

**BNDES – EMPRÉSTIMO A TÍTULO DE ADIANTAMENTO DE  
DEBÊNTURES A COMPRADOR DE EMPRESA ESTATAL  
PRIVATIZADA  
Representação**

Ministro-Relator José Antonio Barreto de Macedo

Grupo II – Classe V – Plenário

TC-927.764/98-9 (c/ 03 volumes)

Natureza: Representação.

Entidade: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES.

*Ementa: Representação conjunta de Unidades Técnicas do Tribunal. Realização de inspeção no BNDES em cumprimento a determinação deste Tribunal (Decisão n. 708/98-Plenário). Regularidade, do ponto de vista formal, da operação financeira realizada pela BNDESPAR consistente em um empréstimo realizado a alguns integrantes do Consórcio Telemar, a título de adiantamento de debêntures, salvo quanto à ausência de prévia análise pelo BNDES da capacidade econômico-financeira das beneficiárias. Apuração de outras irregularidades. Audiência dos responsáveis. Determinações.*

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos da Representação conjunta formulada pelos Srs. Secretários da 8ª e da 9ª SECEXs (fls. 01/06), acerca de possíveis irregularidades no processo de venda da **Tele Norte Leste Participações S/A**, uma das 12 empresas de telecomunicações resultantes da cisão do Sistema TELEBRÁS.

2. Ao apreciar o teor da aludida Representação, o Plenário desta Corte de Contas, em Sessão de 14/10/98, decidiu (fls. 08/10):

"8.1. determinar a realização de inspeção no BNDES, a cargo da 8ª e 9ª Secexs, para apurar:

- a) a legalidade e regularidade dos atos dos dirigentes da entidade na aquisição dos 25% das ações da Tele Norte Leste;
- b) as condições legais a serem observadas para a eventual alienação, pelo Banco, desses mesmos 25% de ações da Tele Norte Leste;
- c) as condições legais da participação do BNDES no financiamento das 'empresas-espelho' do sistema de telefonia; e

8.2. determinar ao BNDES, cautelarmente, que se abstenha de efetuar a alienação dos 25% das ações da Tele Norte Leste, relativos à participação do BNDESPAR nessa empresa, até que o TCU delibere sobre as conclusões da inspeção determinada no subitem 8.1, supra” (Decisão nº 708/98-Plenário, Ata nº 42/98).

3. Posteriormente, foi juntada, para exame conjunto, a correspondência encaminhada em 15/10/98 pelo advogado Alcindo Medeiros Caldas (OAB/RJ nº 14.278), contendo cópia de peças de processo judicial, em que questiona o leilão de venda da Tele Norte Leste, alegando a inocorrência de desestatização da empresa, a incapacidade financeira do consórcio vencedor e a intenção do BNDES de vender, sem leilão, a participação detida no capital daquela empresa.

4. Do minucioso e bem elaborado Relatório da Inspeção realizada, em cumprimento à supramencionada Decisão, merecem destaque os dados a seguir consignados.

5. A Tele Norte Leste, constituída em 22/05/98 (data da Assembléia-Geral Extraordinária que autorizou a referida cisão), controla o conjunto das 16 empresas operadoras de telefonia fixa a seguir discriminadas:

<b>OPERADORA</b>	<b>PARTICIPAÇÃO DA TELE NORTE LESTE</b>
Telecomunicações do Rio de Janeiro S.A. – TELERJ	70,7 %
Telecomunicações de Minas Gerais S.A. – TELEMIG	82,9 %
Telecomunicações do Espírito Santo S.A. - TELEST	85,2 %
Telecomunicações da Bahia S.A. – TELEBAHIA	89,1 %
Telecomunicações de Sergipe S.A. - TELERGIPE	73,6 %
Telecomunicações de Alagoas S.A. - TELASA	77,6 %
Telecomunicações de Pernambuco S.A. – TELPE	77,2 %
Telecomunicações da Paraíba S.A. – TELPA	71,5 %
Telecomunicações do Rio Grande do Norte S.A. - TELERN	75,4 %
Telecomunicações do Ceará S.A. – TELECEARÁ	79,3 %
Telecomunicações do Piauí S.A. – TELEPISA	78,5 %
Telecomunicações do Maranhão S.A. – TELMA	66,8 %
Telecomunicações do Pará S.A. – TELEPARÁ	69,0 %
Telecomunicações do Amapá S.A. – TELEAMAPÁ	90,6 %
Telecomunicações de Roraima S.A. – TELAIMA	86,9 %

6. O preço mínimo da Tele Norte Leste foi fixado em R\$ 3.400.000.000,00, tendo o valor da venda, no leilão, atingido R\$ 3.434.000.108,00, o que resultou no ágio de 1%.

7. Cumpre ressaltar que a Tele Norte Leste foi a penúltima leiloadada no Grupo A (um dos três grupos em que foi dividido o leilão), que os envelopes com propostas formuladas por vencedores das outras companhias daquele Grupo foram

retirados do processo e triturados publicamente, nos termos da "Mecânica Geral" prevista no Manual de Instruções (vol. I, fl. 158), bem assim que aquela companhia foi arrematada pelo **Consórcio Telemar**, liderado pela Construtora Andrade Gutierrez S.A.

8. O Consórcio Telemar foi constituído a partir de seis empresas, conforme a seguir:

<b>Empresa</b>	<b>Principais Controladores</b>	<b>%</b>
<b>Construtora Andrade Gutierrez S.A.</b>	- Cristina Participações e Comércio	44,85
	- Administradora São Miguel S/A	18,36
	- Administradora Santana Ltda.	18,36
	- Administradora Santo Estêvão Ltda.	18,36
<b>Macal Investimentos e Participações Ltda.</b>	- Antônio Dias Leite Neto	99,90
<b>Inepar S.A. Indústria e Construções</b>	- Inepar Administração e Participações	70,26
<b>Fiago Participações S.A.</b>	- FUNCEF	100,00
<b>Companhia de Seguros Aliança do Brasil</b>	- Cia. de Participações Aliança da Bahia	60,00
	- BB Banco de Investimentos S/A	40,00
<b>Brasil Veículos Companhia de Seguros</b>	- Brasilseg Participações	99,99

9. Em 03/08/98, data da liquidação financeira do leilão de privatização, era a seguinte a composição do capital votante da Tele Norte Leste:

<b>Grupos</b>	<b>Qtde. de ações ordinárias</b>	<b>Participação acionária (%)</b>
Construtora Andrade Gutierrez S.A.	13.653.892.000	10,98
Macal Investimentos e Participações Ltda.	12.881.031.000	10,36
Inepar S.A. Indústria e Construções	12.881.031.000	10,36
Fiago Participações S.A.	12.043.763.125	9,68
Companhia de Seguros Aliança do Brasil	6.472.717.000	5,20
Brasil Veículos Companhia de Seguros	6.472.717.000	5,20
<b>Total Consórcio Telemar</b>	<b>64.405.151.125</b>	<b>51,79</b>
BNDES Participações S.A. – BNDESPAR	46.307.155	0,04
Outros	59.917.572.252	48,18
<b>TOTAL</b>	<b>124.369.030.532</b>	<b>100,00</b>

10. A forma de pagamento das ações adquiridas, de acordo com o Edital MC/BNDES n. 01/98, seria em moeda corrente do País, pelo(s) participante(s) vencedor(es), à vista ou em 3 parcelas, conforme a seguir:

- a) a parcela à vista, equivalente a, no mínimo, 40% do preço ofertado;
- b) o restante em 2 parcelas anuais iguais, com vencimento, respectivamente, em 12 e 24 meses, a contar da data da transferência das ações ordinárias, sujeitas a atualização monetária com base na variação do IGP-DI + 12% a.a., a contar da data da transferência das ações (04/08/98) até a do pagamento (vol. I, fls. 101).

11. A Equipe de Inspeção, após tecer considerações acerca dos pontos suscitados na Decisão n. 708/98-Plenário, sobre as questões levantadas na peça a que se refere o item 3 supra, bem assim sobre os fatos supervenientes alusivos à matéria em causa, apresenta suas conclusões e proposições, a seguir transcritas:

"263. A Equipe de Inspeção pautou o seu trabalho na verificação da **legalidade e regularidade dos atos dos dirigentes do BNDES** no suporte financeiro concedido ao consórcio vencedor da Tele Norte Leste, e da consequente participação acionária da BNDESPAR na *holding* daquela companhia, Telemar S/A, a ser constituída. A análise foi fundamentada, basicamente, em documentos oficiais e informações tornadas disponíveis pelo BNDES.

264. Feitas essas considerações, podemos dizer que, **quanto ao item 8.1, alínea 'a', da Decisão nº 708/98-Plenário, não vislumbramos, do ponto de vista formal, traços de ilegalidade ou irregularidade no apoio financeiro concedido pelo Sistema BNDES ao Consórcio Telemar**, vencedor da Tele Norte Leste Participações S/A no leilão de 29/07/98. Referido consórcio foi constituído pela Construtora Andrade Gutierrez, Macal Investimentos e Participações Ltda, Inepar S.A Indústria e Construções, Fiago Participações S.A., Companhia de Seguros Aliança do Brasil e Brasil Veículos Companhia de Seguros.

265. De acordo com informações prestadas pela Câmara de Liquidação e Custódia S.A., o intitulado 'Consórcio Telemar' cumpriu todas as exigências prévias da fase de pré-habilitação ao leilão – documentação constante do Edital/Manual de Instruções e depósito das garantias correspondentes a 40% do preço mínimo da empresa.

266. Tendo saído vencedor do referido certame, o Consórcio Telemar habilitou-se também à colaboração financeira oferecida pelo Sistema BNDES no âmbito do 'Programa de Apoio à Privatização do Sistema TELEBRÁS'. Para pagamento da primeira parcela do leilão, no valor de R\$ 1.373.600.000,00 obteve do BNDES um adiantamento no valor de R\$ 400 milhões, distribuídos por 3 empresas (Andrade Gutierrez, R\$ 133 milhões; Macal, R\$ 133 milhões e Inepar, R\$ 134 milhões), que deverão receber do Sistema, ao final do 1º e do 2º anos, o aporte de mais duas parcelas, no valor de R\$ 143.400.000,00 cada uma, para fazer face às duas parcelas restantes do leilão da Tele Norte Leste. No total, a colaboração financeira a ser oferecida pelo BNDES alcançará R\$ 686.800 mil, correspondentes a 20% do preço de venda do controle acionário da Tele Norte Leste.

