

Número do Acórdão:

ACÓRDÃO 2342/2017 - PLENÁRIO

Relator:

AUGUSTO SHERMAN

Processo:

034.931/2015-5

Tipo de processo:

REPRESENTAÇÃO (REPR)

Data da sessão:

18/10/2017

Número da ata:

42/2017

Interessado / Responsável / Recorrente:

3. Representante/Interessado:

3.1. Representante: Tribunal de Contas da União.

3.2. Interessado: Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados - CFFC.

Entidade:

Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social; BNDES Participações S.A.

Representante do Ministério Público:

não atuou.

Unidade Técnica:

Secretaria de Controle Externo da Administração Indireta no Rio de Janeiro (SecexEstataisRJ).

Representante Legal:

Juliana Calixto Pereira (OAB/RJ 130070) e outros

Assunto:

Representação para análise dos indícios de irregularidades referente à participação acionária da BNDESPAR na JBS S.A., visando à sua capitalização para adquirir a empresa americana National Beef Packing Co. e a divisão de carnes bovinas da Smithfield Foods Inc.

Sumário:

RELATÓRIO DE AUDITORIA, POR SOLICITAÇÃO DE COMISSÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. OPERAÇÕES DE CRÉDITO E DE APOORTE DE CAPITAIS CONCEDIDAS PELO BANCO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES E POR SUA SUBSIDIÁRIA BNDES PARTICIPAÇÕES S.A. - BNDESPAR AO GRUPO JBS. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES E DANOS AO BNDES. CONVERSÃO DOS AUTOS EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA E CITAÇÃO DE RESPONSÁVEIS. DETERMINAÇÕES.

Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação instaurada em decorrência do Acórdão 3011/2015-Plenário - prolatado em relatório de auditoria (TC 007.527/2014-4) cujo objeto foi o de examinar, a pedido da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados - CFFC, as operações de crédito e de mercado de capitais realizadas

pelo BNDES e pelo BNDESPar com o Grupo JBS, de 2005 a 2014 -, em cujo âmbito foram analisados indícios de irregularidades observados na operação de apoio financeiro por meio da aquisição de ações, por parte do BNDESPar, da empresa JBS, com o objetivo de permitir a essa última adquirir as empresas norte-americanas National Beef Packing Co. e a divisão de carnes da Smithfield Foods Inc. (incluída sua subsidiária integral Five Rivers) ;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, com fundamento no art. 1º, inciso II, e 5º, inciso I, da Lei nº 8.443/92, em:

9.1. conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014;

9.2. determinar, nos termos do art. 47 da Lei 8.443/1992, a conversão do presente processo em tomada de contas especial;

9.3. dar à tomada de contas especial a ser autuada em razão do item 9.2 retro a mesma prioridade devida ao processo que originou a presente representação, o TC 007.527/2014-4 – Solicitação do Congresso Nacional, mais especificamente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados – CFFC, nos termos do art. 5º, inciso I, da Res. TCU nº 215/2008;

9.4. autorizar as citações dos responsáveis elencados nos itens 9.4.1, 9.4.2, 9.4.3 e 9.4.4 abaixo, todos em solidariedade entre si, com fulcro nos arts. 70 e 71, inciso II, da Constituição Federal; 10, § 1º, 12, inciso II, e 16, § 2º, b, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 202, incisos I e II, e 209, § 5º, II, e § 6º do Regimento Interno/TCU, para, no prazo de noventa (90) dias, contados a partir da ciência da citação, apresentarem alegações de defesa e/ou recolherem aos cofres da BNDES Participações S/A o montante de R\$ 190.738.803,37 (valor original cujas parcelas constituintes estão especificadas nos itens 9.4.5, 9.4.6 e 9.4.7 a seguir) , atualizado monetariamente a partir das datas abaixo indicadas, nos termos da legislação vigente, valor este equivalente aos danos estimados nos autos – consistentes no preço excessivo pago pelas ações da empresa JBS S/A transacionadas na operação sob análise sem justificação técnica adequada e demonstrável, bem como de dividendos decorrentes não recebidos, e de adesão antieconômica e injustificada a Fundo FIP;

9.4.1. Fabio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, Jorge Luiz Sozzi de Moraes, CPF 238.880.407-87, Jorge Eduardo Martins Moraes, CPF 550.770.307-82, Maria de Lourdes C. de Albuquerque, CPF 126.779.144-68, Marcio Duarte de Medeiros, CPF 070.768.147-22, Ramon Dantas Rotta, CPF 220.871.978-65, e Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, na condição de signatários da Informação Padronizada IP AMC-DEPAC 29/2008; de Armando Mariante Carvalho Junior, CPF 178.232.937-49, Elvio Lima Gaspar, CPF 626.107.917-04, João Carlos Ferraz, CPF 230.790.376-34, Mauricio Borges Lemos, CPF 165.644.566-20, e Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 337.026.597-49, na condição de diretores signatários da Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008,

de Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, como signatário da Informação Padronizada IP AMC-DEPAC 29/2008 e como diretor signatário da Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008 - participaram da causa do dano na forma das condutas descritas no relatório e voto (seções VIII e XI) que fundamentam este acórdão, com afronta aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, previstos no art. 37 da CF, e da economicidade, estabelecido no art. 70 da CF, além de violação aos arts. 153; 154, §2º, "a"; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76 e de normas internas do BNDES;

9.4.2. Joesley Mendonça Batista, CPF 376.842.211-91, Victor Garcia Sandri, CPF 897.027.278-04, Guido Mantega, CPF 676.840.768-68 – participaram da causa do dano na forma de associação ilícita destinada a obtenção/concessão de vantagens indevidas pelo/ao Grupo JBS – nos termos constantes do Acordo de Colaboração Premiada celebrado com a Procuradoria Geral da República e homologado pelo Supremo Tribunal Federal e conforme condutas descritas no relatório e voto (seção VIII, XI e XIII) que fundamentam este acórdão, com afronta aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, previstos no art. 37 da CF, e da economicidade, estabelecido no art. 70 da CF, além de violação aos arts. 153, 154, §2º, "a"; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76 e de normas internas do BNDES

9.4.3. Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, como diretor signatário da Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008 e como diretor presidente do BNDES e BNDESPar – participou da causa do dano na forma das condutas descritas no relatório e voto (seções VIII e XI) que fundamentam este acórdão, bem como na forma de associação ilícita com os responsáveis indicados no item 9.4.2., retro, destinada a obtenção/concessão de vantagens indevidas pelo/ao Grupo JBS – nos termos constantes do Acordo de Colaboração Premiada celebrado com a Procuradoria Geral da República e homologado pelo Supremo Tribunal Federal e conforme condutas descritas no relatório e voto (seção XIII) que fundamentam este acórdão, com afronta aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, previstos no art. 37 da CF, e da economicidade, estabelecido no art. 70 da CF, além de violação aos arts. 153, 154, §2º, "a"; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76 e de normas internas do BNDES;

9.4.4. empresa JBS S/A, CNPJ 02.916.265/0001-60 - participou da causa do dano na condição de beneficiada pelos recursos, conforme descrito no relatório e voto (seções VIII e XI) que fundamentam este acórdão, com afronta aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, previstos no art. 37 da CF, e da economicidade, estabelecido no art. 70 da CF, além de violação aos arts. 153; 154, §2º, "a"; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76 e de normas internas do BNDES;

9.4.5. dano advindo do pagamento de preço excessivo pelas ações da empresa JBS S/A transacionadas na operação sob análise sem justificativa técnica adequada e demonstrável (seção VIII do voto) :

Data da subscrição das ações

Quantidade de ações adquirida

Valor do Débito (R\$)

17/4/2008

88 810 308

103 908 060 36

18/4/2008	47.421.190	55.482.792,30
28/5/2008	3.522.222	4.120.999,74

9.4.6. dano advindo do não recebimento de dividendos de ações em número equivalente às que teriam sido adquiridas com a parte excessiva do preço pago pelas ações da empresa JBS S/A transacionadas na operação sob análise (seção VIII do voto) :

Data de recebimento dos dividendos	Valor dos dividendos não recebidos (R\$)
19/05/2008	262.053,57
14/05/2009	191.376,55
28/06/2010	527.712,94
14/05/2013	1.300.803,40
02/06/2014	1.575.022,21
12/05/2015	3.512.486,65
28/06/2016	8.742.945,65

9.4.7. dano advindo do pagamento de “taxas de administração” pela adesão injustificada e antieconômica ao Fundo FIP Prot, por meio do qual foram adquiridas ações da empresa JBS S/A na operação sob análise (seção XI do voto) :

Ano do pagamento das taxas	Valor das taxas pagas (R\$)
31/12/2008	1.975.500,00
31/12/2009	2.533.500,00
31/12/2010	2.542.500,00
31/12/2011	2.079.000,00
31/12/2012	1.503.000,00
31/12/2013	481.050,00

9.5. realizar, com fundamento no art. 43, inciso II, da Lei 8.443/91 e art. 250, inciso IV, c/c o art. 237, parágrafo único, do RI/TCU, as **audiências** de Caio Britto de Azevedo, CPF 021.491.517-40, José Cláudio Rego Aranha, CPF 261.866.247-49, Jaldir Freire Lima, CPF 244.727.001-15, Carlos Augusto Muller Ferreira, CPF 449.819.297-49, Jorge Eduardo Martins Moraes, CPF

Carlos Augusto Munier Ferreira, CPF 443.813.237-43, Jorge Eduardo Martins Moraes, CPF 550.770.307-82, Marcio Duarte de Medeiros, CPF 070.768.147-22 e Robson Wagner Oliveira Sarmiento, CPF 004.985.777-08, como signatários da Instrução de Enquadramento IC AP/DEPRI - AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, para que no prazo de noventa (90) dias apresentem razões de justificativa para as irregularidades a seguir indicadas, de cujas causas participaram na forma das condutas descritas no relatório e voto (seção II e IV) que fundamentam este acórdão, observadas no âmbito do projeto 1821764.0001/2008 – operação de apoio financeiro à aquisição das empresas norte-americanas National Beef Packing Co. e Smithfield Foods Inc. (divisão de carnes bovinas) pela JBS S/A, por meio da aquisição de participação acionária na referida empresa pelo BNDESPAR:

9.5.1. recomendar o enquadramento da referida operação, contrariando o disposto nos arts. 153, 154, §2º, "a"; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76, após elaborarem relatórios e pareceres:

9.5.1.1. em tempo exíguo (seção II do voto) ;

9.5.1.2. sem a profundidade necessária em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos (seção II do voto) ;

9.5.1.3. utilizando-se principalmente de informações fornecidas pelo postulante dos recursos, com ausência de análises do próprio banco (seção II do voto) ;

9.5.1.4. sem avaliação da possibilidade de não aprovação da operação pelas autoridades antitruste americanas (seção II do voto) ;

9.5.1.5. sem avaliação da regularidade de constituição do Fundo FIP Prot e da conveniência de adesão a tal fundo (seção XI do voto) ; e

9.5.1.6. sem a elaboração de quadros de usos e fontes com o detalhamento necessário (seção II do voto) ;

9.6. realizar, com fundamento no art. 43, inciso II, da Lei 8.443/91 e art. 250, inciso IV, c/c o art. 237, parágrafo único, do RI/TCU, as **audiências** de Ricardo Luiz de Souza Ramos, CPF 804.112.237-04, Yolanda Maria Melo Ramalho, CPF 376.387.187-04, Jorge Kalache Filho, CPF 178.165.217-15, Julio Cesar Maciel Raimundo, CPF 003.592.857-32, Lucia Maria Coelho Weaver, CPF 549.997.077-72, Luiz Antonio Araújo Dantas, CPF 400.896.497-53, João Furtado de Aquino, CPF 345.581.607-04, Luis Carlos Schwarz, CPF 345.767.037-49, Roberto Zurli Machado, CPF

600.716.997-91, Mariane Sardenberg Sussekkind, CPF 437.490.037-34, Paulo Todescan Lessa Mattos, CPF 188.745.248-62, Gil Bernardo Borges Leal, CPF 548.421.157-34, Fabio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, e Luiz Fernando Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68, como membros do Comitê de Enquadramento e Crédito – CEC presentes na 148ª Reunião do referido Comitê, para que no prazo de noventa (90) dias apresentem razões de justificativa para as irregularidades a seguir indicadas, de cujas causas participaram na forma das condutas descritas no relatório e voto (seção II e IV) que fundamentam este acórdão, observadas no âmbito do projeto 1821764.0001/2008 – operação de apoio financeiro à aquisição das empresas norte-americanas National Beef Packing Co. e Smithfield Foods Inc. (divisão de

carnes bovinas) pela JBS S/A, por meio da aquisição de participação acionária na referida empresa pelo BNDESPAR:

9.6.1. acolher a proposta contida na IP AP/DEPRI - AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, que continha as falhas descritas no item 9.5.1, e subitens, retro, e aprovar o enquadramento da referida operação:

9.6.1.1 sem a análise adequada, em termos de profundidade e detalhamento, e

9.6.1.2. em prazo incompatível com a complexidade e montante da operação;

9.7. realizar, com fundamento no art. 43, inciso II, da Lei 8.443/91 e art. 250, inciso IV, c/c o art. 237, parágrafo único, do RI/TCU, as **audiências** de Fabio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Caio Marcelo de Medeiros Neto, CPF 376.763.691-34, Jorge Luiz Sozzi de Moraes, CPF 238.880.407-87, Jorge Eduardo Martins Moraes, CPF 550.770.307-82, Maria de Lourdes C. de Albuquerque, CPF 126.779.144-68, Marcio Duarte de Medeiros, CPF 070.768.147-22, Ramom Dantas Rota CPF 220.871.978-65, e Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, como signatários da Informação Padronizada IP AMC-DEPAC 29/2008, para que no prazo de noventa (90) dias apresentem razões de justificativa para as irregularidades a seguir indicadas, de cujas causas participaram na forma das condutas descritas no relatório e voto que fundamentam este acórdão, observadas no âmbito do projeto 1821764.0001/2008 – operação de apoio financeiro à aquisição das empresas norte-americanas National Beef Packing Co. e Smithfield Foods Inc. (divisão de carnes bovinas) pela JBS S/A, por meio da aquisição de participação acionária na referida empresa pelo BNDESPAR:

9.7.1. elaborar a Informação Padronizada IP AMC-DEPAC 29/2008, e por meio dela propor a aprovação da referida operação, contrariando o disposto nos arts. 153, 154, §2º, "a"; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76 e art. 12 do Regulamento Geral de Operações, anexo à Resolução BNDES 862/96, bem como da missão do BNDES e dos arts. 3º, 9º, II, e 10, I, do Estatuto Social do BNDES, c/c art. 4º, I, do Estatuto da BNDESPAR:

9.7.1.1. em tempo exíguo (seção II do voto) ;

9.7.1.2. sem análise criteriosa da operação e sem realização de "due diligence" (seções II e III do voto) ;

9.7.1.3. com possibilidade de aporte de capital em montante superior às finalidades e necessidades apontadas (seção IV do voto) ;

9.7.1.4. sem análise da regularidade da concessão de apoio financeiro a empresa estrangeira, a JBS USA, por meio de pessoa interposta, a JBS S/A, sua controladora, haja vista que constou expressamente da carta consulta que os recursos seriam transferidos para a primeira empresa retro referida para que ela adquirisse outras empresas nos EUA (seção IV do voto) ;

9.7.1.5. sem a devida análise de benefícios econômicos e sociais para o país (seção VII do voto)

9.7.1.6. sem avaliação da regularidade de constituição do Fundo FIP Prot e da conveniência de adesão a tal fundo (seção XI do voto) ; e

9.7.1.7. sem análise e fundamentação, com detalhamento e profundidade, necessários para a determinação do valor de aquisição das ações (seção VIII do voto) ;

9.8. realizar, com fundamento no art. 43, inciso II, da Lei 8.443/91 e art. 250, inciso IV, c/c o art. 237, parágrafo único, do RI/TCU, as audiências de Fabio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Jorge Eduardo Martins Moraes, CPF 550.770.307-82, Marcio Duarte Medeiros, CPF 070.768.147-22, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, CPF 071.918.857-18, e Renato Francisco Martins, CPF 361.028.737-34, e Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, como membros da equipe técnica de acompanhamento da operação, para que no prazo de noventa (90) dias apresentem razões de justificativa para as irregularidades a seguir indicadas, de cujas causas participaram na forma das condutas descritas no relatório e voto (seção V) que fundamentam este acórdão, observadas no âmbito do projeto 1821764.0001/2008 – operação de apoio financeiro à aquisição das empresas norte-americanas National Beef Packing Co. e Smithfield Foods Inc. (divisão de carnes bovinas) pela JBS S/A, por meio da aquisição de participação acionária na referida empresa pelo BNDESPAR:

