-se, em outros aspectos, igualmente insubmisso ao edital, como acentua o voto do eminente Ministro-Relator: a) pré-qualificou, *condicionalmente* e em caráter *excepcional*, a proponente “Empregados da Mafersa Participações S.A. Ltda.” estendendo esta solução, a dois outros candidatos, dentre os quais, Roberto Pessoa Naufal; b) admitiu o consórcio entre ambas *supervenientemente* ao edital; c) infringiu o princípio basilar da *publicidade* do pregão, ao facultar a possibilidade de ser contemplado patrimônio alheio (Grupo ou “Família” Naufal) na composição de condições editalícias quando esta possibilidade não estava inscrita no edital; d) ensejou substancial alteração do preço constante da oferta demandada única, nos termos, já agora, de novo edital para apresentação de

“oferta única de preço” (fls. 67/69 do Anexo II), tudo como óbvio e prejudicial desconhecimento pelos concorrentes potenciais, das verdadeiras condições da competição.

27. Noticiam os autos, como se observa, que, após o pedido de reexame do Presidente da CDE, e já instruído o processo na 8.ª IGCE, o proponente Roberto Pessoa Naufal, através de carta junto por cópia ao Aviso nº 1.300, de 7.10.82, dos Senhores Ministros signatários, desistiu da aquisição a que concorrera, e fora escolhido, em procedimento administrativo julgado irregular pelo egrégio Plenário.

28. O motivo alegado pelo desistente prende-se a “recentes modificações havidas na economia mundial, com reflexos em nosso País” (fls. 93).

29. A desistência foi o motivo que serviu de fundamento à Resolução nº 4, de 4.10.82, igualmente encaminhada, por cópia, com o Aviso citado. Neste ato administrativo, primeiro, a Comissão determina a reabertura do processo de pré-qualificação “*tendo em vista a desistência* manifestada pelo Sr. Roberto Pessoa Naufal” e, após (item 2º), considera “sem efeito os atos relacionados com a pré-qualificação do Sr. Roberto Pessoa Naufal e a oferta única de compra por ele apresentada em conjunto com a Empregados Mafersa S.A. Ltda.”.

30. Não há referência à decisão do Tribunal que determinou a desconstituição do ato da Comissão, declarados ineficazes os de sua procedência e os de gestão patrimonial da Diretoria do BNDES.

31. O motivo, formalmente invocado, é de natureza negocial, voluntário, não o compulsório que decorre da decisão da Corte, prolatada em julgamento anterior e do qual, inclusive, a Comissão recorreu em pedido de revisão.

32. É curial que o ato da administração, declarando sem efeito o complexo de atos relativos a um procedimento licitatório, *deve ser formalmente motivado*. A *communis opinio* considera a motivação essencial à perfeição do ato administrativo, coisa de sabença elementar.

33. De conseqüência, não ostentado outro motivo para a decisão constante do item 2º da Resolução nº 4/82 da Comissão, e não tendo a desistência do proponente *qualquer efeito sobre os atos pgressos* da licitação, fica *imotivado* o ato administrativo consubstanciado no referido item 2º.

34. Ora, o direito repudia tal prática. A vacuidade de ato desprezita os direitos dos administrados. É abusiva. O verdadeiro motivo, a decisão do Tribunal, foi ignorado... O ato é nulo, nenhum efeito produz. Não pode ser tomado como execução da decisão.

35. Por outro lado, a desistência do comprador foi participada à Comissão e não há, nos autos, notícia de que tenha sido endereçada ao vendedor, o BNDES, com quem firmou contrato denominado "Protocolo de Intenção" (fls. 152/155), na verdade, contrato de compra e venda das ações da empresa.

36. Entretanto, a firma Empregados da Mafersa Participações S.A. Ltda., também escolhida na etapa de pré-qualificação e que, junto com o proponente, *assinou o contrato* prefalado *não manifestou desistência* do negócio. Como poderia a Resolução, *invocar* a desistência de um só para determinar como fez no item 1º?

37. O peticionário do pedido de reexame, outrossim, não formalizou desistência do recurso — *lato sensu* — interposto. A instância continua aberta.

38. Essas circunstâncias, aliadas ao vício que fulmina o item 2º da Resolução nº 4/82 da Comissão, impõem seja apreciado o pedido de reexame, oportunidade em que toda a matéria objeto do controle de legalidade, é devolvida ao conhecimento do egrégio Plenário, inclusive a que lhe é posterior, em virtude do caráter permanente da ação de controle.

39. Passamos, assim, à apreciação do reexame pedido.

40. Na petição em que é signatário, o Sr. Presidente da Comissão Especial de Desestatização manifesta a convicção — que é, também, de seus pares — de que a "documentação" que anexou com o pedido,

agora, se tivesse vindo ao conhecimento da Corte, antes, por certo outro teria sido o *decisum*. Ela demonstraria a dimensão econômica do "Grupo Naufal", *habilitando-o a negociar a aquisição do controle acionário* daquela empresa.