267. Importante registrar que não foram realizados pelo BNDES estudos técnicos que comprovassem a capacidade econômico-financeira dos beneficiários do crédito no âmbito desse Programa (Andrade Gutierrez, Macal e Inepar, no caso da Tele Norte Leste), nem de seus respectivos avalistas, contrariando o disposto nos itens 2-1-19, 2-1-16-'d' e 2-3-1-9 do Manual de

Normas e Instruções do BACEN. Note-se que o Sistema baseou-se exclusivamente no fato de que as beneficiárias já haviam comprovado sua capacidade financeira perante a CLC, quando do leilão das empresas resultantes da cisão da TELEBRÁS. No entanto, aquela comprovação referia-se à primeira parcela do leilão, correspondente a apenas 40% do preço mínimo da companhia – insuficiente, portanto, para resguardar o BNDES pelo valor total do adiantamento, sobretudo em empresas que tiveram ágio mais significativo. Por exemplo, a Telemig Celular, que foi vendida com ágio de 228,70%.

268. É certo que a 'engenharia financeira' montada para a concessão do apoio oferece ao Sistema, num segundo momento, garantias para a cobertura do aporte efetuado – no caso, as ações da *holding* Telemar ou, ao final de cinco anos, da própria Tele Norte Leste –, o que reduz os riscos de uma eventual perda financeira com a operação. Entretanto, há que se considerar que, nos primeiros 58 dias do adiantamento concedido pelo BNDES, as garantias dadas à operação eram única e exclusivamente Notas Promissórias de emissão dos beneficiários, o que exigiria a realização prévia de uma análise de crédito consistente.

269. Em contrapartida à colaboração financeira contratada, o consórcio vencedor se comprometeu a constituir, no prazo de 30 dias, uma empresa congregando o grupo controlador da Tele Norte Leste, a ser denominada Telemar S/A e que deverá exercer o papel de *holding* daquela Companhia. A Telemar, no prazo de 120 dias, prorrogáveis por mais 60, deverá emitir 686.800 debêntures conversíveis em ações, em três séries coincidentes com o vencimento das parcelas do leilão e com o valor aportado pelo Sistema para a respectiva liquidação. Essas debêntures serão subscritas e integralizadas pela BNDESPAR, que poderá fazê-lo, a seu critério, nas datas de vencimento das parcelas do leilão, ou de uma só vez, logo que constituída a Telemar.

270. As debêntures serão atualizadas à taxa de 6% a.a. acima da TJLP; são juros atrativos, evidentemente – observe-se que a própria União fixou em IGP-DI + 12% a.a. os encargos para parcelamento do preço de venda do leilão da TELEBRÁS. Do ponto de vista financeiro, porém, pode vir a ser recomendável para a BNDESPAR carregar essas debêntures por algum tempo, a depender do comportamento do mercado de capitais. O que se depreende de todo o quadro, no entanto, é que o interesse do Sistema BNDES reside, sobretudo, em deter na Tele Norte Leste participação acionária que garanta poder de gestão na empresa, e não apenas o aspecto caixa.

271. A subscrição e integralização das debêntures pela BNDESPAR garantir-lhe-á a prerrogativa de sua conversão imediata em ações da Telemar, ou de sua transformação, ao final de 5 anos, em ações da Tele Norte Leste. Dependendo da estratégia adotada, a BNDESPAR passará a deter uma participação de 25% na Telemar, ou de 10,36%, na Tele Norte Leste. A intenção da BNDESPAR

é vender em bloco essa sua participação acionária para algum grupo interessado, preferencialmente uma operadora com experiência na área de telecomunicações.

272. Paralelamente, foi celebrado entre a BNDESPAR e o grupo controlador da Tele Norte Leste – exceto Fiago Participações S/A – um acordo de acionistas que garante àquela subsidiária, entre outros aspectos, direito de preferência em caso de venda das ações pelas outras partes e *quorum* qualificado para deliberações de gestão da empresa e composição da administração.

273. A justificativa para a operação financeira arquitetada pelo Sistema BNDES é que a Tele Norte Leste foi arrematada no leilão de privatização da Telebrás por um grupo sem credibilidade no mercado, formado às pressas e sem a participação de uma operadora – o que, com efeito, por uma decisão da Comissão Especial de Supervisão, não foi exigido pelas regras do leilão. A entrada do BNDES no grupo que, em termos efetivos, gerenciará a Companhia, não apenas tranquilizaria o mercado como também possibilitaria, no futuro, a substituição da BNDESPAR por outra empresa capaz de conferir à Tele Norte Leste a confiabilidade e boa administração requeridas.

274. De se observar que, dentre os três consórcios beneficiados pela colaboração financeira do Sistema BNDES no âmbito da privatização da TELEBRÁS, somente no caso do Consórcio Telemar, vencedor da Tele Norte Leste, é que se procedeu ao artifício da criação de uma *holding* com personalidade jurídica para agregar o grupo de controle e, desse modo, descaracterizar uma eventual alteração de controle acionário. Isso denota o interesse do Sistema em proceder a venda de sua futura participação na companhia em prazo inferior aos cinco anos previstos no art. 202 da LGT.

275. Quanto à alienação da futura participação da BNDESPAR de 25% no capital da Telemar, o artifício da criação de uma empresa *holding* para deter o controle acionário da Tele Norte Leste elidiu a vedação imposta pelo art. 202 da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações) no sentido do prazo mínimo de 5 anos para a transferência do controle acionário de empresas originárias da desestatização da TELEBRÁS. Isto porque a entrada da BNDESPAR na Telemar não altera o controle acionário da Tele Norte Leste, que continua pertencendo à *holding* Telemar.

276. Assim, para efeito da **alínea 'b' do item 8.1 da Decisão nº 708/98-Plenário**, conclui-se que a venda da referida participação acionária terá que ser feita, necessariamente, por **leilão**, e submetida previamente à apreciação da ANATEL, nos termos da Instrução CVM nº 286/98, da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), do Anexo ao Decreto nº 2.534/98, (Plano Geral de Outorgas) e dos dispositivos constantes dos respectivos contratos de concessão.

277. De outra parte, caso o Sistema BNDES opte pela transformação das debêntures em ações da Tele Norte Leste – hipótese prevista nos contratos de adiantamento formalizados com Andrade Gutierrez, Macal e Inepar –, deixa de prevalecer a limitação constante do art. 202 da LGT, visto que já haverão se passado os 5 anos de que trata aquele dispositivo legal. Nesse caso, a venda da participação acionária da BNDESPAR só deverá atender aos demais requisitos legais enumerados no item anterior.

278. No que tange à medida cautelar que determinou ao BNDES que se abstivesse de alienar as questionadas ações da Tele Norte Leste até deliberação deste Tribunal sobre as conclusões da presente inspeção (**item 8.2 da Decisão nº 708/98-Plenário**), manifestamo-nos no sentido de que o Tribunal venha a liberar a venda da referida participação acionária, desde que atendidas as seguintes condições legais retromencionadas.

279. Há que se comentar ainda sobre algumas questões relevantes levantadas ao longo do presente trabalho. Quanto à pré-qualificação dos candidatos ao leilão, o art. 6º, § 1º, do Modelo de Reestruturação e Desestatização do Sistema TELEBRÁS (Anexo ao Decreto nº 2.546/98) estabelecia que, na fase de pré-qualificação, seria exigida a comprovação da capacidade técnica, **econômica** e financeira dos participantes. Entretanto, o edital do leilão contemplou apenas a comprovação de capacidade financeira, e ainda assim restrita apenas à primeira parcela do preço de venda da companhia.

280. A ausência de previsão, no Edital MC/BNDES nº 01/98, de critérios objetivos para a qualificação econômico-financeira dos participantes foi, a nosso ver, uma grande lacuna do leilão de privatização da TELEBRÁS. Ora, num processo movido pela *'necessidade de atração de capitais privados através da criação de oportunidades para investimento no setor'* não se justifica que a pré-habilitação dos candidatos não tenha procurado garantir a qualificação prévia de consórcios capazes de fazer frente não apenas ao preço de venda das companhias, mas também às rigorosas metas de investimentos fixadas para o setor de telecomunicações nos próximos anos. Essa lacuna acabou por dar margem à habilitação de um consórcio como o Telemar, desacreditado pelo mercado e que, segundo o ex-Ministro das Comunicações, Luiz Carlos Mendonça de Barros (vol. III, fls. 16), *'não estava conseguindo sequer os recursos para o lance mínimo'* (vide Seção 5 deste Relatório – Procedimentos 'Pré-leilão').

281. É necessário que essa falha seja corrigida em futuras desestatizações, pois, em não havendo uma adequada análise econômico-financeira dos licitantes, carece de sentido todo o processo, posto que a Administração Pública, sob a placa do BNDES e/ou outras instituições públicas, terá sempre que acorrer para garantir o processo de 'privatização'.

282. A propósito da participação da PREVI no Consórcio Telemar, causou-nos espécie o fato de essa suposta adesão haver ocorrido **após o leilão**, conforme nota divulgada na imprensa em 23/11/98. Ora, de acordo com o Manual de Instruções do Leilão de Privatização da TELEBRÁS, a única possibilidade de alteração nas posições de cada um dos integrantes do consórcio, após o leilão, era através da realocação dos participantes vencedores', que deveria ocorrer até às 14h do dia 30 de julho – dia seguinte ao leilão. Nessa hipótese, o participante vencedor poderia realocar as quantidades de ações ordinárias adquiridas de uma companhia entre os integrantes do participante. No caso da PREVI, não haveria como se dar tal realocação, visto que de acordo com a documentação fornecida pela BVRJ, esse fundo de pensão não constava do consórcio antes do leilão.

283. A resposta veio posteriormente, quando o memorando de fls 273 do vol. III, assinado pelos Diretores I e III da BNDESPAR, deu conta de que a participação da PREVI na Tele Norte Leste, após o leilão, dera-se mediante integralização de quotas do Fundo Mútuo de Ações administrado pelo Banco Fonte Cindam, o qual detém 99,9% do capital da Fiago Participações S.A., um dos integrantes do consórcio vencedor da Tele Norte Leste. A nosso ver, é questionável a participação de uma empresa controlada por um fundo de ações no controle acionário de uma 'Tele', pois isso pode dificultar – senão inviabilizar – o controle da ANATEL sobre o que dispõe o art. 202 da LGT, bem assim os arts. 14 e 15 do Plano Geral de Outorgas.

284. Em tempo, registre-se que, segundo se depreende do memorando dos diretores da BNDESPAR, a PREVI, em conjunto com outros fundos de pensão, estaria detendo participações relevantes em duas companhias de telecomunicações da Região I do Plano Geral de Outorgas, o que seria vedado por aquele regulamento; assim, seria de se solicitar à ANATEL uma investigação mais profunda sobre esse ponto, com posterior comunicação ao Tribunal das conclusões obtidas.