9.8.1. não elaborar e propor - após a primeira sinalização pelas autoridades antitruste americanas de que a aquisição da National Beef pela JBS poderia não ser autorizada -, providências ou alternativas que preservassem os interesses do BNDES no caso da confirmação do insucesso da operação (seção V do voto) ;

9.8.2. não propor, em momento posterior no qual a JBS anunciou expressamente a desistência expressa da compra da National Beef pela JBS, o acionamento imediato da cláusula 2.2 do Contrato de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças, celebrado pela BNDESPAR, o FIP PROT e os acionistas da JBS S/A, que previa a recompra das ações pela JBS em caso de insucesso total ou parcial das aquisições objeto da operação (seção V do voto) , tendo em vista que a aprovação do aporte de recursos tinha finalidade específica; e

9.8.3. permitir a ocorrência de desvio de finalidade, estimado em ~ R\$ 487,8 milhões (valores originais) , na aplicação de recursos públicos (seção V do voto) ;

9.9. realizar, com fundamento no art. 43, inciso II, da Lei 8.443/91 e art. 250, inciso IV, c/c o art. 237, parágrafo único, do RI/TCU, as audiências de Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, Renato Francisco Martins, CPF 361.028.737-34, Renata Bastos Maccacchero Victor, CPF 024.899.207-40, Ramon Dantas Rota, CPF 220.871.978-65, e Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, como signatários da Instrução Padronizada IP AMC/DEPAC 142/2008, de 27/10/2008, para que no prazo de noventa (90) dias apresentem razões de justificativa para as irregularidades a seguir indicadas, de cujas causas participaram na forma das condutas descritas no relatório e voto (seção V) que fundamentam este acórdão, observadas no âmbito do projeto 1821764.0001/2008 – operação de apoio financeiro à aquisição das empresas

norte-americanas National Beef Packing Co. e Smithfield Foods Inc. (divisão de carnes bovinas) pela JBS S/A, por meio da aquisição de participação acionária na referida empresa pelo BNDESPAR:

9.9.1. elaborar a Instrução Padronizada IP AMC/DEPAC 142/2008 e, por meio dela, propor, sem justificativas consistentes:

9.9.1.1. o não exercício da opção de venda constante da cláusula 2.2 do Contrato de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças, celebrado pela BNDESPAR, o FIP PROT e os acionistas da JBS S/A, após o Department of Justice (DoJ) – órgão antitruste americano – ter emitido comunicado, em 20/10/2008, informando que havia protocolado, naquela data, uma ação judicial antitruste na Corte do Distrito Federal dos Estados Unidos em Chicago contestando a aquisição da National Beef Packing Company LLC pela JBS S/A, e que vários estados americanos estariam se juntando à ação (seção V) ; e

9.9.1.2. a celebração de aditivo ao referido contrato, estendendo o prazo do exercício da opção de venda nele constante por mais doze meses a partir 28/10/2008, com base em informações prestadas pela postulante dos recursos e sem avaliar as reais possibilidades de aprovação da operação pelas autoridades antitruste americanas por meio de assessoria jurídica especializada no assunto (seção V) ; e

9.9.1.3. com isso permitir a ocorrência de desvio de finalidade, estimado em ~ R\$ 487,8 milhões (valores originais) , na aplicação de recursos públicos (seção V)

9.10. realizar, com fundamento no art. 43, inciso II, da Lei 8.443/91 e art. 250, inciso IV, c/c o art. 237, parágrafo único, do RI/TCU, as audiências de Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, Renato Francisco Martins, CPF 361.028.737-34, Renata Bastos Maccacchero Victer, CPF 024.899.207-40, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, CPF 071.918.857-18, Marcio Duarte de Medeiros, CPF 070.768.147-22, Ramom Dantas Rota, CPF 220.871.978-65, e Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, como signatários da Instrução Padronizada IP AMC-DEPAC 060/2009, de 13/4/2009, para que no prazo de noventa (90) dias apresentem razões de justificativa para as irregularidades a seguir indicadas, de cujas causas participaram na forma das condutas descritas no relatório e voto (seção V) que fundamentam este acórdão, observadas no âmbito do projeto 1821764.0001/2008 – operação de apoio financeiro à aquisição das empresas norte-americanas National Beef Packing Co. e Smithfield Foods Inc.

(divisão de carnes bovinas) pela JBS S/A, por meio da aquisição de participação acionária na referida empresa pelo BNDESPAR:

9.10.1. elaborar a Instrução Padronizada IP AMC-DEPAC 060/2009 e, por meio dela, propor, sem justificativas consistentes:

9.10.1.1. o não exercício da opção de venda das ações correspondentes ao montante não utilizado na aquisição a National Beef, constante da cláusula 2.2 do Contrato de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças, celebrado pela BNDESPAR, o FIP PROT e os acionistas da JBS S/A (seção V do voto) .

9.10.1.2. a autorização para a aplicação dos recursos então não utilizados até 28/10/2010, em finalidade não só diversa da qual a operação foi concebida, mas também sem destinação específica (seção V do voto) ;

9.10.1.3. autorização para incluir a aquisição da empresa australiana Tasman Group como finalidade da operação – o que resultaria na redução do montante de recursos não aplicado em US\$ 169,4 milhões – aquisição essa prevista na etapa de análise da operação para ser executada com recursos próprios da JBS S/A (seção V do voto) ; e

9.10.1.4. com isso permitir a ocorrência de desvio de finalidade, estimado em ~ R\$ 487,8 milhões (valores originais) , na aplicação de recursos públicos (seção V do voto) ;

9.11. realizar, com fundamento no art. 43, inciso II, da Lei 8.443/91 e art. 250, inciso IV, c/c o art. 237, parágrafo único, do RI/TCU, as audiências de Armando Mariante Carvalho Junior, CPF 178.232.937-49, Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 337.026.597-49, João Carlos Ferraz CPF 230.790.376-34, Elvio Lima Gaspar, CPF 626.107.917-04 e Mauricio Borges Lemos, CPF 165.644.566-20, Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, todos como membros da diretoria do BNDES e da BNDESPAR à época dos fatos, e, ainda, os dois últimos respectivamente como diretor da Área de Mercado de Capitais - AMC e Presidente-executivo do BNDES, para que no prazo de noventa (90) dias apresentem razões de justificativa para as irregularidades a seguir indicadas, de cujas causas participaram na forma das condutas descritas no relatório e voto que fundamentam este acórdão, observadas no âmbito do projeto 1821764.0001/2008 – operação de apoio financeiro à aquisição das empresas norte-americanas National Beef Packing Co. e Smithfield Foods Inc. (divisão de carnes bovinas) pela JBS S/A, por meio da aquisição de participação acionária na referida empresa pelo BNDESPAR:

9.11.1. aprovar a referida operação, por meio da Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, que havia disso enquadrada por meio da aprovação da IC AP/DEPRI – AMC/DEPAC – AI/DEAICO 1/2008, analisada e submetida à diretoria por meio da meio da Informação Padronizada IP AMC-DEPAC 29/2008 - procedimentos esses que continham as falhas descritas nos itens 9.5.1, 9.6.1, e 9.7.1, e respectivos subitens, retro –, contrariando o disposto nos arts. 153; 154, §2º, "a"; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76 e art. 12 do Regulamento Geral de

Operações, anexo à Resolução BNDES 862/96, bem como da missão do BNDES e dos arts. 3º, 9º, II, e 10, I, do Estatuto Social do BNDES, c/c art. 4º, I, do Estatuto da BNDESPAR:

9.11.1.1. sem a análise adequada, em termos de profundidade e detalhamento, e

9.11.1.2. em prazo incompatível com a complexidade e montante da operação;

9.11.2. aprovar, por meio da Decisão de Diretoria 118/2008-BNDESPAR, de 28/10/2008, a Instrução Padronizada IP AMC/DEPAC 142/2008, de 27/10/2008 - que continha as falhas descritas no item 9.9.1, e subitens, retro:

9.11.2.1. sem a análise adequada, em termos de profundidade e detalhamento;

9.11.2.2. em prazo incompatível com a complexidade e montante das questões tratadas; e

9.11.2.3. com isso permitir a ocorrência de desvio de finalidade, estimado em ~ R\$ 487,8 milhões (valores originais) , na aplicação de recursos públicos (seção V) :

9.12. realizar, com fundamento no art. 43, inciso II, da Lei 8.443/91 e art. 250, inciso IV, c/c o art. 237, parágrafo único, do RI/TCU, as audiências de Armando Mariante Carvalho Junior, CPF 178.232.937-49, Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 337.026.597-49, João Carlos Ferraz CPF 230.790.376-34, Elvio Lima Gaspar, CPF 626.107.917-04, Luiz Fernando Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68, Mauricio Borges Lemos, CPF 165.644.566-20, Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, todos como membros da diretoria do BNDES e da BNDESPAR à época dos fatos, e os dois últimos ainda como diretor da Área de Mercado de Capitais e como Presidente-executivo do BNDES, respectivamente, para que no prazo de noventa (90) dias apresentem razões de justificativa para as irregularidades a seguir indicadas, de cujas causas participaram na forma das condutas descritas no relatório e voto (seção V) que fundamentam este acórdão, observadas no âmbito do projeto 1821764.0001/2008 – operação de apoio financeiro à aquisição das empresas norte-americanas National Beef Packing Co. e Smithfield Foods Inc. (divisão de carnes bovinas) pela JBS S/A, por meio da aquisição de participação acionária na referida empresa pelo BNDESPAR:

9.12.1. aprovar, mediante a Decisão de Diretoria 034/2009-BNDESPAR, de 14/4/2009, a Instrução Padronizada IP AMC-DEPAC 060/2009, de 13/4/2009 – que continha as falhas descritas no item 9.10, e subitens, retro:

9.12.1.1. sem a análise adequada, em termos de profundidade e detalhamento (seção V do voto) ;

9.12.1.2. em prazo incompatível com a complexidade e montante das questões tratadas (seção V do voto) ; e

9.12.1.3. com isso permitir a ocorrência de desvio de finalidade, estimado em ~ R\$ 487,8 milhões (valores originais) , na aplicação de recursos públicos (seção V do voto) ;

9.13. realizar, com fundamento no art. 43, inciso II, da Lei 8.443/91 e art. 250, inciso IV, c/c o art. 237, parágrafo único, do RI/TCU, as audiências de Fabio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Jorge Eduardo Martins Moraes, CPF 550.770.307-82, Marcio Duarte Medeiros, CPF 070.768.147-22, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, CPF 071.918.857-18, Renato Francisco Martins, CPF 361.028.737-34, e Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, como membros da equipe técnica e gestora de acompanhamento da operação, a época dos fatos, para que no prazo de noventa (90) dias apresentem razões de justificativa para as irregularidades a seguir indicadas, de cujas causas participaram na forma das condutas descritas no relatório e voto (seção VI) que fundamentam

este acórdão, observadas no âmbito do projeto 1821764.0001/2008 – operação de apoio financeiro à aquisição das empresas norte-americanas National Beef Packing Co. e Smithfield Foods Inc. (divisão de carnes bovinas) pela JBS S/A, por meio da aquisição de participação acionária na referida empresa pelo BNDESPAR:

9.13.1. não efetuar o acompanhamento da execução físico-financeira do projeto, contrariando o disposto nos arts. 51, 52 e 55, inciso I e VI, das Normas Aplicáveis ao Fluxo das Operações Diretas e Indiretas Não-Automáticas do Sistema BNDES, anexas à Resolução BNDES 1.463/2007, e, ainda, nos arts. 153 e 158, II, da Lei 6.404/76:

9.13.1.1. com a profundidade e detalhamento necessários (seção VI do voto) ;

9.13.1.2. resultando na ausência de documentação comprobatória de que a parte significativa dos recursos aportados na JBS S/A tenha sido despendida nas finalidades previstas (seção VI do voto) ; e

9.13.1.3. com isso permitir a ocorrência de desvio de finalidade, estimado em ~ R\$ 298,7 milhões (valores originais) , na aplicação de recursos públicos (seção VI do voto) ;

9.14. realizar, com fundamento no art. 43, inciso II, da Lei 8.443/91 e art. 250, inciso IV, c/c o art. 237, parágrafo único, do RI/TCU, a audiência de Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, como diretor responsável pela Área de Mercado de Capitais - AMC, e Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, como diretor-presidente do BNDES, à época dos fatos, para que no prazo de noventa (90) dias apresentem razões de justificativa para as irregularidades a seguir indicadas, de cujas causas participaram na forma das condutas descritas no relatório e voto (seção X) que fundamentam este acórdão, observadas no âmbito do projeto 1821764.0001/2008 – operação de apoio financeiro à aquisição das empresas norte-americanas National Beef Packing Co. e Smithfield Foods Inc. (divisão de carnes bovinas) pela JBS S/A, por meio da aquisição de participação acionária na referida empresa pelo BNDESPAR:

9.14.1. ter permitido que José Cláudio do Rego Aranha, na condição de membro do Conselho de Administração da JBS S/A indicado pelo BNDES à época, participasse, como Chefe de Departamento na Área de Mercado de Capitais – AMC, da fase de enquadramento da referida operação, em possível conflito de interesse e com afronta ao disposto nos arts. 142, inciso I, 154, §1º, 155, II; §1º e II e 156 da Lei 6.404/76;

9.15. realizar, com fundamento no art. 43, inciso II, da Lei 8.443/91 e art. 250, inciso IV, c/c o art. 237, parágrafo único, do RI/TCU, a audiência de José Cláudio do Rego Aranha, CPF 261.866.247-49, como signatário da Instrução de Enquadramento IC AP/DEPRI - AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, para que no prazo de noventa (90) dias apresentem razões de justificativa para a irregularidade a seguir indicada, de cuja causa participou na forma das condutas descritas no relatório e voto (seção X) que fundamentam este acórdão, observadas no âmbito do projeto 1821764.0001/2008 – operação de apoio financeiro à aquisição das empresas norte-americanas National Beef Packing Co. e Smithfield Foods Inc. (divisão de carnes bovinas) pela JBS S/A, por meio da aquisição de participação acionária na referida empresa pelo

BNDESPAR:

9.15.1. na condição de membro do Conselho de Administração da JBS S/A indicado pelo BNDES, ter participado, como Chefe de Departamento na Área de Mercado de Capitais – AMC, da fase de enquadramento da referida operação, em possível conflito de interesse e com afronta ao disposto nos arts. 142, inciso I, 154, §1º, 155, II; §1º e II e 156 da Lei 6.404/76;

9.16. determinar ao BNDES que apresente documentos e esclarecimentos complementares, no prazo de 60 dias, a respeito das seguintes questões:

9.16.1. razões pelas quais os cálculos de “valor presente” das empresas JBS S/A e Swift USA / JBS USA apresentaram valores discrepantes – em proporções superiores às que seriam de se esperar em razão do pouco tempo transcorrido - nos documentos AMC/DEINV nº 03/2007 e AI/DEAGRO nº 17/2007, concluído em 25/06/2007 (relatório de análise da operação de apoio financeiro à JBS S/A para aquisição da empresa Swift) , e IP AMC/DEPAC nº 29/2008, concluído em 03/03/2008 (relatório de análise da operação de apoio financeiro à JBS S/A para aquisição das empresas National Beef e Smiethfield Beef (seção VIII do voto) ;

9.16.2. comprovação efetiva do montante, dos destinatários, e do momento dos pagamentos realizados pela JBS USA aos acionistas da Smithfield Beef e dos aportes de capital da empresa Five Rivers (seção VI do voto) ;

9.17. determinar à SecexEstataisRJ que:

9.17.1. solicite ao STF o compartilhamento de todos os elementos integrantes do referido Acordo de Colaboração Premiada e subsequentes inquéritos, especialmente os elementos probatórios, que se refiram aos atos e fatos descritos nos anexos 1, 3 e 25 do referido acordo, pela relação que detém com os fatos sob apreciação no presente processo;

9.17.2. após recebidos os esclarecimentos complementares solicitados por meio dos subitens 9.16.1 e 9.16.2, retro, proceda a nova instrução específica nos autos, propondo a audiência ou citação de responsáveis por aquelas condutas consideradas irregulares e/ou danosas, atentando para os prazos de prescrição relacionados aos atos praticados;

9.17.3. atente para a necessidade de aprofundamento das questões referidas nas seções II (§§ 21 e 27, “e” e “f”) , IV (§§ 51 e 52) , XII (§ 165) e XIV (§ 184) do voto que fundamenta este acórdão,

9.18. encaminhar cópia do presente acórdão à Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc, e à Comissão de Valores Mobiliários – CVM, para conhecimento e adoção de providências que entenderem cabíveis em seu respectivos âmbitos de atuação, especialmente em relação à regularidade da constituição do Fundo FIP Prot com participação do BNDESPar e dos fundos de pensão Petros e Funcef;

9.19. apensar os presentes autos ao processo de tomada de contas especial que vier a ser autuado, na forma prevista no art. 41 da Resolução – TCU 259/2014;

9.20. com fundamento no art. 198, parágrafo único, do Regimento Interno, cientificar o

9.20. com mandamento no art. 100, parágrafo único, do Regimento Interno, orientando o

Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão da conversão dos presentes autos em tomada de contas especial;

9.21. dar ciência deste acórdão para conhecimento e adoção das providências que entenderem cabíveis em seus respectivos âmbitos de atuação:

9.21.1. ao Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados – CFFC;

9.21.2. à Casa Civil da Presidência da República;

9.21.3. ao Ministério da Fazenda;

9.21.4. ao BNDES e ao BNDESPAR;

9.21.5. à JBS S/A;

9.21.6. ao 11º Ofício da Procuradoria da República do Distrito Federal;

9.21.7. à Delegacia de Combate à Corrupção e Crimes Financeiros/Superintendência de Polícia Federal no Distrito Federal (Delegada Danielle de Meneses Oliveira Mady) ;

9.21.8. à Força-Tarefa do Departamento de Polícia Federal no Rio de Janeiro atinente aos assuntos referentes ao BNDES/Coordenação-Geral de Polícia Fazendária (Delegado Alexandre Ramagem Rodrigues) ;

9.21.9. à Comissão de Valores Mobiliários – CVM;

9.21.10. à PREVIC;

9.21.11. à Funcef;

9.21.12. à Petros; e

9.21.13. à SecexPrevidência.