41. O exame da dita "documentação" não abona o otimismo do solicitante.

42. O fato de ter a Comissão conferido valor probante da satisfatória dimensão econômica de pretendente à aquisição de uma empresa sob controle estatal aos festejados documentos, só faz agravar, e de muito, as preocupações do controle sobre a condução dos negócios postos sob sua curatela.

43. Realmente, não é aceitável se empreste fé mínima a tal papel e, muito menos, que se o apresente ao Tribunal como prova decisiva que, antes, por lamentada omissão (1) apresentada não fora...

44. O "documento", em que o peticionário enxerga tão destacada importância e, a despeito, fora esquecido pela Comissão quando instada a dar informações sobre o assunto, não tem, desenganadamente, qualquer prestabilidade. Sob aspecto formal é cópia xerox de texto com aparência epistolar. Não tem autenticação nem assinatura. Do texto consta, apenas, o nome, à máquina, de "Roberto Pessoa Naufal".

45. A admitir-se o exame substantivo do reproduzido texto epistolar, verificar-se-á, relativamente à dimensão econômica do pretendente, que, sendo ele, por óbvio, do próprio interessado, as informações prestadas para atender à exigência editalícia, nem assim esclarecem, *remotamente que seja*, quanto à participação do candidato nas empresas e atividades que a ele estariam ligadas "direta" ou "indiretamente", como alega.

46. A "relação cadastral" anexa ao texto pelo peticionário, também ora juntada por cópia xerox sem qualquer identificação, se, outrossim, analisada substantivamente, nada informaria sobre os bens do postulante que induzisse a medir a compatibilidade de sua *dimensão econômica com o empreendimento a que se propõe*.

47. Trata-se de simples relação de imóveis, com valor estimado, certamente, pelo próprio candidato, pois que não há, quanto a eles, qualquer laudo de avaliação nem referência (ao menos) relativa a registros imobiliários, enfim, nada que se pareça com o que de mais elementar se exige para qualquer simplória e simplista operação em que entre, de uma forma ou de outra, em consideração, patrimônio imobiliário da parte interessada.

48. Se é com base em informes dessa natureza que são tomadas as decisões relativas à “privatização” das empresas estatais, alienando-se patrimônio público de vulto, então, sem dúvida, crescem de muito, como dissemos, as preocupações com o processo de privatização. E aumentam, na mesma proporção, as responsabilidades do controle no vigiar para que os propósitos e os importantíssimos objetivos da Administração Federal, manifestados através de atos do próprio Presidente da República, não sejam frustrados nas impropriedades da execução.

49. A juntada de tais papéis ao processo, anteriormente à decisão da Corte, teria tido, pois, sem dúvida, um só efeito: o de surpreender pela demonstrada afoita ligeireza com que são tratados assuntos de tanta seriedade.

50. Demais disso, e se não bastasse, restam alguns aspectos que devem ser apontados, a demonstrar que são vãs as esperanças de que a “documentação” altere a decisão do Tribunal, como seguem.

51. A Comissão insiste em indigitar o “Grupo Naufal” como sendo o proponente quando, na verdade, o é a *pessoa física* Roberto Pessoa Naufal. Há referência, às fls. 13 da “Informação Padronizada” encaminhada à Diretoria do Banco pela Comissão de Privatização da empresa, a uma certa “procuração” que teria sido apresentada pelo proponente e outorgada por *outros membros da família*, autorizando fosse o *patrimônio do grupo* (?) oferecido para efeito de avaliação de sua dimensão econômica.

52. O instrumento desta referida procuração não foi encaminhado ao Tribunal com as informações solicitadas.

53. É claro que tal procuratória em nada altera o fato de ser proponente a pessoa física Roberto Pessoa Naufal.

54. Não parece justificável, pois, que, no item 4 da “Informação Padronizada”, apareça, após o patronímico do pretendente, entre parênteses, referência a “Grupo Naufal” quando, imediatamente a seguir, a Comissão de Privatização, autora do texto, expressamente declara que se trata de “proposta de *pessoa física*” (fls. 12).

55. Também não parece justificável que no Edital de Apresentação de Oferta Única de Preço (fls. 13) surja, entre os pré-qualificados, o nome do proponente seguido de “Grupo Naufal”, separados por barra, ambigüidade que não se compatibiliza com um procedimento que se requer claro e linear.

56. Menos justificável, ainda, é que o pedido de reexame da decisão da Corte, refira-se ao “documento”, o mesmo imprestável objeto de nossa apreciação, como o que relaciona “parte dos bens do chamado (*sic*) ‘Grupo Naufal’ e que demonstra a sua *dimensão econômica, habilitando-o* (!) *a negociar a aquisição* do controle acionário... e que na aludida petição (fls. 69) compareça, como *substituto* do proponente, o indefinido e indefinível “Grupo Naufal”, com o qual, informa o peticionário, a CED mantinha entendimentos visando negociações que conduzissem a um contrato final; e que apareça, então, e *após a pré-qualificação*, o dito juridicamente caracterizado “Grupo” como aquele a que a Comissão deveria obrigar, como garante, “tanto por suas pessoas físicas como jurídicas, de sorte a bem atender às exigências constantes do item II (dimensão econômica), ao edital de pré-qualificação”.