285. Os questionamentos efetuados pelo advogado Alcindo Medeiros Caldas (fls. 13/33), em correspondência juntada a este processo por determinação do então Relator, Ministro Carlos Átila Álvares da Silva (fls. 12), são, em parte, procedentes. De fato, uma crítica que poderia ser feita à alienação da Tele Norte Leste e à sistemática de aporte financeiro adotada pelo Sistema BNDES é o elevado volume de recursos aportados por entidades estatais – ou bastante ligadas a elas – num processo que se propunha a reduzir a participação do Estado na economia.

286. Das seis empresas que compunham o consórcio vencedor, três detêm vínculos com a Administração Pública Federal – Brasil Veículos, Aliança do Brasil e Fiago Participações, sendo responsáveis por 29,9% do *fundings* total da operação de compra da empresa. Por sua vez, 3 eram eminentemente

privadas; no entanto, tomaram recursos junto ao Sistema BNDES, passando este a responder por 25% do referido *funding*. **Na prática, apenas 45,1% dos recursos que irão financiar a operação serão oriundos da iniciativa eminentemente privada.**

287. Tais considerações tornam-se ainda mais contundentes quando se levam em conta os custos de um processo de privatização que envolve contratação de consultorias (Serviços A e B), despesas com publicidade e recursos humanos para sua execução e fiscalização. Essas questões, aliás, poderiam ser discutidas, numa análise custo/benefício, quando da decisão de se abrir linha de crédito do Sistema BNDES para financiamento às empresas-espelho.

288. As outras irregularidades apontadas pelo advogado – inocorrência de desestatização da empresa e incapacidade financeira do consórcio vencedor – foram esclarecidas no decorrer do Relatório, mostrando-se parcialmente procedentes, numa primeira aproximação, mas destituídas de fundamento legal e jurídico para efeito de uma possível apenação pelo Tribunal. Quanto à intenção do BNDES de vender, sem leilão, a participação acionária adquirida, acreditamos haver deixado claro que se trata de uma hipótese desconectada da realidade, visto estar consignado em normativo e ser de pleno conhecimento do corpo funcional do próprio Banco, que a venda terá que se proceder mediante leilão.

289. A questão dos procedimentos 'pré-leilão' ensejou a ampliação do escopo de trabalho desta Equipe e, após um grave clima de acusações contra os envolvidos na escuta telefônica clandestina, resultou no pedido de exoneração do ex-Ministro das Comunicações, Luiz Carlos Mendonça de Barros, do ex-Presidente do BNDES, André Lara Rezende e do ex-Diretor da Área Internacional do Banco do Brasil, Ricardo Sérgio de Oliveira. O então Vice-Presidente do BNDES, José Pio Borges, foi nomeado Presidente Interino do Banco, acumulando o cargo com suas antigas atribuições (vol. III, fls. 184).

290. Cabe aqui esclarecer que não foram utilizados em nossa análise qualquer dos supostos trechos de conversas telefônicas grampeadas, largamente divulgadas pela imprensa nos últimos dias, visto que tal atitude configuraria transgressão ao art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, segundo o qual são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

291. Entretanto, tendo em vista que as declarações do Sr. Luiz Carlos Mendonça de Barros foram prestadas em caráter oficial no Plenário do Senado Federal, nos termos do art. 50, § 1º, da Constituição Federal, e considerando ainda que em tais declarações o ex-Ministro admite, reiteradas vezes, a ocorrência das referidas conversas telefônicas, tomamos por base alguns trechos de seus esclarecimentos para melhor avaliar a matéria.

292. Procedida a análise, o que se pôde concluir é que o ex-Ministro das Comunicações, o ex-Presidente do BNDES e demais envolvidos, arrogando-se poderes muito além daqueles que lhes foram legal ou contratualmente atribuídos, acabaram por incorrer em falhas que comprometeram a regularidade do processo de desestatização da Tele Norte Leste.

293. Conforme admitiu o Sr. Mendonça de Barros, ele e os demais envolvidos, no afã de garantir a disputa de pelo menos dois consórcios no leilão da Tele Norte Leste Participações S.A., lançaram-se em negociações diretas com potenciais compradores, solucionando problemas e intermediando contatos, em desacordo com princípios basilares do procedimento licitatório, quais sejam, **princípio da legalidade, princípio da moralidade ou probidade administrativa, princípio da impessoalidade, princípio da isonomia, princípio da vinculação ao instrumento convocatório e princípio do sigilo na apresentação das propostas.**

294. À vista disso, em princípio, seria de o Tribunal assinar prazo para que o(s) responsável(eis) adotasse(m) as providências necessárias ao exato cumprimento da lei e, caso não atendido, comunicar o fato ao Congresso Nacional, a quem compete o ato de sustação de contratos, em consonância com o art. 45, § 1º, da Lei nº 8.443, de 16/07/92 (Lei Orgânica do Tribunal).

295. Entretanto, apoiando-nos no ramo do Direito segundo o qual não deve haver automaticidade na decretação da nulidade, resultando antes de uma ponderação racional do **por que** e **para que** anular uma licitação – e, conseqüentemente, o contrato que lhe é consectário – e tendo em vista que:

- a) o consórcio pretensamente prejudicado sagrou-se vencedor no leilão da Tele Norte Leste, descaracterizando a necessidade de anulação do procedimento licitatório;
- b) a anulação da licitação e sustação do contrato causariam efeitos danosos à imagem do País, ferindo inclusive o princípio da segurança jurídica, com quase ou nenhum ganho material advindo daí. Ao contrário, a medida implicaria novos gastos com a retomada da Tele Norte Leste pela União, indenização do(s) contratado(s) e organização de novo leilão de privatização, sem qualquer garantia de que, além do próprio Consórcio Telemar, outro consórcio venha a se candidatar ao novo certame, entendemos que a anulação do leilão da Tele Norte Leste, ocorrido em 29/07/98, desatenderia aos interesses nacionais no momento.

296. Finalmente, quanto às empresas-espelho (**item 8.1, alínea 'c', da Decisão**), muito embora não haja, neste momento, qualquer impedimento legal ao Sistema BNDES para financiar as futuras autorizadas, seria recomendável que, por precaução, o Sistema se abstinhasse de fazê-lo, ou, caso o faça, adote uma das seguintes alternativas:

- a) adotar outra modalidade de apoio financeiro que não envolva subscrição e integralização de debêntures conversíveis em ações;
- b) caso inevitável a utilização dessa modalidade de apoio, limitar o valor do aporte financeiro, de modo que a BNDESPAR, mesmo após conversão das debêntures, não alcance participação relevante na 'espelho' (20% ou mais do capital votante) conforme o art. 9º, § 3º, do Plano Geral de Outorgas, c/ c o art. 202 da LGT.

297. Diante de todo o exposto, elevamos o presente Relatório à consideração superior, com proposta de encaminhamento para que o Eg. Tribunal:

297.1. **suspenda a medida cautelar** determinada no item 8.2 da Decisão nº 708/98, Ata nº 42/98 – Plenário, e **autorize** a BNDESPAR a, em se mostrando conveniente e oportuno, efetuar a alienação da participação de 25% a ser detida no capital da Telemar S/A, *holding* da Tele Norte Leste Participações S.A.;

297.2. com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/92, **determine**:

- a) ao BNDES que, em futuros processos de desestatização, caso se disponha a prestar colaboração financeira a grupos nacionais, divulgue, simultânea ou até mesmo anteriormente à publicação do Edital, com ampla publicidade, 'comunicado relevante' onde sejam explicitadas, de forma clara e objetiva, todas as condições para abertura de crédito a eventuais interessados, formulando, inclusive, critérios objetivos para análise das propostas e enquadramento de beneficiários;
- b) ao BNDES que futuros aportes financeiros a serem realizados pelo Sistema – em especial nos processos de desestatização – sejam precedidos de adequada análise econômico-financeira e patrimonial dos tomadores do crédito e respectivos fiadores, a ser realizada pelo próprio Banco, em consonância com as determinações do Banco Central do Brasil (MNI 2-1-9-3-'c', 2-1-16-3-'a' e 'd', e 2-3-1-9);
- c) ao BNDES que, em futuros processos de desestatização, sejam fixados no Edital do leilão, de forma objetiva, critérios a serem adotados para análise de capacidade econômico-financeira do(s) participante(s) na fase de pré- identificação, com vistas a atestar a condição de solvência dos participantes diante das obrigações decorrentes do contrato, considerados o porte do empreendimento e o vulto dos investimentos necessários;
- d) à BNDESPAR que a venda para outra empresa da participação de 25% detida no capital da Telemar terá que ser feita, necessariamente, por leilão, nos termos do art. 2º da Instrução CVM nº 286/98, observadas ainda as disposições da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), do

Decreto nº 2.534/98 (Plano Geral de Outorgas) e da Cláusula 18.1 dos contratos de concessão;

- e) à BNDESPAR que eventual venda das debêntures emitidas em seu favor pela Telemar S/A seja feita por valor não inferior ao total dos financiamentos concedidos ao consórcio vencedor, atualizados na forma contratualmente prevista, esclarecido que a documentação de preparação da alienação deverá ser previamente encaminhada para a análise deste Tribunal;
- f) à Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL que, no exercício de sua competência como órgão regulador – e de forma a garantir o cumprimento da Lei nº 9.472, de 16/07/97, e seus regulamentos –, averigüe com profundidade a atual composição do grupo controlador da Tele Norte Leste, dispensando especial atenção aos indícios de participação relevante da Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, simultaneamente, em duas companhias da Região I do Plano Geral de Outorgas, dando ciência a este Tribunal das conclusões obtidas;

297.3. com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/92, **recomende**:

- a) ao Ministério das Comunicações que providencie a regulamentação exaustiva dos procedimentos cabíveis aos órgãos envolvidos nos processos de privatização de empresas, incluídas ou não no Programa Nacional de Desestatização;
- b) ao Banco do Brasil S.A., que as participações acionárias eventualmente adquiridas com base na prerrogativa que lhe confere o art. 3º do Decreto 1.068, de 02/03/94, fiquem adstritas ao BB-Banco de Investimento – em consonância com seu objeto social – e não às coligadas/controladas daquele banco de investimento;

297.4. com fulcro no art. 43, inciso II, da Lei nº 8.443/92, **determine a audiência** dos responsáveis abaixo, para que apresentem razões de justificativa sobre as seguintes questões:

297.4.1. ex-Presidente e Presidente Interino do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social –BNDES, Srs. **André Pinheiro de Lara Rezende** e **José Pio Borges de Castro Filho**:

- a) negociação direta com empresas, intermediação de contatos e viabilização de consórcios para participação no leilão da Tele Norte Leste Participações S.A., com infringência ao disposto no art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92, caracterizando abuso de poder e improbidade administrativa, constituindo ainda crime de advocacia administrativa, tipificado no art. 321 do Código Penal;

- b) ausência de previsão, no Edital MC/BNDES nº 01/98, de critério para comprovação da capacidade econômica dos participantes, contrariando o disposto no art. 6º, § 1º, do Anexo ao Decreto nº 2.546, de 14/04/98 (Modelo de Reestruturação e Desestatização do Sistema TELEBRÁS);
- c) ausência de realização, pelo BNDES, de análise de crédito que recomendasse a concessão de adiantamento para futura subscrição de debêntures à Construtora Andrade Gutierrez Ltda., Macal Investimentos e Participações S.A. e Inepar S.A. Indústria e Construções – contrariando exigência do Banco Central do Brasil (MNI 2-1-9-3-'c', 2-1-16-3-'a' e 'd' e 2-3-1-9);

297.4.2. ex-Ministro das Comunicações e ex-Presidente da Comissão Especial de Supervisão constituída pela Portaria nº 66, de 05/02/97, do Ministério das Comunicações, Sr. **Luiz Carlos Mendonça de Barros**:

- a) negociação direta com empresas, intermediação de contatos e viabilização de consórcios para participação no leilão da Tele Norte Leste Participações S.A., com infringência ao disposto no art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92, caracterizando abuso de poder e improbidade administrativa, constituindo ainda crime de advocacia administrativa, tipificado no art. 321 do Código Penal;
- b) ausência de previsão, no Edital MC/BNDES nº 01/98, de critério para comprovação da capacidade econômica dos participantes, contrariando o disposto no art. 6º, § 1º, do Anexo ao Decreto nº 2.546, de 14/04/98 (Modelo de Reestruturação e Desestatização do Sistema TELEBRÁS).

297.4.3. Presidente do Banco do Brasil, Sr. **Paulo César Ximenes**:

- a) investimento realizado pelas seguradoras do Banco do Brasil – Brasil Veículos e Aliança do Brasil – na Tele Norte Leste Participações S.A., transgredindo o art. 117 da Lei nº 6.404/76, o que configura abuso de poder, e, nos termos do art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92, ato de improbidade administrativa, devendo apresentar a este Tribunal, entre outros esclarecimentos julgados necessários, ata de assembléia ou reunião de diretoria da qual tenha resultado tal deliberação;
- b) análise de crédito realizada pelo Banco do Brasil para concessão de carta de fiança às empresas integrantes do Consórcio Telemar, para efeito de participação no leilão da TELEBRÁS, como recomenda o Banco Central do Brasil (MNI 2-1-16-3-'a' e 'd' e 2-1-10-2).

297.4.4. ex-Diretor da Área Internacional e Comercial do Banco do Brasil, Sr. **Ricardo Sérgio de Oliveira**:

- a) vazamento de informações acerca da capacidade financeira do Consórcio Telemar, conforme esclarecimentos prestados pelo ex-Ministro das Comunicações, Sr. Luiz Carlos Mendonça de Barros, em Sessão Ordinária de

19/11/92, no Senado Federal, tendo em vista que tal fato configurou infringência ao art. 11, inciso III, da Lei nº 8.429/92, constituindo ainda crime tipificado pelos arts. 325 e 326 do Código Penal;

- b) análise de crédito realizada pelo Banco do Brasil e para concessão de carta de fiança às empresas integrantes do Consórcio Telemar, para efeito de participação no leilão da TELEBRÁS, como recomenda o Banco Central do Brasil (MNI 2-1-16-3-'a' e 'd' e 2-1-10-2).

297.4.5. Presidente da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Sr. **Renato Navarro Guerreiro**:

- a) motivos para a anuência dada à participação da FIAGO Participações S/A – um dos integrantes do Consórcio Telemar – no leilão da TELEBRÁS em 29/07/98, tendo em vista que a empresa é controlada por um fundo de investimento em ações, cujas quotas, livremente negociáveis, podem mascarar a real composição do grupo controlador da Companhia.

297.5. com fulcro no art. 41, § 2º, da Lei nº 8.443/92, **encaminhe** cópia da Decisão a ser adotada por este Tribunal, bem assim do Relatório e Voto que a fundamentarem, acompanhada de cópia do presente Relatório de Inspeção, aos órgãos abaixo indicados, para conhecimento e providências julgadas cabíveis:

- a) Congresso Nacional;
- b) Ministério Público da União;
- c) Banco Central do Brasil;
- d) Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES;
- e) Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL."

12. Em sua manifestação de fls. 137/145, o Sr. Secretário da 8ª SECEX acompanha, no essencial, a proposta de encaminhamento formulada pela Equipe de Inspeção, sugerindo, contudo, algumas alterações contidas nos seguintes tópicos, **in verbis**:

"Primeiramente, dissentimos da forma de divulgação que a equipe propõe para a publicidade de possíveis contribuições financeiras do BNDES em futuros processos de desestatização, que passa pela divulgação, simultaneamente à publicação do Edital, de 'comunicado relevante'. Entendemos que, em razão dos vultosos valores envolvidos e de que os recursos provem substancialmente de fundos sociais (FAT e PIS/PASEP), é imprescindível maior transparência e publicidade, conforme exigido pelo ordenamento jurídico vigente. Assim, essa divulgação tem que ser feita não em comunicado relevante, mas, sim, no próprio edital de desestatização.

18. Devemos lembrar que quando se coloca claramente no edital de desestatização todas as regras, não fica o BNDES engessado, como ele mesmo

pretende argumentar, mas, de outro forma, reduzindo o grau de informalidade e discricionariedade dos Administradores. Não podemos olvidar que a regra geral dos atos administrativos é se pautar no formalismo e no princípio da legalidade.

(...)

20. Quanto à determinação ao BNDES de que nos futuros aportes financeiros a serem realizados pelo Sistema – em especial nos processos de desestatização – sejam precedidos de adequada análise econômico-financeira e patrimonial dos tomadores do crédito e respectivos fiadores, pensamos que ela possa ser melhor avaliada em momento oportuno, pois esse é motivo de audiência do Presidente do BNDES, a qual anuímos. Neste sentido, seria de melhor alvitre esperar os possíveis esclarecimentos do responsável para que possamos nos posicionar definitivamente sobre o assunto.

(...)

24. Quanto à determinação à Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL que, no exercício de sua competência como órgão regulador – e de forma a garantir o cumprimento da Lei nº 9.472, de 16/07/97, e seus regulamentos –, averigüe com profundidade a atual composição do grupo controlador da Tele Norte Leste, dispensando especial atenção aos indícios de participação relevante da Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, simultaneamente, em duas companhias da Região I do Plano Geral de Outorgas, dando ciência a este Tribunal das conclusões obtidas, fazemos apenas a observação para que o TCU fixe prazo de 30 dias para que essas conclusões sejam remetidas a esta Casa.

25. Com relação às propostas de recomendação da equipe ao Ministério das Comunicações e ao Banco do Brasil, somos igualmente favoráveis a que elas sejam melhor analisadas quando do exame das razões de justificativas relativas às audiências propostas pela equipe.

26. A propósito das audiências, manifestamos inteira concordância com os termos da proposta apresentada pela equipe exceção feita àquelas que tratam da análise de crédito realizada pelo Banco do Brasil para conceder Carta de Fiança ao Consórcio Telemar, porquanto não constam dos autos elementos que comprovem a prestação dessa garantia e o *modus operandi* dessa transação. Todavia, somos de opinião que o assunto deva ser objeto de determinação ao Banco do Brasil para que dê conhecimento ao TCU dessa efetiva prestação de garantia, com o respectivo estudo da operação, acompanhados da decisão ou despacho que a deferiu.”

13. Conclusivamente, o Titular da Unidade Técnica opina no sentido de que o Tribunal:

"I-) suspenda a medida cautelar, determinada no item 8.2 da Decisão nº 708/98, Ata nº 42/98 – Plenário, e autorize a BNDESPAR a, em se mostrando conveniente e oportuno, efetuar a alienação da participação de 25% a ser detida no capital da Telemar S/A, holding da Tele Norte Leste Participações S.A.;

II-) com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/92, determine:

a) ao BNDES:

a.1) que, em futuros processos de desestatização, caso se decida a prestar colaboração financeira a grupos nacionais, inclua no edital, de forma clara e objetiva, as condições para abertura de crédito, formulando, inclusive, critérios objetivos para análise das propostas e enquadramento de beneficiários; e,

a.2) que, em futuros processos de desestatização, sejam fixados no edital, de forma objetiva, critérios a serem adotados para análise de capacidade econômico-financeira do(s) participante(s) na fase de pré-identificação, com vistas a atestar a condição de solvência dos participantes diante das obrigações decorrentes do contrato, considerados o porte do empreendimento e o vulto dos investimentos necessários, abstendo-se de se utilizar tão-somente da análise realizada por Câmaras de Liquidação e Custódia ou entes congêneres;

b) à BNDESPAR:

b.1) que a venda para outra empresa da participação de 25% detida no capital da Telemar terá que ser feita, necessariamente, por leilão, nos termos do art. 2º da Instrução CVM nº 286/98, observadas ainda as disposições da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), do Decreto nº 2.534/98 (Plano Geral de Outorgas) e da Cláusula 18.1 dos contratos de concessão; e,

b.2) que a venda das debêntures eventualmente emitidas em seu favor pela Telemar S/A seja feita por valor não inferior ao total dos financiamentos concedidos ao consórcio vencedor, atualizados na forma contratualmente prevista, esclarecido que a documentação de preparação da alienação deverá ser previamente encaminhada para a análise deste Tribunal;

c) à Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL que, no exercício de sua competência como órgão regulador – e de forma a garantir o cumprimento da Lei nº 9.472, de 16/07/97, e seus regulamentos –, averigüe com profundidade a atual composição do grupo controlador da Tele Norte Leste, dispensando especial atenção aos indícios de participação relevante da Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, simultaneamente, em duas companhias da Região I do Plano Geral de Outorgas, dando ciência a este Tribunal das conclusões obtidas no prazo de 30 dias.