Quórum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro que alegou impedimento na Sessão: Vital do Rêgo.

13.3. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti (Relator).

13.4. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

Ministro alegou impedimento:

Vital do Rêgo.

Relatório:

Adoto, como relatório, a instrução lançada aos autos pela SecexEstataisRJ (peça 127) , e os pareceres do Diretor (peça 128) e do Secretário da referida secretaria (peça 129) :

"INTRODUÇÃO

Cuidam os autos de representação autuada por determinação do Acórdão 3.011/2015-TCU-Plenário, item 9.2.2 (peça 1, p. 1) , para análise dos indícios de irregularidades relacionados ao projeto 1821764.0001/2008, referente à participação acionária da BNDESPAR na JBS S.A., visando à sua capitalização para adquirir a empresa americana National Beef Packing Co. e a divisão de carnes bovinas da Smithfield Foods Inc, conforme itens IV, V, VI, VII e VIII do voto que fundamentou aquele acórdão (peça 2, p. 11-23) .

HISTÓRICO

Esta Corte recebeu Solicitação do Congresso Nacional (SCN) , oriunda da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (CFFC) , que formulou a Proposta de Fiscalização Financeira e Controle PFC 33/2011, requerendo a este Tribunal a realização de ato de fiscalização e controle nas operações de crédito do Banco Nacional de

Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES em relação ao grupo JBS/Friboi, com vistas a esclarecer os aspectos financeiros das operações, os critérios utilizados na escolha das empresas do setor e as vantagens sociais geradas por essas operações.

Ao apreciar a supramencionada SCN, o TCU prolatou, na sessão de 28/5/2014, o Acórdão 1.398/2014-TCU-Plenário, que determinou a realização de auditoria de conformidade, junto ao BNDES e BNDES Participações S.A. - BNDESPAR, com o objetivo de 'examinar as operações de crédito e transações financeiras efetivadas com o grupo JBS/Friboi, os critérios utilizados para a escolha da empresa beneficiada, as vantagens sociais advindas dessas operações, o cumprimento das cláusulas contratuais firmadas entre as partes, em especial dos termos referentes a aplicação de multas, a aquisição de debêntures e eventual prejuízo sofrido pelo banco com a troca desses debêntures por posição acionária da empresa frigorífica'.

Para cumprimento do Acórdão 1.398/2014-TCU-Plenário, foi autuado o TC007.527/2014-4, em que foram analisadas várias operações de apoio financeiro realizadas pelo BNDES para a JBS S.A. No bojo do TC007.527/2014-4, foi prolatado o Acórdão 3.011/2015-TCU-Plenário, que, no seu item 9.2.2 (peça 1, p. 1) , determinou que fossem analisados, especificamente em processo apartado, os indícios de irregularidades relacionados ao projeto 1821764.0001/2008, referente à participação acionária da BNDESPAR na JBS S.A., visando à sua capitalização para adquirir a empresa americana National Beef Packing Co. e a divisão de carnes bovinas da Smithfield Foods Inc, conforme itens IV, V, VI, VII e VIII do voto que fundamentou aquele acórdão.

No voto que precedeu ao Acórdão 3.011/2015-TCU-Plenário (peça 2) , o Relator suscitou as seguintes questões acerca dessa operação de aquisição de participação acionária, que demandariam análise em processo específico por este Tribunal:

1.1. enquadramento, análise e aprovação de uma operação de grande porte, complexa e de alto risco, em tempo consideravelmente inferior àquele indicado pelo próprio BNDES (item IV, indício 4) ;

1.2. o BNDESPAR, por meio de sucessivos aditivos, permitiu que recursos seus no montante de R\$ 615 milhões, aportados à JBS S.A. especificamente para aquisição da National Beef, não utilizados na finalidade pactuada, permanecessem na posse da JBS S.A. sem finalidade específica (item IV, indício 5) ;

1.3. utilização não justificada de expansão do número de pregões integrantes da amostra a ser utilizada no cálculo do valor da ação a ser adquirida, resultando em escolha do valor mais elevado entre outros já apontados, com ágio de 19,8% sobre o valor superior apontado na etapa anterior de análise, e de 49,1% sobre o valor da ação em bolsa de valores no dia da operação (item IV, indício 6) ;

1.4. estimativa de dano no valor de R\$ 163,5 milhões, equivalentes a aproximadamente 27,67 milhões de ações da JBS S.A., já que, nessa operação, o valor médio da ação nos últimos noventa pregões, estimado no enquadramento como o valor superior de aquisição das ações,

foi substituído pelo valor médio da ação nos últimos 120 pregões, valor esse mais elevado, substituição essa não justificada nos autos (item V) ;

1.5. ausência de demonstração da aplicação de recursos aportados nas finalidades estabelecidas (item VI, parágrafo 121) ;

1.6. as consultas, as análises, os contratos, e os quadros de usos e fontes não deixam claro o destino a ser dado a parcelas consideráveis do capital aportado (item VI, parágrafo 122) ;

1.7. na parte da operação que foi efetivamente realizada, a aquisição da Smithfield Beef, não existe clareza sobre qual montante foi efetivamente utilizado (item VI, parágrafo 126) ;

1.8. ausência de análise de benefícios econômicos e sociais para o país (item VII) ; e

1.9. ausência de realização de *due diligence* e de análise criteriosa da operação, e outras (item VIII) .

A instrução inicial deste processo, constante da peça 28, apontou que seria necessário expedir diligência ao BNDES para complementar as informações constantes do processo, para a emissão de opinião técnica sobre as questões suscitadas pelo Relator, anteriormente citadas. Consultado o Relator do processo, este anuiu a proposta apresentada com algumas adaptações/inclusões no texto (peça 31) . O Relator também determinou a expedição de diligência à Comissão de Valores Mobiliários - CVM para que aquela autarquia também enviasse outras informações julgadas importantes para o estudo da questão.

Expedidos os ofícios e recebidas as respostas, com a anuência do Relator, nova diligência foi expedida com o intuito de colher outras informações julgadas necessárias (peça 72) .

EXAME TÉCNICO

Preliminarmente cabe informar que o anexo 3 da instrução elaborada em função da auditoria

realizada, transcrita integralmente pelo Relator no relatório que precedeu ao acórdão (peça 3, p. 51-58) , descreveu com detalhes como ocorreu a operação. Objetivando propiciar aos que irão ler esta instrução uma fonte de consulta rápida sobre o assunto, o anexo 3 foi transcrito ao final desta instrução e consta como anexo 2.

Também se informa que o relatório resultante da auditoria realizada no âmbito do TC007.527/2014-4, bem como as informações constantes do anexo 3 anteriormente citado, serviram de base para a elaboração desta instrução. Por expressarem exatamente os fatos narrados, alguns trechos desses documentos foram incorporados no texto desta instrução.

Passando ao exame técnico das questões suscitadas pelo Relator, em resposta às diligências promovidas por esta Secretaria, por meio dos ofícios 265 e 266/2016-TCU/SecexEstataisRJ (peças 33 e 34) , as unidades jurisdicionais apresentaram documentos que foram acostados às peças 40 e 42. Como o BNDES enviou muitos documentos, não foi possível digitalizá-los em uma só peça. Optou-se por colocar os documentos que foram referenciados na instrução em peças específicas, para facilitar as consultas. Os demais constam como itens não digitalizados.

Assim, cada documento enviado pelo BNDES referenciado estará individualizado em uma peça. O texto contendo as informações prestadas pelo BNDES consta da peça 42, e as informações prestadas pela CVM constam da peça 40.

A partir da documentação recebida e daquela constante dos autos, oriunda do TC007.527/2014-4, realizou-se a análise das questões levantadas no voto que conduziu ao Acórdão 3.011/2015-TCU-Plenário e na instrução precedente. A análise procurou obedecer à ordem cronológica em que ocorreram os fatos, apresentação do projeto, análise, aprovação do apoio financeiro e seus desdobramentos.

Enquadramento, análise e aprovação de uma operação de grande porte, complexa e de alto risco, em tempo consideravelmente inferior àquele indicado pelo próprio BNDES

Situação encontrada

Os registros oficiais do BNDES informam que em 11/2/2008, seis meses após adquirir a empresa americana Swift Foods Company, que passou a se chamar JBS USA, a JBS S.A. solicitou apoio financeiro da BNDESPAR no valor de US\$ 1 bilhão, mediante subscrição de ações para aumento de capital. Esse aporte teria como objetivo a aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group. Tais aquisições tornariam a JBS S.A. multinacional brasileira, líder mundial em faturamento e capacidade de produção no setor de carne bovina (Carta Consulta, peça 21, p. 1, 26 e 27) .

Em 20/2/2008, nove dias após o pedido de apoio financeiro da JBS S.A. ter dado entrada oficialmente no BNDES, a área operacional da BNDESPAR concluiu a análise da solicitação e recomendou o enquadramento da operação na modalidade renda variável, no valor de até US\$ 642 milhões, sendo US\$ 450 milhões mediante o Fundo de Investimento em Participações - FIP, composto pela BNDESPAR e alguns fundos de pensão, e até US\$ 192 milhões diretamente. caso os acionistas minoritários não acompanhassem seu direito de preferência

... (Instrução Conjunta AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, de 20/2/2008, peça 12, p. 12)

Superada a fase de enquadramento, a análise do projeto de investimento pela BNDESPAR foi concluída em 3/3/2008. Dessa análise, resultou a proposta de subscrição de ações da JBS S.A., no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, sendo o preço por ação de R\$ 7,07 (Informação Padronizada 29/2008, peça 13, p. 1) . Esse montante correspondia a um valor do aporte de capital a ser efetuado pelo banco de US\$ 645 milhões (1 dólar = 1,72 reais) .

A operação foi aprovada por unanimidade pela Diretoria da BNDESPAR em 4/3/2008, dia seguinte à conclusão da análise do projeto (Decisão Dir 32/2008-BNDESPAR - peça 17, p. 5) . Entre a solicitação de apoio da JBS S.A. e a aprovação do pleito, transcorreram 22 dias, prazo

bem menor que o prazo médio para esse tipo de operação, que é de 210 dias, conforme consta do portal eletrônico do Banco

(http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/fluxo.html)

Quadro 1 - Tramitação do processo de solicitação de apoio

Evento	Data	Dias
Apresentação da carta Consulta	11/2/2008	-
Instrução de Enquadramento	20/2/2008	10
Aprovação do Comitê de Enquadramento de Crédito	25/2/2008	5
Informação Padronizada	3/3/2008	7
Aprovação da Diretoria	4/3/2008	1
Total		22

Os gestores explicaram ser usual, nas operações de mercado de capitais, devido ao grau de sigilo e de complexidade envolvido, que a apresentação preliminar da estrutura financeira e jurídica das operações, assim como a análise de ao menos parte dos documentos e certidões necessárias, iniciem-se antes do encaminhamento formal de uma carta consulta. Acrescentam ser comum que essas operações, ao serem analisadas pelo Comitê de Enquadramento, já sejam de conhecimento das equipes de análise, resultando em menor prazo entre a apresentação da consulta e sua aprovação final pela Diretoria.

Sustentam que, no caso específico do projeto de aquisição da National Reef Packing Co. e

Sustentam que, no caso específico do projeto de aquisição da National Beef Packing Co. e Smithfield Beef pela JBS S.A., foram encaminhadas, mediante a Nota Técnica AMC/DEPAC/36/2014, apresentações datadas de outubro e dezembro de 2007 que evidenciam que o assunto estaria sendo tratado com pelo menos quatro meses de antecedência em relação à data da decisão de Diretoria.

Apresentam tabela evidenciando situação semelhante, envolvendo diferentes empresas, em que o prazo médio entre a apresentação da Carta Consulta e a aprovação pela Diretoria foi de 23 dias.

Ressaltam que o curto prazo não significa que não tenha havido análise da proposta ou da situação econômica e jurídica da empresa, mas apenas que esta ocorria em paralelo aos registros nos sistemas do BNDES.

Análise:

De fato, foram encaminhadas pelo BNDES cinco apresentações que trataram do assunto. Duas datadas de outubro/2007, tendo como título 'Reunião do Conselho de Administração da JBS S.A. Oportunidades de Aquisições: Empresas Alvo' e outra com o título 'Proposta de Consolidação do Setor de Carne Bovina Americano e Mundial, por uma empresa brasileira' (peças 84 e 85). Nas cópias em papel das telas da primeira apresentação, está escrito que a mesma é 'Para uso exclusivo do Sr. José Claudio Rêgo Aranha' (Funcionário do BNDES membro do Conselho de Administração da JBS S.A. à época). Nas cópias em papel das telas da segunda apresentação, consta a inscrição 'Confidencial - cópia BNDES 01'. A terceira apresentação tem o título 'Aquisição nos Estados Unidos' e tem como data de referência dezembro/2007 (peça 86). A quarta apresentação tem o título 'Projeto Proteína' e foi produzida pela empresa Angra Partners para a JBS S.A. e está datada de 11/2/2008 (peça 87). Nesta apresentação, consta da primeira lâmina a seguinte advertência:

Este relatório é para uso exclusivo do cliente. Nenhuma das partes deste relatório pode ser veiculada, transcrita ou reproduzida sob qualquer forma ou por quaisquer meios para distribuição fora da organização do cliente sem prévio consentimento por escrito da Angra Partners. Este documento foi utilizado como material de apoio a uma apresentação oral e, portanto, não representa registro completo do que foi abordado.

A quinta apresentação enviada tem como título 'Estrutura Financeira das Aquisições' (peça 88). Esta apresentação não tem data, e não foi possível apurar em que contexto ela foi apresentada ao BNDES.

Analisando as apresentações, verifica-se que:

1.10. A primeira se constitui em um resumo para o Conselho de Administração da JBS S.A. sobre algumas oportunidades de negócio no mundo inteiro. Nesta apresentação, são mencionadas informações financeiras bastante superficiais das empresas National Beef e Smithfield em apenas uma lâmina de um total de 49. Não parece ter sido elaborada para ser

apresentada a técnicos do BNDES e sim para membros do Conselho de Administração da JBS S.A.

1.11. A segunda apresentação parece ter sido constituída a partir da primeira, pois várias das lâminas são rigorosamente iguais, como a que apresenta os maiores concorrentes de carne bovina e a localização das plantas de abate de bovinos nos Estados Unidos. Nesta apresentação, o enfoque principal é a oportunidade que a JBS S.A. teria com a aquisição da National Beef e da Smithfield de se tornar a maior empresa de carne bovina nos EUA, superando as gigantes Tyson Foods e Cargill. Também é bastante enfatizada a liderança que a JBS S.A. teria nos maiores mercados produtores e consumidores do mundo. Essa sim parece ter sido feita para ser apresentada a técnicos do BNDES. O que merece bastante destaque nesta apresentação é que a estrutura preliminar apresentada para a solicitação de apoio do BNDES apontou como necessária para a realização da operação o montante de US\$ 950 milhões (peça 85, p. 16) , cerca de 57% do efetivamente gasto com a operação, que chegou a US\$ 1,5 bilhão. Não há nessa apresentação nenhuma menção sobre a necessidade de

constituição de um fundo de investimento e a participação de fundos de pensão para realizar a operação.

1.12. A terceira apresentação, datada de dezembro/2007, constitui-se de onze lâminas, nas quais apenas duas trazem informações econômicas sobre as empresas, uma lâmina de cada empresa. As demais se constituem em informações de como será a nova JBS S.A. após as aquisições objeto do pedido de apoio financeiro ao BNDES. Também não há nessa apresentação nenhuma referência ao BNDES e também ao valor que seria pleiteado como apoio à operação ou mesmo como ela seria estruturada, com a constituição de um fundo de investimento e a participação de fundos de pensão.