57. Impõe-se, ante as ambigüidades apontadas, deixar claro que o *proponente*, afinal irregularmente escolhido pelo Banco com referendo igualmente ilegal da Comissão, foi Roberto Pessoa Naufal, pessoa física agora desistente.

58. Todavia, se o “documento”, por absurdo, sobrevivesse à sua absoluta impresta-

bilidade probatória, não serviria à prova de “dimensão econômica” do proponente. É que sua apreciação subentenderia um consórcio, ou associação entre aquele e os integrantes do chamado Grupo — pessoas físicas ou jurídicas — e tal associacionismo seria inadmissível, pois que *não previsto no edital de pré-qualificação*.

59. Na verdade, o processo especificamente regrado para a alienação das empresas estatais não se pode desquitar dos *princípios básicos* que orientam o processo licitatório no direito brasileiro. A obediência a estes princípios, por exigência da moral administrativa, mesmo sem regra explícita, é dever implícito que deflui do sistema constitucional, e é afirmada, à prática unanimidade, pelos administrativistas.

60. A admissão do Grupo, primeiro insinuada e, depois, claramente afirmada, por via oblíqua, no negócio, acutila o princípio da isonomia e o da estrita observância das condições estabelecidas no edital.

61. Aceitar, pois, essa participação associativa, não prevista no pregão, com o fim de comprovar implemento de condição *indispensável à pré-qualificação de proponente*, qual seja, a “dimensão econômica” compatível com os investimentos necessários à aquisição (item 2 4 3 da Portaria Interministerial nº 121, de 14.9.81) seria quebrar o princípio que determina o tratamento igual dos administrados pela Administração. Daí, a inutilidade da “documentação” apresentada como decisiva pelo peticionário de fls., formal, substancial e procedimentalmente inepta.

62. Mas, se, pelo que foi exposto, são ilegais as tratativas com o “Grupo” *antes da pré-qualificação*, ilegalíssimas são após ultrapassada esta etapa.

63. É inquietante, desse modo, verificar que a petição revisionista tenta passar ao Tribunal, contra a evidência dos fatos e do direito, a versão de que tudo ainda estaria *in fieri*, nada definitivo, tudo como se estivesse começando, como se o processo licitatório, até então, nenhum efeito produzisse.

64. Ali se lê que a Comissão mantém entendimentos *com o Grupo*, perseguindo um *contrato final*, com garantias *de sorte a bem atender às exigências constantes do item II* (dimensão econômica) do edital de pré-qualificação.

65. Subverte-se, com isso, por inversão, o procedimento licitatório, irremediavelmente condenado à nulificação, convertendo-o numa inutilidade altamente dispendiosa.

66. Se, por absurdo, ainda, fossem desprezados estes aspectos definitivamente comprometedores da liceidade da competição, restariam, no mérito, as bem lançadas observações do Sr. Assessor José Régis Marques, às fls. 84/90.

67. À luz do exame técnico, o conteúdo dos papéis anexados à petição revisionista se revela inteiramente indisposto com o animado propósito de fermentar a dimensão econômica do candidato e fazê-la crescer até se compatibilizar com os investimentos necessários à aquisição pretendida.

68. Como se vê, estão condenados à orfandade jurídica os argumentos do pedido de reexame da decisão tomada pela Corte, ao sentir do peticionário, *sem respaldo maior...*

69. Não é serôdio, tendo em vista os efeitos de suas decisões, registrar que o Tribunal, ao decidir, como decidiu, não “preconiza medida”, como supõe o peticionário.

70. Preconizar é aconselhar, e a Corte, quando surpreende ilegalidade como as que encontrou, *in casu*, nos atos da administração jurisdicionada, determina sua desconstituição, posto que ineficazes. É de sua competência constitucional fazê-lo e de rigor que a Administração cumpra o mandamento *e por força deste*.

71. Por tudo que exposto foi, entendemos que, consideradas as observações feitas nos itens 29 a 38 deste parecer, é de ser conhecido o pedido de reexame, às fls., feito pelo presidente da Comissão Especial de Desestatização, para negar-lhe provimento, mantida a decisão de 9 de setembro do corrente, que julgou ilegítimo o ato de

gestão patrimonial da Diretoria do BNDES, ao escolher a proposta dada como vencedora, e ilegal o ato administrativo da CED, que o referendou, ineficazes em consequência.

Decorrido o prazo estabelecido no item I, como dispõe o item III da decisão, o cancelamento da reserva é consequência.

Procuradoria, 3 de novembro de 1982.
Ivan Luz, Procurador-Geral.