III- com fulcro no art. 43, inciso II, da Lei nº 8.443/92, determine a audiência dos responsáveis abaixo, para que apresentem razões de justificativa sobre as seguintes questões:

a) ex-Presidente e Presidente Interino do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social –BNDES, Srs. André Pinheiro de Lara Rezende e José Pio Borges de Castro Filho:

a.1) negociação direta com empresas, intermediação de contatos e viabilização de consórcios para participação no leilão da Tele Norte Leste Participações S.A., com infringência ao disposto no art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92, caracterizando abuso de poder e improbidade administrativa, constituindo ainda crime de advocacia administrativa, tipificado no art. 321 do Código Penal;

a.2) ausência de previsão, no Edital MC/BNDES nº 01/98, de critério para comprovação da capacidade econômica dos participantes, contrariando o disposto no art. 6º, § 1º, do Anexo ao Decreto nº 2.546, de 14/04/98 (Modelo de Reestruturação e Desestatização do Sistema TELEBRÁS); e,

a.3) ausência de realização, pelo BNDES, de análise de crédito que recomendasse a concessão de adiantamento para futura subscrição de debêntures à Construtora Andrade Gutierrez Ltda., Macal Investimentos e Participações S.A. e Inepar S.A. Indústria e Construções – contrariando exigência do Banco Central do Brasil (MNI 2-1-9-3-“c”, 2-1-16-3-“a” e “d” e 2-3-1-9);

b) ex-Ministro das Comunicações e ex-Presidente da Comissão Especial de Supervisão constituída pela Portaria nº 66, de 05/02/97, do Ministério das Comunicações, Sr. Luiz Carlos Mendonça de Barros:

b.1) negociação direta com empresas, intermediação de contatos e viabilização de consórcios para participação no leilão da Tele Norte Leste Participações S.A., com infringência ao disposto no art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92, caracterizando abuso de poder e improbidade administrativa, constituindo ainda crime de advocacia administrativa, tipificado no art. 321 do Código Penal;

b.2) ausência de previsão, no Edital MC/BNDES nº 01/98, de critério para comprovação da capacidade econômica dos participantes, contrariando o disposto no art. 6º, § 1º, do Anexo ao Decreto nº 2.546, de 14/04/98 (Modelo de Reestruturação e Desestatização do Sistema TELEBRÁS).

c) Presidente do Banco do Brasil, Sr. Paulo César Ximenes Alves Ferreira:

c.1) investimento realizado pelas seguradoras do Banco do Brasil – Brasil Veículos e Aliança do Brasil – na Tele Norte Leste Participações S.A., transgredindo o art. 117 da Lei nº 6.404/76, o que configura abuso de poder, e, nos termos do art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92, ato de improbidade administra-

tiva, devendo apresentar a este Tribunal, entre outros esclarecimentos julgados necessários, ata de assembléia ou reunião de diretoria da qual tenha resultado tal deliberação;

d) ex-Diretor da Área Internacional e Comercial do Banco do Brasil, Sr. Ricardo Sérgio de Oliveira:

d.1) vazamento de informações acerca da capacidade financeira do Consórcio Telemar, conforme esclarecimentos prestados pelo ex-Ministro das Comunicações, Sr. Luiz Carlos Mendonça de Barros, em Sessão Ordinária de 19/11/92, no Senado Federal, tendo em vista que tal fato configurou infringência ao art. 11, inciso III, da Lei nº 8.429/92, constituindo ainda crime tipificado pelos arts. 325 e 326 do Código Penal;

e) Presidente da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Sr. Renato Navarro Guerreiro:

e.1) motivos para a anuência dada à participação da FIAGO Participações S/A – um dos integrantes do Consórcio Telemar – no leilão da TELEBRÁS em 29/07/98, tendo em vista que a empresa é controlada por um fundo de investimento em ações, cujas quotas, livremente negociáveis, podem mascarar a real composição do grupo controlador da Companhia.

IV-) com fulcro no art. 41, § 2º, da Lei nº 8.443/92, encaminhe cópia da Decisão a ser adotada por este Tribunal, bem assim do Relatório e Voto que a fundamentarem, acompanhada de cópia do presente Relatório de Inspeção, aos órgãos abaixo indicados, para conhecimento e providências julgadas cabíveis:

a) Congresso Nacional;

b) Ministério Público da União;

c) Banco Central do Brasil;

d) Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES;

e) Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.”

14. Ouvida por este Relator, a douta Procuradoria, em judicioso Parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral Dr. Lucas Rocha Furtado, pronuncia-se, no essencial, nos seguintes termos (fls. 147/53):

“Em face das informações contidas no relatório de inspeção, o BNDES não dispõe, atualmente, de participação acionária na referida companhia e, segundo informações obtidas pela 8.ª SECEX, até o dia 9 do corrente mês, nem mesmo possui as debêntures a ser emitidas pela Telemar S/A (*holding* criada pelos integrantes do Consórcio Telemar, com o único objetivo de ser a controladora da Tele Norte Leste Participações S/A), em garantia à operação financeira realizada entre o Banco e alguns integrantes do Consórcio Telemar,

com vistas a suportar a liquidação da parcela à vista, correspondente a 40% do lance vencedor.

Verificou-se, isso sim, um empréstimo realizado por meio da emissão de debêntures conversíveis em ações. Na verdade, o BNDES poderá, assim, vir a ser proprietário de 25% das ações ordinárias da Telemar S/A, e não da Tele Norte Leste Participações S/A, se vier a optar pela conversão das mencionadas debêntures em ações da aludida *holding* (vol. I, fl. 386, p. ex.), ou seja, a critério do BNDES, poderá essa entidade, em vez de resgatar o dinheiro emprestado, converter as debêntures em ações da Telemar S/A. Poderá também, passados cinco anos da emissão – ou na hipótese de vencimento antecipado do “Contrato de adiantamento para futura subscrição de debêntures” (p. ex., vide: vol. I, fl. 383, subitem 4.1; vol. I, fl. 393) – transformar as aludidas debêntures em ações ordinárias e/ou preferenciais da Tele Norte Leste Participações S/A (vol. I, fl. 388).

As alternativas do BNDES seriam, portanto: 1. resgatar o empréstimo vinculado à aquisição das debêntures; 2. converter as mencionadas debêntures em ações da Telemar S/A, o que poderia ser feito de imediato, ou; 3. no prazo de 5 anos, transformar as debêntures em ações da Tele Norte Leste Participações S/A. Nessa última hipótese, de o BNDES exercer o direito de transformação, a participação do BNDES corresponderia a 10,36% (e não a 25%, como divulgado nos meios de comunicação) do capital votante da Tele Norte Leste Participações S/A.

Diante dessa situação, entendemos que o objetivo da inspeção, relativamente às alíneas **a** e **b** da Decisão 708/98-Plenário, demuda-se na verificação: da legalidade e regularidade da aludida operação financeira realizada pelo BNDES; e das condições legais de alienação dos títulos mobiliários adquiridos pelo BNDES, sejam debêntures ou ações.

Passemos então à apreciação das propostas oferecidas pela equipe de inspeção e pelo Sr. Secretário da 8.<sup>a</sup> SECEX.

### III

Quanto à operação financeira, corroboramos o entendimento da equipe de inspeção (fls. 125/126, itens 264/266) e, em parte, do Sr. Secretário da 8.<sup>a</sup> SECEX (fls. 137/138, itens 2 a 10), no sentido de que, do ponto de vista formal – salvo a ausência de prévia análise, pelo Banco, das condições econômico-financeiras do beneficiário do crédito, falha que merece ressalva –, ela pode ser considerada regular.

Primeiro, em face das garantias de que o Banco procurou cercar-se: notas promissórias, caucionamento de ações da Tele Norte Leste Participações S/A e emissão de debêntures.

Segundo, porque a concessão de crédito teve suas condições previamente estabelecidas e autorizadas pela Diretoria do BNDES (vol. I, fl. 176), tendo beneficiado outros quatro consórcios, além do Telemar (fl. 82, item 47) – de modo que a operação não foi casuística –, estando limitada a 20% do valor do lance vencedor (vol. I, fl. 186), percentual que não nos parece desarrazoado.

#### IV

No que atina à eventual desnaturação do processo de desestatização, avertida pelo Sr. Secretário (fl. 137, item 6), acreditamos que ela não está, por ora, configurada. O BNDES, até a presente data, nem mesmo adquiriu as debêntures, de modo que sua eventual participação, direta ou indireta, no capital votante da Tele Norte Leste Participações S/A não chega a macular os objetivos do referido processo.

Isso porque, mesmo que o BNDES venha a converter as debêntures em ações da Telemar S/A ou da Tele Norte Leste Participações S/A, essa participação acionária deverá ser provisória, fazendo-se necessária, portanto, a alienação das ações, pelo meio adequado, pois sua manutenção não se conforma aos objetivos do Banco ou do PND.

Ademais, como assere o relatório de inspeção nos itens 141 a 147 (fls. 101/102), a eventual participação acionária do BNDES, em princípio, não lhe confere preponderância nas deliberações sociais da companhia, mas antes, provisoriamente, o autoriza a influenciá-las.

#### V

Sobre a inclusão ou não, nos editais de futuros processos de desestatização, da possibilidade do apoio financeiro do BNDES, divergimos do pensamento da equipe de inspeção (fl. 131, subitem 296.2, alínea **a**) e do Sr. Secretário (fl. 140, itens 17 a 19), pois entendemos que a adoção de tal providência insere-se na margem de discricionariedade do BNDES, de modo que refoge à competência deste Tribunal decidir previamente a respeito.

Importa ao Tribunal, em reverência aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da publicidade, que todos os eventuais interessados no apoio financeiro do Banco ao processo de desestatização tenham igual oportunidade de acesso a ele.

Desse modo, é bom que seja determinado ao BNDES que, nos eventos futuros, promova a ampla divulgação da referida possibilidade de apoio financeiro aos processos de desestatização, de suas condições e dos critérios objetivos de análise das propostas, pelos meios que vier entender adequados para tanto, de modo a garantir o acesso de todos os possíveis interessados.

## VI

No que pertine à ausência de prévia análise das condições econômico-financeiras dos tomadores de crédito, concordamos com a proposta sugerida pela equipe de inspeção contida no subitem 296.2, alínea **b**, no sentido de, desde já, determinar ao BNDES a sua realização, em eventos futuros, pelo próprio Banco.

Contudo, no caso concreto em exame, entendemos que se possa dispensar a promoção de audiência prévia dos ex-dirigentes do BNDES acerca desse ponto (fl. 133, subitem 296.4.1, alínea **c**; fl. 143, item III, alínea **a.3**), sem, entretanto, ignorar a falha – pois que seria objeto de determinação, como se sugere no parágrafo anterior – considerando que, na concessão do crédito, o BNDES cercou-se de garantias razoáveis, como o caucionamento de ações da Tele Norte Leste Participações S/A até a emissão das debêntures da Telemar S/A e na possibilidade de transformação das debêntures em ações daquela companhia, que é patrimônio bastante, em princípio, para suportar a dívida.