1.13. A quarta apresentação encaminhada está datada de 11/2/2008, ou seja, ela foi apresentada à JBS S.A. no mesmo dia em que aquela empresa protocolou seu pedido de apoio financeiro para a operação em comento no BNDES. Trata-se de uma apresentação elaborada pela empresa Angra Partners a pedido do cliente JBS S.A. Essa apresentação abordou os seguintes assuntos: análise sobre os impactos do embargo à carne brasileira, o mercado americano de carne bovina, análise da entrada do BNDES na JBS S.A. com o apoio à compra da Swift, análise da sensibilização das participações acionárias após a abertura de capital para a compra da National Beef e Smitfield, a governança corporativa da operação e por fim uma análise do mercado mundial de carne bovina. Neste documento, foi a primeira vez que se fez menção à participação de um fundo FIP, que deveria ser constituído para apoiar a operação, mas não é citado quem seriam os participantes desse fundo. Ressalta-se que não há nenhuma menção à aquisição da Tasman Group neste documento. Analisando essa apresentação, observa-se que ela foi peça fundamental para a elaboração da Instrução Conjunta AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008 de 20/2/2008, como se verá mais adiante.

1.14. A quinta apresentação, sem data registrada, consiste de duas lâminas e se constitui em um esboço de como seria estruturada a operação de aquisição das empresas National Beef e Smithfield. Consta desse esboço a informação de que seria adquirida a empresa Tasman

Group, localizada na Austrália, cuja aquisição no valor de US\$ 150 milhões se daria com recursos próprios da JBS S.A. USA. Sobre essa aquisição, encontramos observação na IP 29 (peça 13, p. 17) , que diz: 'Cabe destacar que não foi realizada análise desta empresa (Tasman Group) por parte desta AMC/DEPAC, uma vez que só se tomou conhecimento de sua aquisição **momentos antes** da conclusão deste documento, porém embora positiva'. (grifei)

1.15. Ou seja, o documento apresentado pelo BNDES não era do conhecimento dos técnicos durante a análise da operação. Vale ressaltar que tudo leva a crer que esse documento foi entregue na véspera da reunião de Diretoria que decidiu pelo apoio financeiro à JBS S.A. Embora considerada positiva a aquisição pelos técnicos, esse fato demonstra que, apesar de o BNDES afirmar que seus técnicos vinham há cerca de pelo menos quatro meses estudando a operação, nem todos os detalhes eram de seu conhecimento.

1.16. Com respeito a essa apresentação, o BNDES, quando questionado sobre quando a mesma foi entregue aos técnicos do banco, informou que não sabe precisar a data, conforme a seguir transcrito (peças 89-90) .

A lâmina 'Estrutura Financeira das Aquisições' foi enviada pela JBS S.A. à BNDESPAR por meio eletrônico (e-mail) . A Equipe de Acompanhamento encontrou cópia do e-mail em arquivo com extensão.doc (word) , no qual não consta a data do e-mail; porém, o arquivo é datado de 04/03/2008, um dia depois da data do arquivo em pdf encaminhado ao TCU pelo ofício AT-099/2016.

1.17. O e-mail citado foi enviado pelo Sr. Ricardo Sugieda, funcionário da JBS S.A., para o e-mail institucional marciomedeiros@bndes.gov.br e tem o seguinte teor (peça 91) :

Márcio

Conforme solicitado segue a estrutura de aquisição das empresas.

Segue abaixo também a composição de direito de preferência a ser exercido para se chegar aos números desse slide.

Por favor, qualquer dúvida entre em contato comigo.

Abraços

Ricardo Sugieda

JBS S.A.

1.18. Primeiro, causa espécie um e-mail institucional ter sido arquivado sem data. Segundo, a falta de esforço por parte do BNDES em descobrir a data de envio do e-mail, tendo em vista que ele foi enviado para um endereço eletrônico institucional. Acredita-se que tal informação seria facilmente resgatada pela área de TI daquele banco, que é constituída por excelentes profissionais. Permanece a dúvida de quando essa lâmina contendo a estruturação proposta pela JBS S.A. foi apresentada ao banco, mas permanece a certeza de que os técnicos que elaboraram os documentos que embasaram a operação não o levaram em conta quando da

elaboração de sua proposta para apresentação à diretoria.

O que se pode concluir pelas apresentações encaminhadas é que realmente o assunto estava sendo tratado no BNDES desde outubro/2007, mas de forma bastante superficial, haja vista que em nenhuma das apresentações realizadas até dezembro/2007 constaram dados detalhados das empresas que seriam adquiridas. Verifica-se em todas elas um grande ufanismo de como seria a nova JBS S.A. após as aquisições. E, conforme será ressaltado em parágrafo a seguir, o valor que estava sendo pleiteado pela JBS S.A. girava em torno de US\$ 950 milhões e nem se cogitava, naquele momento (dezembro/2007), a participação de fundos de pensão. Não foi encaminhado nenhum registro oficial que demonstrasse que a operação realizada estava sendo estruturada da forma que foi feita, antes da data de 11/2/2008. Pelo contrário, as apresentações apontavam para uma necessidade de US\$ 950 milhões, e não se previa a necessidade de constituição de um fundo FIP (cuja cotas seriam adquiridas por fundos de pensão e pelo próprio BNDES), até a apresentação feita pela empresa Angra

Partners em 11/2/2008, 22 dias antes da aprovação da operação pela diretoria. Não há nenhum registro de reuniões com os fundos de pensão para tratar do assunto.

A admissão pelo BNDES de que estava tratando informalmente da operação contraria o disposto no art. 9º da Resolução 1463/2007 - BNDES (Normas aplicáveis ao fluxo das Operações Diretas e Indiretas Não-Automáticas do Sistema BNDES), que determina que 'A Consulta Prévia só será admitida se for objeto de entrega sob protocolo à Unidade do BNDES responsável por seu recebimento'. Ou seja, se os técnicos já estavam tratando do assunto antes do documento formal ser protocolizado, estavam contrariando o disposto nos normativos do BNDES. O alegado sigilo da operação não pode ser considerado justificativa suficiente para o descumprimento dos normativos daquele Banco.

Continuando a análise de como se deu o processo de decisão de apoiar a JBS S.A. nesse empreendimento, temos, como primeiro evento 'oficial', a entrega da carta consulta pela JBS S.A. em 11/2/2008 (peça 21). A carta consulta enviada pela JBS S.A. é um documento que possui 27 páginas. Está dividido em várias seções dedicadas a descrever a visão geral da companhia, seus pontos fortes e fracos, sua estratégia, seu histórico e a descrição da indústria de carne bovina no mundo e no Brasil. As primeiras 23 páginas se constituem de informações não econômicas da empresa, que podem ser encontradas na homepage do grupo JBS S.A. As informações do mercado de carne bovina no mundo foram extraídas de documentos produzidos pela Secretaria de Comércio Exterior - Secex, órgão do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, pelo Departamento de Agricultura dos Estados Unidos - USDA e outras instituições internacionais que se dedicam ao assunto. Na seção 'Apoio pretendido junto ao BNDES', é inicialmente apresentado o resultado obtido com a aquisição da Swift, o *market share* da empresa após essa aquisição, e termina com a apresentação de uma tabela com a projeção de como ficaria a empresa após a aquisição da National Beef Packing Co. e da Smithfield. Seria, segundo o documento, a empresa de maior faturamento do mundo no setor e de maior capacidade de abate.

Por fim, o documento termina com os seguintes parágrafos:

Para tanto, **após criteriosas análises e engenharias financeiras**, combinando os números da JBS S.A. com o capital necessário para fazermos frente às necessidades de caixa para os projetos acima e mantendo adequada estrutura de capital, zelando pela saúde financeira de nossa empresa e obtendo retorno adequado aos nossos acionistas, entendemos que a melhor estrutura seria um novo aporte de capital na JBS S.A. que se daria via emissão privada de ações, respeitados os direitos de preferência de todos os acionistas.

Esse aporte deverá ser de aproximadamente US\$ 1,5 bi, e solicitamos a esse agente sua participação nesse aporte em valores de US\$ 1,0 bi através da cessão de direitos dos acionistas controladores da JBS S.A., mantendo-se a participação destes, ainda como majoritários em índices nunca inferiores a 50,1% das ações. (grifei)

Não há nesse documento nenhuma menção de como seria estruturada a operação. Não existe nenhuma referência à constituição de um fundo conforme seria feito posteriormente, com a participação dos fundos de pensão, no caso o fundo FIP-PROT. Também não foram acostadas ao documento as 'criteriosas análises e engenharias financeiras' citadas. O que chama atenção é o custo da operação, que vinha sendo estimado nas apresentações em torno de US\$ 950 milhões e passou para US\$ 1,5 bilhão. Conforme já apontado, um acréscimo de 57% no custo da operação.

A singeleza deste documento não traduz a magnitude do pleito e da operação que teria que ser realizada para atendê-lo, qual seja uma operação de US\$ 1,5 bilhão envolvendo a aquisição de duas empresas americanas, com forte dependência de decisões dos órgãos reguladores daquele país e que, segundo o próprio documento, criaria a maior empresa de carnes do mundo. Ressalte-se que em nenhum desses documentos foi dada a devida atenção à questão da autorização dos órgãos reguladores americanos, que deveriam aprovar a transação. Causa estranheza a JBS S.A. ter praticamente ignorado o assunto durante as negociações, pois a aprovação dos órgãos reguladores americanos se revestia de vital importância para o sucesso da operação. Não há nenhuma menção a processos semelhantes ou mesmo uma análise de casos de incorporação de empresas americanas que pudesse apontar para uma tendência. Também no estudo encomendado pela JBS S.A. a Angra Partners, que, acredita-se, foi apresentado ao BNDES na data da entrega da carta consulta em 11/2/2008, também não se encontra nenhuma menção sobre o assunto.

O primeiro documento oficial produzido pelo BNDES versando sobre a operação foi a Instrução Conjunta AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, de 20/2/2008, conforme já comentado, elaborada oito dias após a entrada formal da carta consulta da JBS S.A. (peça 12) .

Apesar de, no texto da Instrução Conjunta AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, não haver qualquer menção à carta consulta entregue no BNDES pela JBS S.A., ao se confrontar os dois documentos constata-se que várias informações apresentadas pelos técnicos do BNDES são exatamente iguais às constantes da carta consulta. Os técnicos não se preocuparam nem em dar forma diferente ao texto. Parágrafos inteiros foram transcritos da mesma forma como

constavam da carta consulta sem, em nenhum momento, haver menção de que aquela informação foi transcrita de um documento encaminhado pelo interessado na operação.

Outras informações foram transcritas também de forma idêntica de outros documentos, como a descrição da aquisição da empresa Inalca (peça 4, p. 10) , que se encontram registradas na p. 30 das Demonstrações contábeis acompanhadas do Parecer dos auditores independentes, publicadas pela JBS S.A. em 31/12/2007 (peça 92, p. 30) .

No item que discorre sobre os Impactos das Aquisições na Percepção de Risco de Crédito, os técnicos do BNDES optaram por transcrever notícias publicadas nos sites da 'UOL Notícias' e da agência 'Standard & Poor' s'.

Já os dados econômico-financeiros (peça 4, p. 7) são semelhantes aos dados constantes de um release publicado pela JBS S.A. para divulgar os resultados consolidados com a JBS USA Inc. (antiga Swift Foods Co.) para o 3º trimestre de 2007 (peça 93, p. 4) .

O item que aborda o histórico das empresas e o contexto operacional transcreve não só as informações constantes das lâminas 2 e 3 da apresentação 'Aquisição nos Estados Unidos', mas também os gráficos. Ainda nesse capítulo, está consignado que, no entendimento da AMC/DEPAC e da AI/DEAICO, os principais atrativos destas empresas para a JBS S.A. seriam a captação e transferência de tecnologia de ponta, a diversificação da base produtiva no mercado americano, a normalização do mercado americano de carne bovina, com recomposição de margens e o alcance da posição de liderança no mais importante país produtor e consumidor de carne bovina do mundo. Esses atrativos são exatamente os mesmos constantes dos documentos enviados para o BNDES pela JBS S.A. (carta consulta e apresentações) . Não foi apontado nenhum outro atrativo que não fosse encontrado nos documentos encaminhados pela JBS S.A. Esta seção finaliza com um parágrafo que resume exatamente as informações contidas no quadro da página 26 da carta consulta entregue pela JBS S.A.

As observações anteriores foram feitas para ilustrar que, lendo a AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, não se sabe se a informação é da lavra dos técnicos do BNDES ou se foi 'copiada' de documentos encaminhados pela JBS S.A. Somente com o cotejo dos documentos enviados pela JBS S.A. e das apresentações feitas é que se pode separar a origem das informações. Um leitor que não tenha acesso ao conjunto dos documentos simultaneamente poderá ser levado a acreditar que todas as informações foram produzidas por técnicos do BNDES.

Na Nota AJ/COJIN 026-2017, de 20/4/2017, o BNDES procura dar conotação à Instrução de Enquadramento como se fosse documento meramente operacional, apenas para registrar 'os aspectos necessários ao enquadramento, ou seja, adequação da solicitação de apoio financeiro às Políticas Operacionais, Socioambiental, Financeira e de Crédito do BNDES' (peça 94, p. 4-5) . Discorda-se desse entendimento, pois o que se constata no citado documento é a existência de tópicos em que deveriam ter sido analisados com maior profundidade quais seriam os atrativos da operação, as dificuldades do mercado e a concentração que se daria no

mercado com as aquisições. A Instrução de Enquadramento é o documento que analisa a Carta Consulta entregue pelo postulante, e deve conter proposta e justificativa para o acolhimento ou não da operação (Resolução DIR 1.463/2007, art. 11, inciso IX). Não fosse esse documento importante não teria como signatários três Chefes de Departamento, três Gerentes e um Engenheiro.

Apesar de a Nota AJ/COJIN 026-2017, de 20/4/2017, apontar que os técnicos somente seriam responsáveis por determinadas áreas, como por exemplo área industrial, planejamento e mercado de capitais, não há como não incluir suas responsabilidades de forma homogênea e integral pelas análises e conclusões constantes da IP AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, pois todos tiveram acesso às apresentações, das quais foram transcritas as informações constantes do documento e assim sabiam que o documento como um todo estava fundamentado em informações fornecidas pela JBS S.A. Com relação a possível dano advindo da operação, conforme adiante será apontado, não deverá ser-lhes imputada nenhuma responsabilidade, pois considerando as informações prestadas pela Nota AJ/COJIN

026-2017, de 20/4/2017, o documento que após o enquadramento pelo Comitê de Enquadramento e Crédito verificou a viabilidade da concessão de colaboração financeira à postulante tendo como objetivo fundamentar a decisão da alçada competente (Diretoria ou Presidente) na aprovação ou negação da solicitação de apoio financeiro foi a IP AMC-DEPAC 29/2008.

No dia 25/2/2008, na 148ª Reunião do Comitê de Enquadramento e Crédito - CEC, foi acolhida a solicitação de apoio encaminhada pela JBS S.A. ao BNDES na modalidade de renda variável no valor de até US\$ 642 milhões para aquisição de participações acionárias em empresas, sendo US\$ 450 milhões por meio de Fundo de Investimento em Participações e até US\$ 192 milhões diretamente, caso os acionistas minoritários não acompanhassem seu direito de preferência. Não houve registro de divergência entre os membros daquele Comitê, que aprovaram a proposta por unanimidade em prazo não compatível com o necessário para a análise de operação complexa e ainda, decidindo com base em documento elaborado também em prazo exíguo. Aos membros do CEC também não deverá ser atribuída nenhuma responsabilização pelo possível dano advindo da operação, conforme adiante será apontado, pelos mesmos motivos que excluíram os signatários da IP AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008.

Superada a fase de enquadramento, o pleito passou para a fase de elaboração do relatório de análise. Nessa fase, foi elaborada a IP AMC-DEPAC 29/2008 (peça 13), datada de 3/3/2008. Uma leitura criteriosa desse documento aponta que sua estrutura não obedeceu ao disposto na Resolução 1.470/2007 - BNDES (Orientações Gerais Aplicáveis aos Modelos de Relatório de Análise (RAN) no âmbito dos produtos FINEM e Subscrição de Valores Mobiliários em Oferta Privada, e ao Modelo de Informação Padronizada (IP) para Concessão de Empréstimo-Ponte), normativo que dispõe sobre a organização desse tipo de documento no âmbito do BNDES, principalmente no tocante à necessidade de se apontar os impactos sociais que o apoio financeiro à operação teria para a sociedade brasileira em geral. A ausência de exame dos impactos para a sociedade brasileira será objeto de análise detalhada nos parágrafos finais

impedidos para a concessão de crédito para objeto de análise constante nos parágrafos finais desta instrução.

Assim como foi feito na análise da Instrução Conjunta AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, as informações constantes da IP AMC-DEPAC 29/2008 foram cotejadas com outros documentos. Vale observar que esse documento foi produzido, segundo os registros oficiais do BNDES, doze dias após concluída a instrução de enquadramento e sete dias após esta instrução ser acolhida pelo Comitê de Enquadramento e Crédito.

A IP AMC-DEPAC 29/2008 possui 28 páginas e está estruturada em catorze itens. A tabela a seguir demonstra as coincidências dos itens da IP AMC-DEPAC 29/2008 com outros documentos.

Quadro 2 - Comparativo de documentos

Item da IP AMC-DEPAC 29/2008	Documento semelhante
1	Item 1.1 da IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008
2	Item 1.4 da IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008
3	Item 1.2 da IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008
4	Release publicado pela JBS S.A. em 6/11/2007
5	Item 1.8 da IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008
6	Apresentação realizada em 12/2/2007 do 'Projeto Proteína' pela Angra Partners
7	Release publicado pela JBS S.A. em 6/11/2007
9	Lâminas 2 e 3 da apresentação 'Aquisição nos Estados Unidos' elaborada pela JBS S.A.
10	Item 2.3 da IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008
12.5	Lâmina 2 da apresentação 'Estrutura financeira das aquisições' elaborada pela JBS S.A.
13	A coluna méritos praticamente resume as afirmações positivas encontradas nos documentos produzidos pela JBS S.A.

O item 11 da IP AMC-DEPAC 29/2008, que não aparece na tabela anterior, trata especificamente do cálculo estimado do valor econômico do grupo JBS S.A. após a aquisição das empresas National Beef e Smithfield. A questão do valor da ação sugerido pelos técnicos do BNDES para o cálculo do total de ações que seriam subscritas será objeto de análise em

item posterior.

A IP AMC-DEPAC 29/2008 foi concluída em 3/3/2008 e no dia seguinte a Diretoria da BNDESPAR aprovou por unanimidade a operação. O BNDES já afirmou em diversas ocasiões que seus técnicos estavam por pelo menos quatro meses antes da concretização da operação envolvidos com o tema. Contudo, não há registros que apontem que aconteceram reuniões com a Diretoria para tratar do assunto, ou mesmo o encaminhamento de documentos para os membros da Diretoria de modo que já pudessem estar familiarizados com a operação e assim decidir pela autorização da realização de uma operação tão complexa e de valores extraordinários para aquele Banco, em apenas algumas horas após a análise da operação ter sido concluída.

Conforme já ressaltado, a operação girava em torno de US\$ 1,5 bilhão, envolvia aquisições no exterior e a participação de fundos de pensão, não podendo ser considerada como uma operação corriqueira. A complexidade e materialidade do negócio exigiria uma análise muito mais acurada que, por exemplo, o apoio destinado à construção de uma quadra de esportes em um Município do interior ou o financiamento de um caminhão pelo Finame, que constituiriam operações usuais do banco.

O recebimento dos documentos com alguma antecedência para uma análise mais aprofundada das informações constantes dos relatórios poderia despertar nos diretores a necessidade de se questionar a origem das informações neles contidas, bem como os valores envolvidos e principalmente a viabilidade de aprovação da operação pelas autoridades antitruste americanas.

Sobre a análise por parte dos diretores acerca das matérias que serão levadas a sua apreciação nas reuniões da diretoria, o BNDES informou por meio da Nota AJ/COJIN - 026/2017 que (peça 94, p. 22) :

41. Ademais, consoante acima explicado, compete ao Diretor da Área (condição que lhe é conferida pelo Diretor-Presidente por meio de Portaria) , como Executivo máximo da Unidade, adotar as providências necessárias para que a matéria seja levada à decisão da Diretoria. Em outras palavras, é o Diretor da Área responsável pela matéria que a inclui na Pauta da reunião de Diretoria para deliberação, razão pela qual faz um despacho e assina a IP.

42. Em relação aos outros Diretores, tomam conhecimento das matérias no momento do fechamento da pauta da reunião de Diretoria, o que ocorre, em regra, **quatro dias antes da referida Reunião**. (grifei)

Essa operação foi apreciada pela diretoria no dia seguinte à elaboração do principal documento que sugeriu sua aprovação. Fica bastante claro que, excetuando-se o diretor da área, os demais membros da diretoria não tiveram tempo suficiente para analisar com a profundidade necessária a operação, evidenciando que apenas referendaram o que lhes foi apresentado.

Como já ficou demonstrado em parágrafos anteriores, grande parte das informações

constantes desses relatórios foram produzidas não por técnicos do BNDES, mas sim pela JBS S.A. e por empresa por ela contratada. Tais informações foram recebidas pelo BNDES e assumidas como verdadeiras, até porque, pelo curto espaço de tempo em que foi feita a análise do apoio financeiro, não seria possível verificar sua real aderência ao escopo da operação.

Nesse sentido, vale destacar observação retirada de documento elaborado pela JBS S.A. (release de resultados) , utilizado pelo BNDES em suas análises, em que está enfatizada a posição pessoal da JBS S.A. sobre as informações que presta. Está bem claro que as informações prestadas representam a visão econômica sob a ótica da JBS S.A., o que poderia não representar a realidade (peça 93, p. 37) :

Nós fazemos declarações sobre eventos futuros que estão sujeitas a riscos e incertezas. Tais declarações **têm como base crenças e suposições de nossa Administração** e informações a que a Companhia atualmente tem acesso. Declarações sobre eventos futuros incluem

informações sobre nossas intenções, crenças ou expectativas atuais, assim como aquelas dos membros do Conselho de Administração e Diretores da Companhia.

As ressalvas com relação a declarações e informações acerca do futuro também incluem informações sobre resultados operacionais possíveis ou presumidos, bem como declarações que são precedidas, seguidas ou que incluem as palavras 'acredita', 'poderá', 'irá', 'continua', 'espera', 'prevê', 'pretende', 'planeja', 'estima' ou expressões semelhantes.

As declarações e informações sobre o futuro não são garantias de desempenho. Elas envolvem riscos, incertezas e suposições porque se referem a eventos futuros, dependendo, portanto, de circunstâncias que poderão ocorrer ou não. **Os resultados futuros e a criação de valor para os acionistas poderão diferir de maneira significativa daqueles expressos ou sugeridos pelas declarações com relação ao futuro.** Muitos dos fatores que irão determinar estes resultados e valores estão além da nossa capacidade de controle ou previsão. (grifei)

Considerando não só magnitude dos valores, mas principalmente os atores envolvidos, os técnicos do BNDES deveriam ter realizado uma análise mais detalhada da operação, em que ficassem expressamente registrados os valores que seriam despendidos, as empresas que seriam efetivamente adquiridas na operação, bem como sua real condição econômico-financeira, e principalmente os riscos que envolveriam a aquisição das empresas no mercado americano, a qual levaria a uma concentração de mercado na esfera de apenas três companhias. Certamente, isso demandaria tempo maior que 22 dias entre o recebimento do documento elaborado pela Angra Partners intitulado 'Projeto Proteína' e a aprovação da operação.

Questionado sobre a existência de pareceres jurídicos que tivessem abordado a questão da aprovação da operação pelas autoridades antitruste americanas, do que dependeria o sucesso da operação, o BNDES informou que (peça 90, p. 1) :

Informamos que avaliação dos aspectos jurídicos relativos à operação de apoio à JBS S.A. para

interesses que envolvem os aspectos jurídicos relativos a operações de aquisição das empresas National Beef e Smithfield foi realizada pelos advogados que participaram da análise da operação, integrantes do Departamento Jurídico da Área de Mercado de Capitais (AMC/DEJUMC) . Referida análise jurídica, em conjunto com o restante da análise técnica, foi incorporada no documento de submissão da operação à deliberação da Diretoria da BNDESPAR, mais especificamente a IP AMC/DEPAC n. 29/2008, DE 03/03/2008.

(...)

Ressaltamos, ainda, quanto ao tema, que não existia qualquer exigência normativa no sentido da necessidade de emissão de pareceres jurídicos em apartado no âmbito das operações conduzidas pela BNDESPAR.

(...)

Por fim, esclarecemos que a atividade de enquadramento de operações dentro do Sistema BNDES não demandava apoio jurídico localizado, pelo que a elaboração e emissão da

Instrução Conjunta AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008 não requereu suporte jurídico (conforme resolução 1463/2007-BNDES, de 31/07/2007, que regulava o fluxo das operações diretas e indiretas não automáticas do Sistema BNDES e Resolução DIR n. 1186-BNDES, de 05.07.2005, que tratava da Organização Interna Básica, com as respectivas atribuições das Áreas e Departamentos) .

A resposta do BNDES procura respaldar a inexistência de análise mais aprofundada sobre o assunto na falta de previsão em normativo, que obrigasse a emissão de pareceres apartados no âmbito das operações conduzidas pela BNDESPAR. Contudo, não se está questionando a existência ou não de pareceres apartados. A pergunta sobre a existência de pareceres apartados, feita na diligência expedida ao banco, se deu em função de que, nos documentos que serviram de base para a operação, a questão passou praticamente ao largo das análises. Em função da pouca importância dada ao assunto, tanto na IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, como na IP AMC-DEPAC 29/2008, buscou-se saber se existia alguma análise sobre o assunto em outro documento. O que se questiona é a falta de análise apropriada nos pareceres que embasaram a operação, que segundo informado deveria ter sido feita 'pelos advogados que participaram da análise da operação, integrantes do Departamento Jurídico da Área de Mercado de Capitais (AMC/DEJUNC) '.

No relatório de análise feito por ocasião da aquisição da Pilgrim' s (tratado no âmbito do TC034.932/2015-1) , consta que o BNDES teve esse cuidado. Foi solicitado que a JBS S.A. comprovasse que as autoridades antitruste americanas já teriam aprovado a operação de aquisição da Pilgrim's pela JBS S.A. como condição prévia ao desembolso dos recursos. A JBS S.A., por meio de comunicado relevante, informou que o Departamento de Justiça dos EUA já teria aprovado a operação (peça 15, p. 2) , e somente depois dessa aprovação a operação foi concretizada.

Continuando, o BNDES tenta minimizar a importância da análise da questão informando que (peça 90, p. 3) :

Por fim, conforme mencionado na resposta ao item anterior, pela análise do documento de submissão da operação à deliberação da Diretoria da BNDESPAR, é possível vislumbrar que o risco de não aprovação das aquisições pelas autoridades antitruste norte-americanas foi expressamente identificado pela equipe, a qual exigiu, no âmbito da negociação com a postulante e seus acionistas controladores, como forma de mitigar o referido risco, a outorga à BNDESPAR e ao Fundo FIP de uma opção de venda de até a totalidade das ações adquiridas em face dos Acionistas Fundadores (J&F Participações e Fundo ZMF). A opção de venda negociada era, ainda, garantida por fiança dos acionistas Fundadores, e poderia ou não ser exercida a depender dos resultados do processo de aprovação das aquisições pelas autoridades antitruste norte-americanas (vide item 12.2, pág. 25, e item 13, pág. 27, da IP AMC/DEPAC n. 29/2008, de 03/03/2008).

As referências citadas pelo BNDES, transcritas no parágrafo anterior, ao contrário da afirmação feita, não expressam claramente os riscos da não aprovação da operação pelas autoridades americanas. O item 12.2 versa sobre a garantia que seria exigida da JBS S.A. e o item 13 se consubstancia em uma única frase constante do quadro de méritos e riscos da operação, que aponta, como um dos riscos: 'Possíveis problemas com órgãos antitruste americanos'. Essas foram as análises que o BNDES aponta que foram feitas sobre o assunto.

Contudo, uma rápida consulta à literatura sobre as leis antitruste americanas apontará que o assunto deveria ter merecido mais atenção dos técnicos. O Sherman Act, a lei antitruste americana, de 2 de julho de 1890, complementada posteriormente pelo Clayton Act, de 1914, e pela lei que criou, no mesmo ano, o Federal Trade Commission, a agência antitruste americana, são utilizadas historicamente para a prática de protecionismo e intervencionismo estatal na economia americana.

Existem casos emblemáticos nos EUA sobre essa questão como, por exemplo, o da Alcoa, uma das empresas que foi acusada de monopolização na fase inicial do direito antitruste americano, o da Standard Oil, que foi acusada de monopolizar a indústria do petróleo, e outros como IBM, Google e Microsoft. A complexidade do assunto poderá ser avaliada com mais profundidade após uma rápida consulta ao artigo 'Como explicar os processos antitruste contra o Google?', do professor André Luiz Santa Cruz Ramos, Doutor em Direito Empresarial, e à literatura indicada ao final do referido artigo, do qual foram retiradas essas informações (<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1990>).

Com relação à questão da garantia apontada pelo BNDES, é fato que foi celebrado um Contrato de Opção de Venda de Ações, que poderia ser acionado no caso da não aprovação da operação pelas autoridades antitruste americanas. Todavia, a existência de garantias para a operação não pode ser utilizada como justificativa para uma análise precária do sucesso da operação.

Fazendo uma analogia com os empréstimos feitos pelo BNDES pela linha Finame para a aquisição de caminhões, o fato de o caminhão ser dado em garantia ao empréstimo não justifica a dispensa de uma análise criteriosa sobre a condição financeira do postulante ao

financiamento. E segundo fartamente noticiado, o BNDES, por meio dos agentes financeiros que fazem esse tipo de operação indireta, são bastante rigorosos com pequenos empresários que procuram esse tipo de apoio, no qual segundo o próprio BNDES a inadimplência é muito baixa. Ainda sobre as garantias dadas aos financiamentos, o negócio do BNDES não é a execução de garantias. Não deve interessar ao banco de fomento ter em sua propriedade milhares de caminhões. Ao BNDES deve interessar o sucesso das operações de apoio financeiro que propiciarão a geração de emprego, renda e desenvolvimento para o país. Assim, a justificativa da não realização de análise mais acurada de uma operação pela existência de garantias não merece ser levada consideração.

Os técnicos do BNDES, ao terem adotado em seus pareceres as informações recebidas pela principal interessada como suficientes para garantir a viabilidade da operação, elaborando os documentos que respaldariam a operação em prazo exíguo, sem um aprofundamento maior sobre o assunto, principalmente com relação ao perigo de não aprovação da operação pelas autoridades americanas antitruste, assumiram o risco de que não só elevado montante de recursos públicos estariam sendo alocados em operação que dificilmente seria aprovada pelas autoridades americanas antitruste, mas também de que esses recursos poderiam estar sendo desviados para a assunção de dívidas não existentes das empresas a serem adquiridas, uma vez que também não teria sido realizada uma acurada análise das condições econômico-financeiras das companhias em questão, conforme será detalhado no tópico seguinte.

Assim como comentado por ocasião da análise feita sobre a IP AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, apesar de a Nota AJ/COJIN 026-2017, de 20/4/2017, apontar que os técnicos signatários da IP AMC-DEPAC 29/2008 somente seriam responsáveis por determinadas áreas, como por exemplo área industrial, planejamento e mercado de capitais, não há como não incluir suas responsabilidades de forma homogênea e integral pelas análises e conclusões constantes daquele documento, pois todos tiveram acesso às apresentações das quais foram transcritas as informações constantes do documento. Assim, todos sabiam que o documento como um todo estava fundamentado em informações fornecidas pela JBS S.A. Com relação a possível dano advindo da operação, conforme adiante será apontado, deverá ser-lhes imputada responsabilidade, pois considerando as informações prestadas pela Nota AJ/COJIN 026-2017, de 20/4/2017, o documento que após o enquadramento pelo Comitê de Enquadramento e Crédito verificou a viabilidade da concessão de colaboração financeira à postulante tendo como objetivo fundamentar a decisão da alçada competente (Diretoria ou Presidente) na aprovação ou negação da solicitação de apoio financeiro foi a IP AMC-DEPAC 29/2008.

Por fim, os diretores do BNDES, ao decidirem pela aprovação de operação complexa, que envolveria elevado montante de recursos e também a participação de outros parceiros como fundos de pensão, em tempo extremamente exíguo, no qual claramente não seria possível fazer a análise da operação com a profundidade necessária, assumiram o risco de autorizar uma operação complexa e que envolveria elevado montante de recursos, a qual se mostraria no futuro inviável de ser realizada.

Responsabilização

Responsáveis

1.19. As informações presentes nos autos e as análises realizadas apontam para a existência de indícios de que os técnicos realizaram suas análises sem a profundidade necessária em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos. Também ficou evidenciado que os pareceres foram exarados em tempo exíguo, utilizando-se de informações praticamente fornecidas pelo postulante dos recursos, sem a efetiva análise criteriosa sobre a verificação da possibilidade de não aprovação da operação pelas autoridades antitruste americanas.