## VII

Quanto à falta, no Edital do leilão, de exigência de comprovação, por parte dos licitantes, das capacidades técnica e econômica, talvez seja a maior falha de todo esse processo de desestatização e a fonte de todos os problemas nele ocorridos, no que se refere à alienação das ações da Tele Norte Leste Participações S/A.

De início, deixe-se assente que essa ausência infringe não só o art. 6.º, § 1.º, do Modelo de Reestruturação e Desestatização do Sistema Telebrás, como já mencionado no relatório de inspeção (fl. 91, item 95; fl. 128, item 279), mas também e sobretudo o art. 200 da Lei 9.472, de 16.7.1997, *in verbis*:

'Art. 200. Para qualificação, **será** exigida dos pretendentes comprovação de capacidade técnica, econômica e financeira, **podendo** ainda haver exigência quanto a experiência na prestação de serviços de telecomunicações, guardada sempre a necessária compatibilidade com o porte das empresas objeto do processo' (grifos nossos).

O dispositivo legal é claro no sentido de ser obrigatória a exigência das capacidades técnica, econômica e financeira e de ser facultativa a de experiência na prestação de serviços de telecomunicações, guardada, em ambos os casos, a compatibilidade das exigências com o porte da empresa.

Contudo, o mencionado Edital estabeleceu, como requisito para a habilitação dos licitantes, apenas a comprovação de capacidade de gestão empresarial (subitem 3.3.1, alínea **a**, e 3.3.2, *in fine* – vol. I, fl. 105) e de capacidade para

liquidar financeiramente a operação (subitem 3.3.1, alínea c - vol. I, fl. 105), restrita à apresentação de garantia financeira equivalente à 40% do preço mínimo da companhia (subitem 3.4 – vol. I, fl. 109). Requisitos, a nosso ver, insuficientes para garantir que o concessionário terá condições de tocar eficientemente o empreendimento, em especial, cumprir as pesadas metas de investimento requeridas. Ora, se se põe em dúvida a capacidade do consórcio para liquidar os compromissos financeiros assumidos, certamente não disporá o mesmo consórcio de capacidade econômica para cumprir todos os pesados compromissos de investimento que o setor está a exigir.

O relatório de inspeção traz a questão à luz, nos itens 97 (fl. 92) e 280 (fl. 128), salientando a hipótese de o Consórcio Telemar estar desacreditado pelo mercado e pelo próprio BNDES, por ter alcançado a qualificação em consequência da referida lacuna.

Para ilustrar a pouca credibilidade do Consórcio Telemar, a equipe de inspeção apresenta gráfico demonstrando a acentuada queda no preço das ações da TELERJ após o leilão (item 129, fl. 98).

O descrédito do BNDES, segundo o mesmo relatório, configura-se nas declarações de técnicos do Banco (item 62, fl. 84) e do ex-Ministro das Comunicações ao Senado Federal (item 97, fl. 92; vol. III, fl. 61) e nas atitudes tomadas pelo Banco, em relação ao Consórcio Telemar, após o leilão, aproveitando a oportunidade do apoio financeiro para celebrar Acordo de Acionistas da Tele Norte Leste Participações S/A (vol. I, fls. 363/379), com o fim de buscar administração compartilhada para a companhia e de constituir uma empresa *holding*, cujo objetivo social é exclusivamente o de ser a controladora da Tele Norte Leste Participações S/A.

O BNDES, ao exigir a constituição de uma empresa *holding* – a Telemar S/A –, estaria, segundo o relatório de inspeção, servindo-se de artifício para proceder à venda de sua futura participação na Tele Norte Leste Participações S/A, mesmo indireta, sem caracterizar transferência de controle acionário, superando a vedação do art. 202 da Lei 9.472/97 (itens 273 e 274, fl. 127). Na celebração do Acordo de Acionistas da Tele Norte Leste Participações S/A, estaria o Banco garantindo à BNDESPAR o direito de preferência na compra de ações da companhia eventualmente vendidas pelos outros sócios, a possibilidade de participação de 25% no capital votante da Telemar S/A ou, após cinco anos, de 10,36% no capital votante da companhia, bem como estabelecendo quórum qualificado para deliberações sobre a gestão e composição da administração da empresa (item 60, fl. 84).

Essas operações demonstram, provavelmente, a preocupação do BNDES com a falta de capacidade econômica e técnica do consórcio licitante vencedor, e, que estaria, assim, buscando mecanismo de supri-las.

Quanto à comprovação da capacidade técnica e de experiência na prestação de serviços de telecomunicações – inicialmente assegurada pela exigência de que dos consórcios interessados participasse empresa operadora – foi ela afastada por decisão da Comissão Especial de Supervisão (itens 23, fl. 72), sob o argumento de que o objeto da venda eram concessionárias com plantas instaladas, com corpo técnico qualificado e com domínio das tecnologias utilizadas (item 24, fl. 72).

Quanto à não-exigência da capacidade econômica dos licitantes, não foi dada nenhuma explicação pelo BNDES.

É de ver que capacidade econômica de uma empresa não se confunde com capacidade financeira, muito menos com a capacidade de fazer frente ao pagamento da primeira parcela do lance vencedor. Deixamos de aprofundar a distinção em face da inexistência de controvérsia sobre ela.

É que a Administração Pública não deve buscar interesses próprios – ditos interesses públicos secundários – em detrimento dos verdadeiros interesses públicos – ditos primários – coletivos, a que a Administração deve servir e que, em regra, estão previstos na lei. Desatender à lei, no caso o art. 200 da Lei 9.472/97, é desservir o interesse público legítimo (primário), mesmo sob o argumento de buscar-se outro interesse público, o da Administração como aparelho organizativo (secundário). A utilização de mecanismos, ortodoxos ou não, pelo administrador para a obtenção de resultados mais vantajosos para a Administração é meta a ser sempre buscada. No entanto, por melhores que sejam a intenções do administrador, se esses mecanismos atentarem contra o ordenamento jurídico ou contra os princípios constitucionais, e aqui referimo-nos em especial ao da moralidade, essa atitude jamais poderá ser elogiada. Afinal, de boas intenções o inferno está cheio.

A questão que agora se coloca, cuja apreciação reputamos importantíssima, é saber se a Telemar S/A, constituída a partir do Consórcio Telemar, detém ou não as condições técnicas e econômicas necessárias para conduzir a administração da Tele Norte Leste Participações S/A e cumprir as rigorosas metas de investimentos fixadas para a Região em que deve atuar (vide minuta do contrato de concessão da TELERJ – vol. II, fls. 182/242, em especial os capítulos de V a VII).

Diante dessa situação, entendemos que boa solução seria determinar-se à ANATEL que atente, na execução do contrato, em especial, para o cumprimento, por parte da Telemar S/A, das obrigações contratuais assumidas, sobretudo no que se refere às metas de investimento firmadas, nos termos do art. 38, § 1º, IV, da Lei n. 8.987/95, que prevê que, na hipótese de 'a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido', seja declarada a sua caducidade contratual.

Não podemos, por fim, deixar de mencionar que este Tribunal, ao apreciar o primeiro estágio do processo de desestatização do Sistema Telebrás, não percebeu essa falha e aprovou-o mediante a Decisão 463/98-TCU-Plenário, Ata 29/98, como bem se vê no Voto do eminente Ministro-Relator (itens 48 a 61, sobretudo o item 60). Poder-se-ia, portanto, cogitar da apresentação de recurso para a reformulação de mencionada decisão. Deixamos de fazê-lo em face de sua intempestividade e das considerações apresentadas pela inspeção (fls. 117 e 118), *in verbis*:

'A princípio, tais irregularidades por si só, ensejariam a anulação do leilão da Tele Norte Leste participações S. A, posto que conspurcada de vícios que descaracterizariam a sua licitude. É como dispõe a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, litteris:

'A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada em todos os casos a apreciação judicial.'

Acerca da anulação do procedimento licitatório, porém, o panorama doutrinário não é pacífico. Discute-se quanto ao caráter vinculado ou discricionário da anulação, isto é, se, em se constatando uma ilegalidade, estaria ou não a Administração obrigada a anular o ato. As opiniões divergentes: há os que entendem que a anulação é uma faculdade, há os que entendem que seja uma obrigação, e há ainda os que, assim como Miguel Reale, a consideram um poder-dever, 'pois vai além de simples faculdade e não chega a ser um ato vinculado'. É como esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro ('Direito Administrativo', 1994, pg. 195):

'Os que defendem o 'dever' de anular apegam-se ao princípio da legalidade; os que defendem a 'faculdade' de anular invocam o princípio da predominância do interesse público sobre o particular. Para nós, a Administração tem, em regra o 'dever' de anular os atos ilegais sob pena de cair por terra o princípio da legalidade. No entanto, poderá deixar de fazê-lo, em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal; nesse caso, 'é o interesse público que norteará a decisão'.

Nessa mesma linha de pensamento, Adilson Abreu Dallari ('Aspectos Jurídicos da Licitação', 1997, pg. 175/6) defende que 'um jurista (...) sabe que o direito vive em permanente evolução e que essa questão específica da automaticidade da decretação da nulidade já evoluiu, tendo deixado de ser fatal, para exigir sempre uma investigação mais aprofundada'. E cita Caio Tácito:

'O controle da legalidade evoluiu para verificar a existência real dos motivos determinantes da decisão administrativa, a importar no acesso à motivação expressa ou implícita do ato administrativo.

A motivação é, em certos casos, exigência legal de sua validade. Mesmo, porém, quando não exigida, cabe ao intérprete, atento aos antecedentes que condicionam a emissão do ato de vontade do administrador, verificar se os motivos são verdadeiros e aptos a produzir o resultado.

E, mais ainda, o exame da motivação do ato permitirá ao controle de legalidade avaliar se o nexo causal entre os motivos e o resultado do ato administrativo atende a dois outros requisitos essenciais: o da proporcionalidade e o da razoabilidade, que são igualmente princípios fundamentais condicionantes do poder administrativo.

O conceito de legalidade pressupõe, como limite à discricionariedade, que os motivos determinantes sejam razoáveis e o objeto do ato proporcional à finalidade declarada ou implícita na regra de competência.'

O que se depreende do pensamento jurídico hodierno é que, antes de invalidar, torna-se necessário indagar por que e para que invalidar.

No caso do leilão da Tele Norte Leste, há que se observar que as irregularidades evidenciadas a partir dos esclarecimentos do ex-Ministro das Comunicações denotam uma preferência pelo consórcio liderado pelo Banco Opportunity, em detrimento do Consórcio Telemar – encarado como aquele cuja vitória 'desatenderia ao interesse público'. Ocorre que foi esse consórcio o pretensamente prejudicado, que, por contingência do processo, sagrou-se vencedor do leilão.

Ademais, importa considerar que a anulação do leilão implicaria, por via de consequência, a anulação do contrato que lhe é consectário, situação que evoca o art. 37, § 6º da Constituição Federal, resultando em responsabilidade civil da Administração e dever de indenizar o contratado.'

A solução seria, portanto, não invalidar a licitação, pelos motivos acima transcritos, mas verificar se o contratado teria efetivas condições de cumprir os termos do contrato firmado.

Concordamos, ainda, com a proposta da Unidade Técnica contida no subitem 296.1, à fl. 131, e no item I, à fl. 142, e, por consequência, com as contidas no subitem 296.2, alíneas **d** e **e**, à fl. 132, e no item II, alíneas **b.1** e **b.2**, à fl. 142.

## VIII

No que tange à participação das seguradoras vinculadas ao BB-Banco de Investimentos no leilão da Tele Norte Leste Participações S/A (itens 153/161,

fls. 103/105), por considerá-la questão acessória e, em face da urgência requerida na apreciação dos autos, deixamos de nos manifestar sobre ela no presente momento e solicitamos, oportunamente, o retorno dos autos a este *parquet*, para intervenção devida, se assim V. Exa. vier a entender.

Na eventualidade de termos deixado de nos manifestar sobre outro ponto do relatório, devido também à urgência, desde já, aduzimos idêntica solicitação.

IX

Quanto à atuação dos ex-dirigentes do BNDES e do ex-Ministro das Comunicações, divulgadas pela imprensa, a partir de fitas de áudio contendo conversas telefônicas clandestinamente gravadas, e objeto de prestação de informações do ex-Ministro ao Senado Federal, concordamos com a análise da equipe de inspeção, no sentido da possibilidade de configurar-se a improbidade administrativa, nos termos do art. 11, I, da Lei 8.429/92, além da infringência aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da isonomia, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, e no art. 197, da Lei 9.472/97, no que se refere à condução do processo de desestatização da Telebrás.

Contudo, no que pertine ao enquadramento dos atos como infração penal, pensamos que esta refoge à competência deste Tribunal (que se refere tão-só aos ilícitos administrativos).

Caso se entenda haver indícios suficientes para caracterização do ilícito penal, deverá o Tribunal, no momento oportuno, comunicar os fatos ao órgão competente para apreciá-la.

Desse modo, concordamos com a promoção das audiências prévias propostas (subitem 296.4.1 e 296.4.2, alínea **a**, fls. 132/133; item III, alíneas **a.1** e **b.1**, fls. 143/144), excluindo-se, por enquanto, as referências à infração penal ou ao cometimento de ato de improbidade administrativa.

X

No que se refere à audiência prévia do ex-Diretor da Área Internacional e Comercial do Banco do Brasil, quanto ao vazamento de informações (subitem 296.4.4, alínea **a**, fl. 133, item III, alínea **d.1**), apesar de o ex-Ministro das Comunicações, nas declarações que prestou ao Senado, deixar claro que seu interlocutor era o mencionado ex-diretor, quando o ex-Ministro menciona as informações privilegiadas que obteve do referido Banco, não indica a fonte (item 207, fls. 114/115).

Assim, à falta da indicação segura da origem do vazamento, discordamos, por ora, da aludida proposta de audiência.

No entanto, nada impede que se promova determinação ao presidente do Banco do Brasil, no sentido de apurar os fatos e adotar, se for o caso, as providências ainda cabíveis, comunicando ao Tribunal o resultado dessa apuração.

Por fim, anuímos às considerações do Sr. Secretário da 8.<sup>a</sup> SECEX, no sentido de aguardar-se oportunidade para as recomendações e a audiência sugeridas nos subitens 296.3 (fl. 132) e 296.4.4, alínea **b** (fl. 134).

×I

O Edital n.º 001/98/SPB/ANATEL, que regulará a concorrência para autorização para exploração dos serviços de telefonia pelas chamadas empresas-espelho, foi analisado às fls. 58 a 60 do relatório de inspeção.

De acordo com a equipe, os requisitos para pré-habilitação previstos nesse edital são mais adequados do que aqueles utilizados no Edital MC/BNDES 01/98, que regulou a privatização do Sistema TELEBRÁS.

Tal assertiva também é verdadeira quanto à comprovação de aptidão para explorar os serviços, o que pode ser verificado pelo exame da cláusula 5.3 e suas subcláusulas (vol. II, fl. 120).

Outro aspecto enfatizado pela equipe é o relativo à concessão de financiamento às empresas-espelho pelo BNDES. Entende a equipe que, embora não haja, no momento, impedimento legal a tal operação, seria recomendável que o Banco se abstinhasse de realizá-la, ou, caso a faça, atenda uma das seguintes alternativas:

- a) adote outra modalidade de apoio financeiro que não envolva a subscrição e integralização de debêntures conversíveis em ações; ou
- b) caso inevitável a utilização dessa modalidade, limite a participação relevante (a partir de 20% do capital votante) da BNDESPAR apenas ou à concessionária ou à empresa-espelho autorizada na mesma região, de forma a não violar a vedação prevista no art. 9º, § 3º, do Plano Geral de Outorgas e no art. 202 da Lei Geral de Telecomunicações.

Entretanto, entendemos que as operações envolvendo a subscrição e a integralização de debêntures conversíveis em ações oferecem maior segurança para o Banco e que as vedações dos citados dispositivos não se aplicam ao BNDES, que, na hipótese de vir a ser acionista, o será apenas provisoriamente.

Por essas razões dissentimos da proposta oferecida pela equipe no item 262, fl. 60 do relatório.

## XII

Ante o exposto, em atenção ao honroso despacho de V. Exa. (fl. 146), solicitando nossa intervenção, manifestamo-nos no sentido de :

I – que seja determinado ao BNDES que:

- a) nos futuros processos de desestatização, caso se disponha a prestar colaboração financeira aos participantes, promova a ampla divulgação da possibilidade desse apoio financeiro, bem como de suas condições e dos critérios objetivos de análise das propostas, pelos meios que vier entender adequados para tanto, de modo a garantir o acesso de todos os possíveis interessados;
- b) as futuras operações financeiras com participantes de processo de desestatização sejam precedidas de adequada análise econômico-financeira dos tomadores do crédito e de eventuais fiadores, a ser realizada pelo próprio Banco, em consonância com as normas do Banco Central do Brasil que regem a matéria;

II – que seja determinado à ANATEL que atente, na execução do contrato, em especial, para o cumprimento por parte da Telemar S/A das obrigações contratuais assumidas, sobretudo no que se refere às metas de investimento firmadas, nos termos do art. 38, § 1º, IV, da Lei 9.472/97, que prevê que, na hipótese de 'a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido', seja declarada a caducidade contratual;

III - que seja determinado ao presidente do Banco do Brasil que adote as medidas necessárias, com vistas a apurar os fatos referentes ao vazamento de informações sobre as condições financeiras do Consórcio Telemar, às vésperas do leilão da Tele Norte Leste Participações S/A, bem como adote, se for o caso, as providências ainda cabíveis, comunicando ao Tribunal o resultado dessa apuração;

IV – que seja promovida a audiência prévia dos senhores LUIZ CARLOS MENDONÇA DE BARROS, ex-Ministro das Comunicações, ANDRÉ PINHEIRO DE LARA REZENDE, ex-presidente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, e JOSÉ PIO BORGES DE CASTRO FILHO, presidente-interino do mencionado Banco, nos termos do art. 43, II, da Lei 8.443/92, para que apresentem razões de justificativa para os atos de negociação direta com possíveis participantes do processo de desestatização da Telebrás, para as gestões visando à formação e viabilização de consórcios para participar des-

se processo, bem como pela interferência em favor do Consórcio Itália Telecom, admitidas pelo primeiro, na prestação de informações ao Senado Federal, com vistas a aferir, exclusivamente, a legitimidade de suas atuações."

15. É o relatório.

## VOTO

Conforme ressalta a douda Procuradoria, com base nas informações contidas no Relatório da Inspeção realizada por determinação deste E. Plenário, o BNDES não dispõe, atualmente, de participação acionária na Tele Norte Leste Participações S/A.

2. O que, efetivamente, ocorreu foi um empréstimo realizado pelo BNDES a alguns integrantes do Consórcio Telemar (que adquiriu o controle acionário da Tele Norte Leste Participações S/A) a título de adiantamento das debêntures a serem emitidas pela Telemar S/A – empresa ainda a ser criada com o objetivo de controlar a Tele Norte Leste Participações.

3. Cumpre registrar que a debênture é um título de crédito. Nas palavras do professor Fran Martins trata-se "de um título representativo de uma parcela de empréstimo feito à sociedade" (**in** Curso de Direito Comercial, 22ª Edição, p. 332). No presente caso, as debêntures são conversíveis em ações, o que permite ao credor passar à condição de participante da sociedade. Portanto, o BNDES, por ora, é apenas credor, podendo, como bem ressaltou o ilustre Subprocurador-Geral, "em vez de resgatar o dinheiro emprestado, converter as debêntures em ações da Telemar S/A".

4. Feitas essas considerações, é de registrar, no tocante à aludida operação financeira, que – salvo quanto à ausência de prévia análise pelo BNDES da capacidade econômico-financeira das beneficiárias – tanto a Unidade Técnica quanto o Ministério Público consideram regular aquela operação, sob o ponto de vista formal.

5. A propósito, verifica-se que a Unidade Técnica propõe a realização de audiência do ex-Presidente e do Presidente interino do BNDES e determinação à Entidade, enquanto o **Parquet** manifesta o entendimento de que a referida falta enseja apenas determinação à Entidade, posicionamento que endosso, haja vista as garantias de que o Banco procurou cercar-se.

6. Relativamente à ausência de previsão no Edital de privatização acerca da possibilidade de apoio financeiro do BNDES, observa-se que há consenso no sentido de que deve ser dada igual oportunidade de acesso a todos os interessados no aludido apoio, em homenagem aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da publicidade. Todavia, os pareceres emitidos nos autos sugerem formas distintas de concretizar essa exigência. No meu entender, assiste razão ao ilustre Subprocurador-Geral quando consigna que a forma de divulgação, em futuros processos de desestatização, deve ficar a critério do BNDES, pois que se insere no poder discricionário da autoridade administrativa.