1.20. Com relação aos membros do Comitê de Enquadramento de Crédito e os diretores, deverão ser responsabilizados por terem decidido a aplicação de elevado montante de recursos em operação complexa, sem terem dedicado tempo razoável à análise da operação, decidindo com base em pareceres exarados em prazo não compatível com o necessário para o

aprofundamento da operação e que não apontavam explicitamente que a operação poderia não ser autorizada pelas autoridades antitruste americanas.

1.21. Em consonância com os parágrafos anteriores, os responsáveis são qualificados no quadro a seguir.

Nome	CPF/CNPJ	Cargo	Função à época
Luciano Galvão Coutinho	636.831.808-20	-	Diretor-presidente
Armando Mariante Carvalho Junior	178.232.937-49	-	Diretor
Eduardo Rath Fingerl	373.178.147-68	-	Diretor
Elvio Lima Gaspar	626.107.917-04	-	Diretor
João Carlos Ferraz	230.790.376-34	-	Diretor
Mauricio Borges Lemos	165.644.566-20	-	Diretor
Wagner Bittencourt de Oliveira	337.026.597-49	-	Diretor
Fabio Sotelino da Rocha	550.305.807-00	-	Superintendente AMC

Caio Britto de Azevedo	021.491.517-40	-	Chefe de Departamento AP/DEPRI
Caio Marcelo de Medeiros Melo	376.763.691-34	-	Chefe de Departamento AMC/DEPAC
Jorge Luiz Sozzi de Moraes	238.880.407-87	-	Chefe de Departamento AMC/DEJUMC
José Claudio Rego Aranha	261.866.247-49	-	Chefe de Departamento AMC/Deinv
Jaldir Freire Lima	244.727.001-15	-	Chefe de Departamento AI/Deagro
Carlos Augusto Muller Ferreira	449.819.297-49	-	Gerente AI/DEAICO
Jorge Eduardo Martins Moraes	550.770.307-82	-	Gerente AMC/DEPAC
Maria de Lourdes C. de Albuquerque	126.779.144-68	-	Gerente AMC/DEJUMC
Robson Wagner Oliveira Sarmento	004.985.777-08	-	Gerente AP/DEPRI
Marcio Duarte de Medeiros	070.768.147-22	Engenheiro AMC/DEPAC	
Ramom Dantas Rotta	220.871.978-65	Advogado AMC/DEJUMC	
Yolanda Maria Melo Ramalho	376.387.187-04		Superintendente Área de Planejamento (Coordenadora CEC)
Ricardo Luiz de Souza Ramos	804.112.237-04		Superintendente Área de Crédito
Jorge Kalache Filho	178.165.217-15		Sup. Área Industrial
Julio Cesar Maciel Ramundo	003.592.857-32		Superintendente Área de Inclusão Social
Lucia Maria Coelho Weaver	549.997.077-72		Superintendente Substituta Área de Infraestrutura
Luiz Antonio Araújo	400.896.497-53		Superintendente Área de Comércio

Dantas	53	Exterior
João Furtado de Aquino	345.581.607-04	Superintendente Substituto Área de Administração
Luis Carlos Schwarz	345.767.037-49	Superintendente Substituto Área Financeira
Roberto Zurli Machado	600.716.997-91	Superintendente Área de Insumos Básicos
Mariane Sardenberg Sussekind	437.490.037-34	Superintendente Área Jurídica
Paulo Todescan Lessa Mattos	188.745.248-62	Chefe do Gabinete da Presidência
Gil Bernardo Borges Leal	548.421.157-34	Superintendente Área de Gestão de Riscos

Conduta:

1.22. Os Srs. Caio Britto de Azevedo, José Claudio Rego Aranha, Jaldir Freire Lima, Carlos Augusto Muller Ferreira, Jorge Eduardo Martins Moraes, Marcio Duarte de Medeiros e Robson Wagner Oliveira Sarmento recomendaram, mediante a Instrução de Enquadramento IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, e o Comitê de Enquadramento de Crédito acatou a recomendação de enquadramento da operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., na modalidade de renda variável, no valor de até US\$ 640 milhões, sendo US\$ 450 milhões por meio do Fundo de Investimento em Participações e até US\$ 192 milhões diretamente, caso os acionistas minoritários não acompanhassem seu direito de preferência, com pareceres exarados em tempo exíguo e sem o embasamento necessário em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos, utilizando-se principalmente de informações praticamente fornecidas pelo postulante dos recursos, sem a efetiva análise criteriosa sobre a verificação da possibilidade de não aprovação pelas autoridades antitruste americanas da operação.

1.23. Os Srs. Ricardo Luiz de Souza Ramos, Yolanda Maria Melo Ramalho, Jorge Kalache Filho, Julio Cesar Maciel Raimundo, Lucia Maria Coelho Weaver, Luiz Antonio Araújo Dantas, João Furtado de Aquino, Luis Carlos Schwarz, Roberto Zurli Machado, Mariane Sardenberg Sussekind, Paulo Todescan Lessa Mattos, Gil Bernardo Borges Leal, Fabio Sotelino da Rocha e Luiz Fernando Linck Dorneles acolheram, na 148ª Reunião do Comitê de Enquadramento e Crédito - CEC, com base na IP AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008 elaborada em prazo exíguo, a proposta de recomendação de solicitação de apoio encaminhada pela JBS S.A. ao BNDES na modalidade de renda variável no valor de até US\$ 642 milhões para aquisição de participações acionárias em empresas, sendo US\$ 450 milhões por meio de Fundo de Investimento em Participações e até US\$ 192 milhões diretamente, caso os acionistas

minoritários não acompanhassem seu direito de preferência, em prazo não compatível com o necessário para a análise de operação complexa.

1.24. Os Srs. Eduardo Rath Fingel, Fabio Sotelino da Rocha, Caio Britto de Azevedo, Jorge Luiz Sozzi de Moraes, Jorge Eduardo Martins Moraes, Maria de Lourdes C. de Albuquerque, Marcio Duarte de Medeiros e Ramom Dantas Rotta propuseram, mediante a Informação Padronizada IP AMC-DEPAC 29/2008, e os diretores aprovaram, por unanimidade, mediante a Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, a operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., por meio da subscrição de ações da JBS S.A., no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, com pareceres exarados em tempo exíguo, sem a profundidade necessária em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos, utilizando-se principalmente de informações praticamente fornecidas pelo postulante dos recursos, sem a efetiva análise criteriosa sobre a verificação da possibilidade de não aprovação pelas autoridades antitruste americanas da operação.

1.25. Os Srs. Luciano Galvão Coutinho, Armando Mariante Carvalho Junior, Eduardo Rath Fingerl, Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Mauricio Borges Lemos e Wagner Bittencourt de Oliveira, aprovaram pela Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, a operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., por meio da subscrição de ações da JBS S.A., no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, em prazo não compatível com o necessário para a realização da análise que seria necessária para o deferimento da operação, baseando-se ainda em pareceres exarados em tempo exíguo, sem a profundidade necessária em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos e sem a efetiva análise criteriosa sobre a verificação da possibilidade de não aprovação pelas autoridades antitruste americanas da operação.

Nexo causal:

1.26. A recomendação para o enquadramento da operação contida na Instrução de Enquadramento IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, consumada na decisão do Comitê de Enquadramento e Crédito, e a proposta de apoio financeiro contida na IP AMC-DEPAC 29/2008, consumada na Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, resultaram na alocação de elevado montante de recursos públicos em valor não comprovadamente necessário em operação que não foi aprovada pelas autoridades americanas antitruste, prejudicando o BNDES, que imobilizou elevada quantia de capital em operação que não foi totalmente concluída.

Culpabilidade:

1.27. É razoável afirmar-se que era possível aos responsáveis ter consciência da ilicitude do ato

que praticaram e que era exigível conduta diversa daquela que adotaram, consideradas as circunstâncias que os cercavam, pois deveriam ter analisado as condições da operação com o cuidado e a diligência que o homem médio costuma empregar na administração dos seus próprios negócios, conforme arts. 153; 154, § 2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76.

Encaminhamento

Entende-se cabível a realização de audiências dos responsáveis acerca dos indícios de irregularidades apontados.

Ausência de realização de 'due diligence' e de análise criteriosa da operação, e outras (item VIII)

Situação encontrada

Por ocasião da inspeção realizada no BNDES no âmbito do TC007.527/2014-4, foi solicitado que fossem encaminhados os relatórios de *due diligence* contratados pela JBS S.A. por ocasião do processo da aquisição das empresas americanas Swift Food Company, National Beef Packing Company, Smithfield Beef Group e Five Rivers, e Pilgrim's Pride Corporation.

Por meio da Nota Técnica AMC/Depar 42/2015 (peça 7, p. 80-91), a BNDESPAR informou que a JBS S.A. não contratou *due diligences* para aquisição da Swift, da National Beef, da Smithfield Beef e da Five Rivers. Explicou que, no caso de transações envolvendo companhias de capital aberto ou com grande disponibilidade de informação ao mercado, em seu curso normal de negócios, é frequente a não realização de *due diligence*.

Acrescentou que a Swift tinha suas demonstrações financeiras auditadas pela Price Waterhouse Coopers e tinha títulos emitidos no mercado americano, sujeitando-se ao escrutínio dos órgãos reguladores americanos. Por sua vez, a Smithfield Food (controladora da Smithfield Beef e Five Rivers) possuía ações negociadas na Bolsa de Valores de Nova York e suas demonstrações financeiras eram auditadas pela Ernest & Young. Já a National Beef era controlada pela US Premium Beef, cujas demonstrações financeiras eram auditadas pela KPMG, a qual possuía títulos emitidos no mercado americano.

Esclareceu que o relatório de *due diligence* não é um documento obrigatório para o apoio da BNDESPAR nesse tipo de operação.

Análise

Conforme comentado no relatório da inspeção realizada no BNDES no âmbito do TC007.527/2014-4:

O trabalho de *due diligence* representa etapa fundamental no processo de *valuation* costumeiramente realizado por empresas interessadas em participar de processos de fusões e aquisições no Brasil e no mundo (Anderson Martorano Augusto Ribeiro et alli, Reorganizações

Empresariais: Aspectos Societários e Tributários, Editora Saraiva, 2011, p. 165) . A *due diligence* é contratada pelo comprador e consiste no exame da empresa a ser adquirida em todos os seus detalhes, culminando com a emissão de relatório retratando a realidade atual dessa empresa, sem projeções e especulações futuras, além de tentar desvendar os mistérios passados - passivos escondidos - (José Carlos Pereira e outros, Guia para a Compra e Venda de Empresas, Editora LTC, 2014, p. 19-20) .

Em outras palavras, a *due diligence* tem por objetivo conceder certeza ao adquirente da real situação do negócio, ou seja, se não existem 'esqueletos escondidos no armário'. Após a realização da *due diligence*, é bastante comum ser verificada elevação do passivo da empresa a ser adquirida, em decorrência da necessidade de se aumentar a provisão para contingências legais, trabalhistas, tributárias, dentre outras, reduzindo, conseqüentemente, o valor do patrimônio líquido (equity) .

Por isso, no mercado de fusões e aquisições, é imprescindível que seja realizada a *due diligence*, considerando os aspectos contábil-financeiro, tributário, trabalhista, legal, ambiental e sistemas de informação, antes de concluir qualquer negócio, possibilitando demonstrar às partes envolvidas vantagens e desvantagens que estão assumindo (Fabiano Maury Raupp, Pensar Contábil, v. 11, n. 45, p. 39, jul/set 2009, Conselho Regional de Contabilidade do RJ) . Nessa mesma linha, o prof. Paulo Gurgel Valente afirma que a *due diligence* e as verificações jurídicas são averiguações indispensáveis, feitas com antecedência ao fechamento do negócio (Valente e outros, Guia para a Compra e Venda de Empresas, Editora LTC, 2014, p. 62) .

Nos casos em questão, a *due diligence* se fazia ainda mais necessária, em razão do nível de risco envolvendo a aquisição de empresas sediadas no exterior, cuja situação financeira não era boa, tanto que seu preço de aquisição tornou atraente a realização do negócio.

Além disso, o fato de as demonstrações financeiras das empresas terem sido auditadas por auditorias independentes de renome não afasta a necessidade da contratação de *due diligence*, já que os exames nelas efetuados abrangem outras áreas além das demonstrações financeiras, tais como informações fiscais e tributárias, trabalhistas, legais (processuais e contratuais) , ambientais, tecnológicas, operacionais, sobre clientes, sobre *market share*, dentre outras (Carolina Saito, Revista de Defesa da Concorrência, vol. 1, n. 2, novembro de 2012, p. 110-112) .

Apesar de não ser documento obrigatório a ser apresentado à BNDESPAR, para apoio a projetos de aquisição, a BNDESPAR fez constar, na cláusula 2.3.1 do 3º Aditivo e Consolidação do Contrato de Opção de Venda de Ações - no âmbito do projeto de aquisição da National Beef e da Smithfield Beef, após a não aquisição da primeira - (peça 88, p. 93) , exigência de que a JBS S.A. apresentasse, anteriormente à proposta de aquisição de ativo/empresa alternativa à National Beef: minuta do contrato de compra e venda de ativos e/ou ações da sociedade; demonstrações financeiras completas, com notas explicativas e auditadas; laudo de avaliação da sociedade ou ativo adquirido; relatório de *due diligence* (cláusula 2.3.1 do 3º aditivo e consolidação do contrato de opção de venda de ações) .

O BNDES em seus comentários procura fazer crer que a contratação de uma *due diligence* não é muito importante. No entanto, conforme apontado nos parágrafos anteriores, na cláusula 2.3.1 do 3º Aditivo e Consolidação do Contrato de Opção de Venda de Ações - no âmbito do projeto de aquisição da National Beef e da Smithfield Beef, após a não aquisição da primeira, foi feita a exigência de que a JBS S.A. apresentasse, anteriormente à proposta de aquisição de ativo/empresa alternativa à National Beef, entre outros documentos, laudo de avaliação da sociedade ou ativo adquirido e relatório de *due diligence*. Parece que o entendimento mudou após o insucesso da operação de aquisição da National Beef.

Ao contrário do BNDES, que parecia não dar muita importância para o relatório de *due diligence*, a JBS S.A., no âmbito do processo de aquisição das empresas Inalca e Montana Alimentar (Grupo Cremonini), estava aguardando o final do processo de *due diligence* para efetivar o negócio, conforme informado na apresentação realizada para o Conselho de Administração daquela empresa sobre oportunidades de aquisição anteriormente citada (peça 84, p. 15), conforme trecho a seguir:

A JBS S.A. concluiu as negociações para aquisição de 50% da DIVISÃO DE PRODUÇÃO (empresas Inalca e Montana Alimentar) do italiano Grupo Cremonini. **Esta aquisição está sob o aguardo da aprovação do Conselho de Administração como também de todo o processo de *due diligence*.** (grifei)

Vê-se claramente uma diferença de postura entre a JBS S.A. e o BNDES no que tange aos cuidados que deveriam ser adotados antes e durante o processo de aquisição de uma empresa. Assim como a empresa privada fez, o BNDES deveria ter tido mais cautela na realização desse investimento, pois se tratava de quantia expressiva de recursos públicos.

O BNDES, ao ser questionado para que, quando da análise da operação pela BNDESPAR, evidenciasse a existência de avaliação da necessidade de se aportarem recursos para compensar a assunção da dívida líquida de US\$ 410 milhões da National Beef, bem como da necessidade de aumento de capital de US\$ 200 milhões da Five Rivers, respondeu que 'A necessidade dos referidos recursos foi evidenciada à época por meio de apresentação encaminhada pela JBS S.A., conforme Anexo e.1.1 à esta Nota (peça 95), que demonstra a estrutura da operação e o montante necessário para a realização do investimento' (peça 42, p. 6).

Ou seja, uma apresentação em power point, elaborada pela principal interessada no negócio, encaminhado dias antes da aprovação da operação, respaldou oficialmente as informações que subsidiaram uma operação de US\$ 610 milhões. Não houve nenhuma confirmação pelo BNDES de que realmente existia a necessidade desse capital.

Continuando, o BNDES informa que:

Nesse sentido cabe informar que a necessidade de US\$ 410 milhões relativa à assunção da dívida líquida da National Beef se deu em um contexto de melhoria da estrutura de capital da companhia alvo de aquisição. Tal montante é verificável nas demonstrações financeiras da companhia conforme Anexo (e.1.2), páginas 50 e 51. **Conforme informações prestadas pela**

Companhia, após o fechamento da operação, o aumento de capital da Five Rivers, no valor de US\$ 200 milhões, foi motivado pela necessidade de lastro, pela empresa adquirida, para realização de empréstimo à J&F Oklahoma, para aumento do rebanho em processo de engorda na Five Rivers. (grifei)

O próprio BNDES admite que, somente após o fechamento da operação de aumento de capital, houve a confirmação de como seria aplicada parcela significativa do montante disponibilizado na operação, conforme se apreende do trecho grifado.

O documento enviado pelo BNDES no anexo e.1.2 (peça 96) trata do formulário 10-K. O formulário 10-K é um relatório anual exigido pela Securities and Exchange Commission (SEC) dos EUA, que fornece um resumo abrangente do desempenho financeiro de uma empresa. O formulário 10-K inclui informações como história da empresa, estrutura organizacional, remuneração de executivos, patrimônio, subsidiárias e demonstrações financeiras auditadas, entre outras informações. O formulário 10-K, bem como outros documentos da SEC, podem

ser pesquisados no banco de dados EDGAR no site da SEC. (Fonte: https://translate.google.com.br/translate?hl=ptBR&sl=en&u=https://en.wikipedia.org/wiki/Form_10-K&prev=search, em 30/3/2017) .

O formulário 10-K enviado pelo BNDES foi emitido em 8/7/2016 e se refere ao exercício fiscal encerrado em 30/8/2008. Não há nenhuma evidência de que esse relatório ou mesmo o referente ao exercício anterior, que seria mais apropriado para a análise da operação que seria realizada em março/2008, tenha servido de base para a análise da operação. Não foi enviado nenhum formulário 10-K consultado pelo BNDES à época. Não há nenhuma evidência ou menção nos documentos que serviram de base para respaldar a operação que se tenha pensado em 'melhorar a estrutura de capital da companhia a ser adquirida' no momento em que foi analisada a operação.

O que se conclui é que os valores apresentados pela JBS S.A. foram aceitos pelo BNDES sem nenhuma confirmação de sua aderência com as reais necessidades da empresa.

Adicionalmente, o emprego de expressões vagas como 'melhoria da estrutura de capital da companhia' não são suficientes para respaldar a entrega de US\$ 410 milhões para uma empresa, parecendo que para fundamentar o ato praticado se está procurando guarida no Regulamento Geral de Operações do BNDES, que diz de forma muito ampla que:

art. 4º - A colaboração financeira do BNDES destina-se à execução de programas ou projetos que visem, cumulativamente ou alternativamente, a:

(...)

IV - fortalecer financeiramente as empresas, mediante a **reformulação de sua estrutura de capital** ou a substituição de passivos onerosos; (grifei)

Por fim, discordando das justificativas apresentadas pelo BNDES, que, para elidir as irregularidades apontadas, informou que (i) não havia normativo à época que exigisse a

realização de *due diligences* para respaldar as informações apresentadas pelo postulante dos recursos, que (ii) as informações existentes à época eram suficientes para embasar a operação e que (iii) não teriam surgido, até hoje, evidências de que valores de equity tenham sido superavaliados ou de que dívidas tenham sido super ou subavaliadas nas operações em comento, a não observância das práticas usuais de mercado quando da análise da operação contrariou o dever de cuidado e diligência que se espera do administrador, levando o banco a participar de uma operação sem a garantia de que as informações que a respaldaram eram confiáveis.

Segundo a Nota AJ/COJIN 026-2017 (peça 94) , de 20/4/2017, a Instrução Padronizada, nos termos da Ordem de Serviço Presi 6/1970, é o documento no qual 'se presta uma informação capaz de habilitar uma autoridade do Banco a tomar uma decisão'.

E continua a mesma Nota afirmando que:

15.Quando a alçada decisória competente é a Diretoria (caso em tela) , a IP é elaborada pela equipe técnica e encaminhada pelo Superintendente da Unidade responsável pela análise ao Gabinete do Diretor desta Unidade, a quem cabe adotar as providências necessárias à tomada de decisão sobre a aprovação ou negação da proposta veiculada na IP. Ou seja, na hipótese em que a alçada decisória é a Diretoria, caso esteja de acordo com a análise técnica, cabe ao Diretor da Unidade responsável levar a matéria à apreciação da Diretoria.

Assim, considerando as informações prestadas pela Nota AJ/COJIN 026-2017, de 20/4/2017, o documento que após o enquadramento pelo Comitê de Enquadramento e Crédito verificou a viabilidade da concessão de colaboração financeira à postulante tendo como objetivo fundamentar a decisão da alçada competente (Diretoria ou Presidente) na aprovação ou negação da solicitação de apoio financeiro foi a IP AMC-DEPAC 29/2008.

Responsabilização

As informações presentes nos autos e as análises realizadas apontam para a existência de indícios de que os técnicos responsáveis pela elaboração da IP AMC-DEPAC 29/2008 realizaram suas análises e emitiram seus pareceres com base única e exclusivamente nas informações prestadas pelo postulante dos recursos, sem a expedição de *due diligences* para a confirmação das informações prestadas, principalmente o montante de recursos que seria necessário para a realização da operação.

Responsáveis:

1.28. Em consonância com os parágrafos anteriores, os responsáveis são qualificados no quadro a seguir.

Nome	CPF/CNPJ	Cargo	Função à época
Luciano Galvão Coutinho	636.831.808-		Diretor-presidente

20

Armando Mariante Carvalho Junior	178.232.937-49	Diretor
Eduardo Rath Fingerl	373.178.147-68	Diretor
Elvio Lima Gaspar	626.107.917-04	Diretor
João Carlos Ferraz	230.790.376-34	Diretor
Mauricio Borges Lemos	165.644.566-20	Diretor
Wagner Bittencourt de Oliveira	337.026.597-49	Diretor
Fabio Sotelino da Rocha	550.305.807-00	Superintendente AMC
Caio Marcelo de Medeiros Melo	376.763.691-34	Chefe de Departamento AMC/DEPAC
Jorge Luiz Sozzi de Moraes	238.880.407-87	Chefe de Departamento AMC/DEJUMC
Jorge Eduardo Martins Moraes	550.770.307-82	Gerente AMC/DEPAC
Maria de Lourdes C. de Albuquerque		Gerente AMC/DEJUMC
Marcio Duarte de Medeiros	Engenheiro AMC/DEPAC	
Ramom Dantas Rotta	Advogado AMC/DEJUMC	

Conduta

1.29. Os Srs. Eduardo Rath Fingerl, Fabio Sotelino da Rocha, Caio Marcelo de Medeiros Melo, Jorge Luiz Sozzi de Moraes, Jorge Eduardo Martins Moraes, Maria de Lourdes C. de Albuquerque, Marcio Duarte de Medeiros e Ramom Dantas Rotta emitiram, mediante a Instrução Padronizada IP AMC-DEPAC 29/2008, proposta de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield

Beef Group, por meio de apoio financeiro à JBS S.A., com pareceres exarados utilizando exclusivamente as informações financeiras fornecidas pelo postulante dos recursos, sem a sua efetiva comprovação por meio de *due diligences*, o que contraria não só a prática do mercado, mas também o dever de cuidado e diligência a que estão obrigados, por força dos arts. 153; 155, II; e 160 da Lei 6.404/76.

1.30. Por seu turno, os diretores, Srs. Luciano Galvão Coutinho, Armando Mariante Carvalho Junior, Eduardo Rath Fingerl, Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Mauricio Borges Lemos e Wagner Bittencourt de Oliveira, aprovaram, por unanimidade, mediante a Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, a realização de aporte de capital na JBS S.A., com base em pareceres exarados que utilizaram exclusivamente as informações financeiras fornecidas pelo postulante dos recursos, sem a sua efetiva comprovação por meio de *due diligences*, o que contraria não só a prática do mercado, mas também o dever de cuidado e diligência a que estão obrigados, por força dos arts. 153; 155, II; e 160 da Lei 6.404/76.

Nexo Causal:

1.31. A omissão da equipe de análise resultou na aprovação pela Diretoria de aporte de capital na JBS S.A., por meio da subscrição de ações daquela empresa, no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, sem a adequada análise dos riscos da operação para o banco, conforme as evidências anteriormente mencionadas.

1.32. A decisão da Diretoria resultou na realização de aporte de capital na JBS S.A., por meio da subscrição de ações daquela empresa, no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, sem a adequada análise dos riscos da operação para o banco, conforme as evidências anteriormente mencionadas.

Culpabilidade

1.33. É razoável afirmar que era possível aos integrantes da equipe de análise ter consciência da ilicitude do ato que praticaram e que era exigível conduta diversa daquela que adotaram, consideradas as circunstâncias que os cercavam, pois deveriam ter analisado as condições da operação com o cuidado e a diligência que o homem médio costuma empregar na administração dos seus próprios negócios, conforme arts. 153; 155, II; e 160 da Lei 6.404/76.

1.34. Também é razoável afirmar que era possível aos diretores ter consciência da ilicitude do ato que praticaram e que era exigível conduta diversa daquela que adotaram, consideradas as circunstâncias que os cercavam, pois a leitura do parecer técnico que embasou a decisão permitia constatar as deficiências na análise dos riscos envolvidos, além do que deveriam ter avaliado as condições da operação com o cuidado e a diligência que o homem médio costuma empregar na administração dos seus próprios negócios, conforme arts. 153 e 155, II, da Lei 6.404/76.

Encaminhamento

Entende-se cabível a realização de audiências dos responsáveis acerca dos indícios de irregularidades apontados.

As consultas, as análises, os contratos, e os quadros de usos e fontes não deixam claro o destino a ser dado a parcelas consideráveis do capital aportado (item VI, parágrafo 122)

Situação encontrada

A Instrução Conjunta AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008 apresenta, no seu item 2.4 - Quadro Sintético de Usos e Fontes, as seguintes informações:

Quadro 3 - Quadro de Usos e Fontes - IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008

Itens	Valores em US\$	%
Usos	1.500.000.000	100%
Aquisição de participação acionária	1.500.000.000	100%
Fontes	1.500.000.000	100%
Aumento de Capital Controladores/Minoritários	500.000.000	33%
Aumento de Capital via FIP - Fundo de Investimento e Participações	1.000.000.000	67%
- BNDESPAR	450.000.000	30%
- PETROS	250.000.000	17%
- FUNCEF	250.000.000	17%
- Fundo do JP Morgan	50.000.000	3%

A Instrução Padronizada AMC-DEPAC 29/2008 não apresenta quadro de usos e fontes. A estrutura da operação é detalhada no item 12. O item 12.5 é basicamente a descrição do anexo I daquele documento, apresentação encaminhada pela JBS S.A., que, conforme já citado, serviria de base para a estruturação financeira da operação e que o BNDES não sabe precisar quando foi recebido.

A seguir, as informações constantes do item 12.5 foram sintetizadas em uma tabela. Observe-se que não houve a elaboração de quadro de usos e fontes, mas, no item 12.5 do documento, consta expressamente que a JBS S.A. utilizaria recursos próprios para a aquisição da Tasman Group, por cerca de US\$ 100 milhões, e assumiria seu endividamento líquido, no montante de US\$ 50 milhões. Assim, incorporando esta informação, que constou do anexo I, temos a seguinte estrutura do que seria um quadro de usos e fontes para a operação:

Quadro 4 - Quadro de Usos e Fontes - IP AMC-DEPAC 29/2008

Itens	Valores em US\$	%
Usos	1.885.000.000	100%
Aquisição da National Beef	970.000.000	51%
- Pagamento em dinheiro aos acionistas	465.000.000	
- Pagamento em ações da JBS S.A. aos acionistas	95.000.000	
- Pagamento de dívidas da empresa	410.000.000	
Aquisição da Smithfield Beef e Five Rivers	765.000.000	41%
- Pagamento em dinheiro aos acionistas	565.000.000	
- Aumento de capital da Five Rivers	200.000.000	
Aquisição da Tasman Group	150.000.000	8%
- Pagamento em dinheiro aos acionistas	100.000.000	
- Pagamento de dívidas da empresa	50.000.000	
Fontes	1.885.000.000	100%
Aumento de Capital Controladores (JBS)	385.000.000	20%
- Ações da JBS (que seriam entregues aos acionistas da NBP)	95.000.000	25%
- Caixa da JBS - recursos próprios	290.000.000	75%
Aumento de Capital via FIP - Fundo de Investimento e Participações	1.000.000.000	53%
- BNDESPAR	450.000.000	45%
- PETROS	250.000.000	25%
- FUNCEF	250.000.000	25%
- Fundo do JP Morgan	50.000.000	5%
Aumento de capital mercado (BNDESPAR, Controladores e Minoritários)	500.000.000	27%

O quadro a seguir sintetiza o que aconteceu após a subscrição.

Quadro 5 - após a subscrição de ações

Itens	Valores em US\$	%
Usos	1.885.000.004,01	100%

Caixa da JBS S.A.	865.000.000,01	46%
Ações da JBS S.A. (que seriam entregues aos acionistas da National Beef)	95.000.000,00	5%
Aquisição da Smithfield Beef e Five Rivers	765.000.000,00	41%
- Pagamento em dinheiro aos acionistas	565.000.000,00	
- Aumento de capital da Five Rivers	200.000.000,00	
Fontes	1.885.000.004,01	100%
Ações da JBS S.A. (que seriam entregues aos acionistas da NBP)	95.000.000,00	5%
Caixa da JBS S.A.	290.000.000,00	15%
Aumento de Capital via FIP - Fundo de Investimento e Participações	854.077.214,16	45%
BNDESPAR	197.216.360,76	10%
JBS S.A.	147.998.389,41	8%
JBS S.A. e minoritários	300.708.039,68	17%

Análise

Os quadros mostram como a operação foi sendo alterada ao longo do tempo.

Em meados de dezembro/2007, segundo a apresentação feita pela JBS S.A. ao BNDES, a quantia inicialmente estimada para a operação girava em torno de US\$ 1 bilhão e não se falava na participação de fundos de pensão (peça 85, p. 16) .

A carta consulta apresentada em 12/2/2008 passou a estimar a operação em US\$ 1,5 bilhão e não citou em nenhum momento a participação de fundos de pensão. Não há nenhum registro de reuniões realizadas com os fundos de pensão para tratar do assunto.

O único documento encaminhado pelo BNDES que trata do assunto é um expediente enviado pelo Diretor Financeiro e de Investimentos do fundo de pensão Petros para o Diretor da área de Mercado de Capitais da BNDESPAR, Sr. Eduardo Rath Fingerl, informando que (peça 4, p. 23) :

A FUNCEF — Fundação dos Economiários Federais e a Fundação PETROS estão estruturando um Fundo de Investimento em Participações da JBS S.A. (FIP JBS) , cujo gestor deverá ser a Angra Partners, com o objetivo de participar no aumento de capital, que será convocado pela JBS S.A. no contexto de consolidação do setor de carne bovina.

O FIP está sendo estruturado para (i) agregar as participações para melhor governança frente aos atuais controladores da JBS S.A., negociando novo assento no Conselho de Administração, (ii) agilizar e garantir maior consistência no processo de aprovação das referidas fundações

(ii) agnizar e garantir maior consistência ao processo de aprovação das referidas fundações, com a participação do gestor especializado e (iii) estruturar acompanhamento sistemático do investimento adaptado às características globais da referida empresa.

Como a BNDESPAR é sócia relevante no capital social da JBS S.A., tendo contribuído no recente crescimento que a empresa teve no processo de aquisição em empresa no exterior e, objetivando alinhar os interesses do FIP JBS S.A. com a BNDESPAR, vimos através desta convidá-los a participar também como investidores no referido Fundo.

O tamanho do referido aumento de capital será de US\$ 1,5 bilhão e o FIP JBS S.A. objetiva participar em cerca de US\$ 1 bilhão.

Sem mais, aguardamos vosso pronunciamento a respeito e nos dispomos a dar os esclarecimentos necessários no tocante às características do referido Fundo.

Esse expediente, datado do dia 3/3/2008, véspera da aprovação da operação pela diretoria do BNDES, comunica que estava sendo estruturado um fundo, cuja constituição já estava prevista na Instrução Conjunta AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, de 20/2/2008. Não há nenhum sentido na consulta feita ao BNDES ao final do expediente que diz: 'Sem mais, aguardamos vosso pronunciamento a respeito e nos dispomos a dar os esclarecimentos necessários no tocante às características do referido Fundo', a não ser formalizar uma decisão que já estava tomada há algum tempo.

A inclusão desse fundo de forma inusitada na operação, a falta de documentos que comprovem a efetiva realização de reuniões de negociação entre representantes das entidades que participariam do fundo, bem como o teor do Acordo de Colaboração Premiada do Sr. Joesley Mendonça Batista celebrado com a Procuradoria Geral da República - PGR e homologado pelo Supremo Tribunal Federal (vide parágrafo 327 desta instrução) , indicam a necessidade de que seja feito um trabalho de fiscalização na constituição desse fundo pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar - Previc, pois as circunstâncias relatadas nesta instrução são evidências de que pode ter havido irregularidade na sua criação, visando a favorecer a JBS S.A.

Continuando a análise dos registros nos quadros de usos e fontes, caberia aos signatários da Instrução Conjunta AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008 efetuar o registro detalhado da operação, ou seja, de como seria empregado esse montante e não apenas consignar singelamente que US\$ 1,5 bilhão seria utilizado na 'aquisição de participação acionária'.