7. De ressaltar que a falta, no Edital do leilão, de exigência de comprovação pelos licitantes de capacidade técnica e econômica – que segundo a douda Procuradoria seja “talvez a maior falha de todo esse processo de desestatização” – ensejou:

7.1 - por parte da Unidade Técnica proposta de:

- a) determinação ao BNDES para que, em futuros processos de desestatização, sejam fixados no edital, de forma objetiva, critérios a serem adotados para análise de capacidade econômico-financeira do(s) participante(s) na fase de pré-identificação, com vistas a atestar a condição de solvência dos participantes diante das obrigações decorrentes do contrato, considerados o porte do empreendimento e o vulto dos investimentos necessários, abstando-se de se utilizar tão-somente da análise realizada por Câmaras de Liquidação e Custódia ou entes congêneres;
- b) audiência dos Srs. Luiz Carlos Mendonça de Barros, André Pinheiro de Lara Rezende e José Pio Borges de Castro Filho, respectivamente, ex-Ministro das Comunicações, ex-Presidente e Presidente interino do BNDES;

7.2 - por parte do Ministério Público, determinação à ANATEL para que “aten-te, na execução do contrato, em especial, para o cumprimento por parte da Telemar S/A das obrigações contratuais assumidas, sobretudo no que se refere às metas de investimento firmadas, nos termos do art. 38, § 1º, IV, da Lei n. 8.987/95, que prevê que, na hipótese de ‘a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido’, seja declara-da a caducidade contratual”.

8. No tocante às propostas supratranscritas, considero mais adequada, por seus fundamentos, a apresentada pela douda Procuradoria.

9. Neste passo, cabe-me assinalar que concordo com a Equipe de Inspeção, com o Titular da Unidade Técnica e com a douda Procuradoria quando entendem que, embora, em princípio, pudesse ser determinada a anulação do leilão em causa, em face das irregularidades apuradas nos autos, tal anulação não encontraria maior respaldo jurídico, porquanto contrariaria o interesse público. De fato, conforme argumenta, a propósito, a Equipe de Inspeção:

“a anulação da licitação e sustação do contrato causariam efeitos danosos à imagem do País, ferindo inclusive o princípio da segurança jurídica, com quase ou nenhum ganho material advindo daí. Ao contrário, a medida implicaria novos gastos com a retomada da Tele Norte Leste pela União, indenização do(s) contratado(s) e organização de novo leilão de privatização, sem qual-quer garantia de que, além do próprio Consórcio Telemar, outro consórcio venha a se candidatar ao novo certame” (item 294, **b**, do Relatório de Inspeção – fls. 131).

10. No que tange à participação das seguradoras vinculadas à BB-BI no leilão da Tele Norte Leste Participações S/A, releva assinalar, a Equipe de Inspeção infor-

ma que essa questão foi objeto de Auditoria Operacional realizada no período de 02/06 a 05/09/97 (TC-017.114/96-9), atualmente em fase de audiência.

11. Ademais, sobre esse ponto não houve manifestação do Ministério Público, por considerá-la "questão acessória e em face da urgência requerida na apreciação dos autos".

12. Por tais razões, tenho por despidendo que se faça, neste processo, a recomendação alvitrada pela Equipe de Inspeção no subitem 297.3 de seu Relatório, a qual, aliás, não contou com a anuência do Titular da Unidade Técnica.

13. Quanto às irregularidades constatadas com base nas manifestações prestadas ao Senado Federal pelo ex-Ministro das Comunicações, Sr. Luiz Carlos Mendonça de Barros, entendo devam ser promovidas as audiências propostas, porém, nos termos sugeridos pelo mencionado Subprocurador-Geral.

14. Deixo de acolher as propostas de audiência do ex-Diretor da área Internacional e Comercial do Banco do Brasil, quanto à alínea **a**, por me parecer mais adequada a determinação sugerida pelo Representante do **Parquet**; e quanto à alínea **b**, pelas razões expostas pelo Sr. Secretário da 8ª Secex, endossadas pelo Ministério Público.

15. De igual modo, deixo de endossar a proposta de audiência do Presidente da ANATEL, objeto da alínea **e** do item 3 do Parecer do Titular da Unidade Técnica, tendo em vista não haver nos autos elementos que comprovem a ocorrência de infração à norma legal ou regulamentar.

16. No que concerne à proposta de determinação à ANATEL para que averigüe os indícios de participação relevante da PREVI em duas companhias da Região I do Plano Geral de Outorgas, creio desnecessária, pois se confirmadas as hipóteses aventadas pela Equipe de Inspeção, indicariam que a participação daquele Fundo de Pensão na Tele Norte Leste seria de 18,10% do capital votante, inferior, portanto, aos 20% considerados no Edital de privatização como participação relevante.

17. Registro, ainda, que compartilho do entendimento manifestado pela Unidade Técnica e pela douta Procuradoria no sentido de que não persistem os motivos que ensejaram a medida cautelar objeto do subitem 8.2 da Decisão n. 708/98-Plenário, cabendo, pois, tornar-se insubsistente aquela determinação. Considero, porém, desnecessária a autorização à BNDESPAR contida na segunda parte do subitem 297.1 do Relatório de Inspeção.

18. Por derradeiro, quanto às determinações à BNDESPAR, sugeridas pela Unidade Técnica, e com as quais concorda o Ministério Público:

18.1 - acolho, no essencial, a primeira delas (transcrita no item 13, II, b.1), dando-lhe, porém, a seguinte redação: no caso de eventual conversão em ações das debêntures a serem subscritas e integralizadas pela BNDESPAR, e de essa Companhia optar pela venda para outra empresa da participação detida no capital da Telemar S/A, deverá observar as disposições da Lei n. 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), do Decreto n. 2.534/98 (Plano Geral de Outorgas) e da Cláusula 18.1 dos contratos de concessão, bem assim o art. 2º da Instrução CVM n. 286/98, por força do qual essa alienação deverá ser efetivada mediante leilão especial;

18.2 - considero despcienda a segunda (transcrita no item 13, II, b.2), por entender que refoge à competência deste Tribunal analisar, **previamente**, os requisitos e condições a serem observados para a eventual venda das aludidas debêntures.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto à deliberação deste E. Plenário.

## DECISÃO Nº 897/98 – TCU – PLENÁRIO<sup>1</sup>

1. Processo TC-927.764/98-9.
2. Classe de Assunto: V – Representação de Unidades Técnicas do Tribunal.
3. Entidade: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES.  
Vinculação: Ministério do Planejamento e Orçamento.
4. Responsável: André de Lara Rezende, ex-Presidente do BNDES.
5. Relator: Ministro José Antonio Barreto de Macedo.
6. Representante do Ministério Público: Dr. Lucas Rocha Furtado.
7. Unidades Técnicas: 8ª e 9ª SECEXs.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
  - 8.1 – tornar insubsistente a determinação contida no subitem 8.2 da Decisão nº 708/98-TCU-Plenário, Ata nº 42/98, por não mais subsistirem os motivos que a determinaram;
  - 8.2 – determinar:
    - 8.2.1 – ao BNDES que:
      - a) nos futuros processos de desestatização, caso se disponha a prestar colaboração financeira aos participantes, promova, previamente ao leilão, a ampla divulgação da possibilidade desse apoio financeiro, bem como de suas condições e dos critérios objetivos de análise das propostas, pelos meios que vier a entender adequados para tanto, de modo a garantir o acesso de todos os possíveis interessados;
      - b) as futuras operações financeiras a serem realizadas pelo Sistema BNDES com participantes de processos de desestatização sejam precedidas de adequada análise econômico-financeira dos tomadores do crédito e de eventuais fiadores, em consonância com as normas do Banco Central do Brasil que regem a matéria;
    - 8.2.2 – à BNDESPAR que, no caso de eventual conversão em ações das debêntures a serem subscritas e integralizadas por essa Companhia e de optar pela venda para outra empresa da participação detida no capital da Telemar S/A, observe as disposições da Lei n. 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), do Decreto n. 2.534/98 (Plano Geral de Outorgas) e da Cláusula 18.1 dos contratos de concessão, bem assim o art. 2º da Instrução CVM n. 286/98, de acordo com o qual a alienação deverá ser efetivada mediante leilão especial;
    - 8.2.3 – à ANATEL para que atente, na execução do contrato, em especial, para o cumprimento por parte da Telemar S/A das obrigações contratuais assumidas,

---

1. Publicada no DOU de 29/12/1998.

sobretudo no que se refere às metas de investimento firmadas, nos termos do art. 38, § 1º, IV, da Lei n. 8.987/95, que prevê, na hipótese de "a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido", que seja declarada a caducidade contratual;

8.2.4 – ao Banco do Brasil que promova as medidas necessárias, com vistas a apurar os fatos referentes ao vazamento de informações sobre as condições financeiras do Consórcio Telemar, às vésperas do leilão da Tele Norte Leste Participações S/A, bem como adote, se for o caso, as providências ainda cabíveis, comunicando ao Tribunal o resultado dessa apuração;

8.2.5 – à 9ª SECEX que, nos termos do art. 43, III, da Lei 8.443/92, promova a audiência dos Srs. LUIZ CARLOS MENDONÇA DE BARROS, ex-Ministro das Comunicações, ANDRÉ PINHEIRO DE LARA REZENDE, ex-presidente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, e JOSÉ PIO BORGES DE CASTRO FILHO, presidente-interino do mencionado Banco, para que apresentem razões de justificativa acerca dos atos de negociação direta com possíveis participantes do processo de desestatização da Telebrás, das gestões visando à formação e viabilização de consórcios para participar desse processo, bem assim da interferência em favor do Consórcio Itália Telecom, admitidas pelo primeiro deles, nas informações que prestou ao Senado Federal, com vistas a aferir exclusivamente a legitimidade de suas atuações;

8.3 – encaminhar o presente processo à 9ª SECEX para que adote as providências a seu cargo, em especial, com fulcro no art. 22 da Resolução TCU n. 77/96, proceda à juntada destes autos ao TC-002.024/98-5 e acompanhe o cumprimento das determinações objeto do subitem 8.2 supra;

8.4 – encaminhar cópia desta Decisão, bem assim do Relatório e Voto que a fundamentam, ao Congresso Nacional, ao Ministério Público da União, ao Banco Central do Brasil e ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.

9. Ata n. 51/98 – Plenário.

10. Data da Sessão: 15/12/1998 – Extraordinária Pública.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Homero Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Carlos Átila Álvares da Silva, Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Humberto Guimarães Souto, Valmir Campelo e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo (Relator) e Lincoln Magalhães da Rocha.

Homero Santos  
Presidente

José Antonio Barreto de Macedo  
Ministro-Relator