Por outro lado, na IP AMC-DEPAC 29/2008, não consta quadro de usos e fontes. A estrutura da operação é detalhada no seu item 12.

Apesar de as análises estarem estimando o valor da operação em US\$ 1,5 bilhão, o último parecer que respaldou a operação, a IP AMC-DEPAC 29/2008, sugeriu, não explicitamente, que a operação iria girar em torno de US\$ 1,885 milhões. Isso porque surge no meio das análises a compra da Tasman Group da Austrália. Os próprios analistas informam que não tinham conhecimento dessa operação. Conforme consta da IP AMC-DEPAC 29/2008 (peça 13, p. 20) ,

a Tasman Group sequer foi incluída na análise realizada pela BNDESPAR. A AMC-DEPAC só tomou conhecimento de sua aquisição momentos antes da conclusão da IP AMC-DEPAC 29/2008, que foi encaminhada para a aprovação da Diretoria no dia seguinte à sua elaboração. Contudo, no anexo I da IP AMC-DEPAC 29/2008, que demonstra a estrutura financeira da operação, essa aquisição está contemplada. Também no anexo 2 da IP AMC-DEPAC 29/2008 constam outras informações dessa aquisição.

Posteriormente, a IP AMC/DEPAC 142/2008, de 27/10/2008, praticamente iria ignorar a aquisição da Tasman Group, que seria no futuro considerada para o abatimento da dívida da JBS S.A. com os parceiros (BNDES e fundos de pensão) .

O que se conclui é que as informações constantes dos quadros de usos e fontes, dos textos que descrevem como seria estruturada a operação e dos anexos dos documentos não são precisas. Misturam informações que não são pertinentes à operação, como a aquisição da Tasman, que era uma empresa australiana, em uma operação que basicamente se referia ao mercado americano de carnes.

Responsabilização

As informações presentes nos autos e as análises realizadas apontam para a existência de indícios de que os técnicos responsáveis pela elaboração da Instrução Conjunta AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008 e IP AMC-DEPAC 29/2008 não elaboraram os quadros de usos e fontes com o detalhamento necessário para a análise criteriosa da operação, que se revestia de elevada complexidade e envolvia montante expressivo de recursos, não deixando claro o destino a ser dado a parcelas consideráveis do capital a ser aportado pelo BNDES. Por sua vez, a diretoria aprovou a operação com base em documento que não apresentava as informações com a profundidade necessária para a tomada de decisão.

Responsáveis:

1.35. Em consonância com os parágrafos anteriores, os responsáveis são qualificados no quadro a seguir:

Nome	CPF/CNPJ	Cargo	Função à época
Luciano Galvão Coutinho	636.831.808-20		Diretor-presidente
Armando Mariante Carvalho Junior	178.232.937-49		Diretor
Eduardo Rath Fingerl	373.178.147-68		Diretor
Elvio Lima Gaspar	626.107.917-04		Diretor
João Carlos Ferraz	230.790.376-		Diretor

34

Mauricio Borges Lemos	165.644.566-20	Diretor
Wagner Bittencourt de Oliveira	337.026.597-49	Diretor
Fabio Sotelino da Rocha	550.305.807-00	Superintendente AMC
Caio Britto de Azevedo	021.491.517-40	Chefe de Dep. AP/DEPRI
Caio Marcelo de Medeiros Melo	376.763.691-34	Chefe de Departamento AMC/DEPAC
Jorge Luiz Sozzi de Moraes	238.880.407-87	Chefe de Departamento AMC/DEJUMC
José Claudio Rego Aranha	261.866.247-49	Chefe de Departamento AMC/Deinv
Jaldir Freire Lima	244.727.001-15	Chefe de Departamento AI/Deagro
Carlos Augusto Muller Ferreira	449.819.297-49	Gerente AI/DEAICO
Jorge Eduardo Martins Moraes	550.770.307-82	Gerente AMC/DEPAC
Maria de Lourdes C. de Albuquerque	126.779.144-68	Gerente AMC/DEJUMC
Robson Wagner Oliveira Sarmento	004.985.777-08	Gerente AP/DEPRI
Marcio Duarte de Medeiros	070.768.147-22	Engenheiro AMC/DEPAC
Yolanda Maria Melo Ramalho	376.387.187-04	Superintendente Área de Planejamento (Coordenadora CEC)
Ricardo Luiz de Souza Ramos	804.112.237-04	Superintendente Área de Crédito
Jorge Kalache Filho	178.165.217-15	Sup. Área Industrial

Julio Cesar Maciel Ramundo	003.592.857- 32	Superintendente Área de Inclusão Social
Lucia Maria Coelho Weaver	549.997.077- 72	Superintendente Substituta Área de Infraestrutura
Luiz Antonio Araújo Dantas	400.896.497- 53	Superintendente Área de Comércio Exterior
João Furtado de Aquino	345.581.607- 04	Superintendente Substituto Área de Administração
Luis Carlos Schwarz	345.767.037- 49	Superintendente Substituto Área Financeira
Roberto Zurli Machado	600.716.997- 91	Superintendente Área de Insumos Básicos
Mariane Sardenberg Sussekind	437.490.037- 34	Superintendente Área Jurídica
Paulo Todescan Lessa Mattos	188.745.248- 62	Chefe do Gabinete da Presidência
Gil Bernardo Borges Leal	548.421.157- 34	Superintendente Área de Gestão de Riscos
Ramom Dantas Rotta	220.871.978- 65	Advogado AMC/DEJUMC

Conduta

1.36. Os Srs. Caio Britto de Azevedo, José Claudio Rego Aranha, Jaldir Freire Lima, Carlos Augusto Muller Ferreira, Jorge Eduardo Martins Moraes, Marcio Duarte de Medeiros e Robson Wagner Oliveira Sarmiento recomendaram, mediante a Instrução de Enquadramento IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, e o Comitê de Enquadramento de Crédito acatou a recomendação de enquadramento da operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., na modalidade de renda variável, no valor de até US\$ 640 milhões, sendo US\$ 450 milhões por meio do Fundo de Investimento em Participações e até US\$ 192 milhões diretamente caso os acionistas minoritários não acompanhassem seu direito de preferência, com pareceres exarados sem a elaboração de quadros de usos e fontes com o detalhamento necessário para a análise criteriosa da operação, que se revestia de elevada complexidade e envolvia montante expressivo de recursos.

1.37. Os Srs. Ricardo Luiz de Souza Ramos, Yolanda Maria Melo Ramalho, Jorge Kalache Filho,

Julio Cesar Maciel Raimundo, Lucia Maria Coelho Weaver, Luiz Antonio Araújo Dantas, João Furtado de Aquino, Luis Carlos Schwarz, Roberto Zurli Machado, Mariane Sardenberg Sussekind, Paulo Todescan Lessa Mattos, Gil Bernardo Borges Leal, Fabio Sotelino da Rocha e Luiz Fernando Linck Dorneles acolheram, na 148ª Reunião do Comitê de Enquadramento e Crédito - CEC, com base na IP AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, a proposta de recomendação de solicitação de apoio encaminhada pela JBS S.A. ao BNDES na modalidade de renda variável no valor de até US\$ 642 milhões para aquisição de participações acionárias em empresas, sendo US\$ 450 milhões por meio de Fundo de Investimento em Participações e até US\$ 192 milhões diretamente, caso os acionistas minoritários não acompanhassem seu direito de preferência, com base em pareceres exarados sem a elaboração de quadros de usos e fontes com o detalhamento necessário para a análise criteriosa da operação, que se revestia de elevada complexidade e envolvia montante expressivo de recursos.

1.38. Os Srs. Eduardo Rath Fingerl, Fabio Sotelino da Rocha, Caio Britto de Azevedo, Jorge Luiz Sozzi de Moraes, Jorge Eduardo Martins Moraes, Maria de Lourdes C. de Albuquerque, Marcio Duarte de Medeiros e Ramom Dantas Rotta propuseram, mediante a Informação Padronizada IP AMC-DEPAC 29/2008, e os diretores aprovaram, por unanimidade, mediante a Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, a operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., por meio da subscrição de ações da JBS S.A., no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, com pareceres exarados sem a elaboração de quadros de usos e fontes com o detalhamento necessário para a análise criteriosa da operação, que se revestia de elevada complexidade e envolvia montante expressivo de recursos.

1.39. Os Srs. Luciano Galvão Coutinho, Armando Mariante Carvalho Junior, Eduardo Rath Fingerl, Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Mauricio Borges Lemos e Wagner Bittencourt de Oliveira aprovaram, pela Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, a operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., por meio da subscrição de ações da JBS S.A., no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, com base em pareceres exarados sem a elaboração de quadros de usos e fontes com o detalhamento necessário para a análise criteriosa da operação, que se revestia de elevada complexidade e envolvia montante expressivo de recursos.

Nexo Causal:

1.40. A omissão da equipe de análise resultou na aprovação pela Diretoria de aporte de capital na JBS S.A., por meio da subscrição de ações daquela empresa, no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, sem a adequada análise dos riscos da operação para o banco, conforme as evidências anteriormente mencionadas.

1.41. O acolhimento da recomendação para o enquadramento da operação contida na Instrução de Enquadramento IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, consumada na decisão do Comitê de Enquadramento e Crédito, e a proposta de apoio financeiro contida na IP AMC-DEPAC 29/2008, consumada na Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, resultou na alocação de elevado montante de recursos públicos em valor não comprovadamente necessário a operação.

Culpabilidade

1.42. A decisão da Diretoria, realizada com base em pareceres exarados em quadros de usos e fontes elaborados sem o detalhamento necessário, resultou na realização de aporte de capital na JBS S.A., por meio da subscrição de ações daquela empresa, no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, sem que se

tivesse a clara definição do destino que seria dado a parcelas expressivas dos recursos aportados.

1.43. É razoável afirmar que era possível aos integrantes da equipe de análise ter consciência da ilicitude do ato que praticaram e que era exigível conduta diversa daquela que adotaram, consideradas as circunstâncias que os cercavam, pois deveriam ter analisado as condições da operação com o cuidado e a diligência que o homem médio costuma empregar na administração dos seus próprios negócios, conforme arts. 153; 155, II; e 160 da Lei 6.404/76.

1.44. Também é razoável afirmar que era possível aos diretores ter consciência da ilicitude do ato que praticaram e que era exigível conduta diversa daquela que adotaram, consideradas as circunstâncias que os cercavam, pois a leitura do parecer técnico que embasou a decisão permitia constatar as deficiências na análise dos riscos envolvidos, além do que deveriam ter avaliado as condições da operação com o cuidado e a diligência que o homem médio costuma empregar na administração dos seus próprios negócios, conforme arts. 153 e 155, II, da Lei 6.404/76.

Encaminhamento

Entende-se cabível a realização de audiências dos responsáveis acerca dos indícios de irregularidades apontados.

Utilização não justificada de expansão do número de pregões integrantes da amostra a ser utilizada no cálculo do valor da ação a ser adquirida, resultando em escolha do valor mais elevado entre outros já apontados, com ágio de 19,8% sobre o valor superior apontado na etapa anterior de análise, e de 49,1% sobre o valor da ação em bolsa de valores no dia da operação (item IV, indício 6) ; e

Estimativa de dano no valor de R\$ 163,5 milhões, equivalentes a aproximadamente 27,67 milhões de ações da JBS S.A., já que, nessa operação, o valor médio da ação nos últimos

90 pregões, estimado no enquadramento como o valor superior de aquisição das ações, foi substituído pelo valor médio da ação nos últimos 120 pregões, valor esse mais elevado, substituição essa não justificada nos autos (item V)

Situação encontrada

Autorizada a operação pela Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, para a efetivação do negócio, o BNDES aportou R\$ 995,87 milhões na Companhia, por meio da compra direta de ações e da integralização de cotas do Fundo de Investimento em Participações PROT.

A BNDESPAR subscreveu e integralizou 47.421.190 de ações ordinárias de emissão da JBS S.A., correspondentes a R\$ 335.267.813,30, e adquiriu, via Fundo PROT, mais 92.332.530 de ações, correspondente a R\$ 660.600.000,00, ao preço de R\$ 7,07 por ação, passando a deter, direta e indiretamente, mais 139.753.720 de ações (6,47% do capital da JBS S.A.) . Ao final, a soma das participações direta e indireta do Banco Público no capital da Companhia alcançou 19,42%.

O Fundo PROT investiu R\$ 1,469 bilhão (correspondente a 205.365.101 de ações) na operação, passando a deter 14,3% da Empresa. A BNDESPAR participou com 45% do Fundo; os Fundos de Pensão Petros e Funcef entraram com 25% cada (limite de participação dos fundos de pensão nos FIP's) ; e o Fundo de Investimentos Antigua Investments LLC ficou com os 5% restantes.

O preço das ações foi definido como a média ponderada por volume de negociação das cotações de fechamento das ações ordinárias apuradas nos 120 pregões da Bolsa de Valores de São Paulo - Bovespa, realizados no período de 16 de agosto de 2007 até 15 de fevereiro de 2008, perfazendo o valor de R\$ 7,07, conforme constou na Nota Técnica AMC/DEINV 23/2009 e AMC/DEPAC 34/2009.

Cada quotista realizou dois aportes no Fundo, com a respectiva integralização e subscrição de ações da JBS S.A. A tabela a seguir apresenta o montante aportado por quotista, as ações adquiridas a cada subscrição e a participação final do FIP na JBS S.A.:

Quadro 6 - Aportes no FIP PROT

Quotista	1º Aporte	2º Aporte	Total			
	R\$ (mil)	Data	R\$ (mil)	Data	R\$ (mil)	Part.
BNDESPAR	635.400	17/4/2008	25.200	28/5/2008	660.600	44,96%
PETROS	353.000	17/4/2008	14.000	28/5/2008	367.000	24,98%
FUNCEF	353.000	17/4/2008	14.000	28/5/2008	367.000	24,98%
Antigua Investments LLC	70.600	17/4/2008	2.800	28/5/2008	73.400	4,99%
Andra Partners	1.300	19/9/2008			1.300	0,09%

Anglo Paralelos	1.300	10/01/2008	1.300	9,00%
TOTAL	1.413.300	56.000	1.469.300	100%

Análise:

O que se apurou na documentação referente à operação é que na IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008 está consignado que os técnicos consideravam um bom negócio para o BNDES ampliar sua participação na empresa, pois suas ações estavam subavaliadas (peça 12, p. 11) . Apesar de não ter sido apresentado nenhum cálculo que respaldasse essa afirmação, foi consignado na IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008 que o valor das ações estaria abaixo do valor econômico da empresa. Mais uma vez, aponta-se a precariedade das informações que respaldaram a decisão de apoiar a operação. Afirmações são feitas sem apontar os registros em que foram baseadas. Os técnicos deixaram consignado que naquele momento as negociações com a família Batista (sócios majoritários da JBS/SA) , as fundações e

a BNDESPAR estavam em torno de um preço por ação entre 5,09 e 5,90, pois corresponderiam à média do preço das ações nos últimos 30, 60 e 90 dias, conforme o quadro a seguir:

Quadro 7 - Estimativa de preço em função do n. de pregões

N. de pregões	Preço por ação
30	5,09
60	5,49
90	5,90

Posteriormente, na IP AMC-DEPAC 29/2008, foi acostado o cálculo do valor econômico da nova JBS S.A. (*valuation*) , com as aquisições objeto da operação. Esse cálculo apontou para uma variação do preço da ação entre R\$ 6,97 e R\$ 9,49 por ação da nova JBS S.A. após a concretização da operação. Nada mais foi comentado no texto desse documento sobre o valor do preço da ação, até que no 'Item 12 - Estrutura da Operação' (peça 13, p. 23) encontra-se o seguinte texto:

A capitalização da JBS S.A. ocorrerá através de um aumento de seu capital social correspondente a aproximadamente R\$ 2,55 bilhões (US\$ 1,5 bilhão - à cotação de 1 US\$/R\$ 1,70) , mediante a emissão para subscrição pública de 360.678.926 novas ações ordinárias pelo preço de emissão de R\$ 7,07 por ação.

Não há na IP AMC-DEPAC 29/2008, ao contrário da IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, que respaldou a faixa de preços entre R\$ 5,09 a R\$ 5,90 nos últimos pregões, nenhuma justificativa explícita para a escolha do preço R\$ 7,07 por ação. Não há também nenhuma referência da data que teria sido utilizada como parâmetro para esse valor. Mais uma vez, aponta-se a fragilidade do documento que iria respaldar uma operação de milhões

de dólares.

No primeiro trabalho realizado por esta Corte, em meados de 2009, sobre os investimentos realizados pela BNDESPAR em participação acionária no setor de proteína animal no período de 2007 a 2009, época em que o BNDES ainda impunha severas restrições ao acesso de informações sobre suas operações, sob a justificativa de sigilo bancário, questionado para apresentar justificativa para o valor de R\$ 7,07/ação, por meio do Ofício de Requisição 651/2009-05, de 9/10/2009, o BNDES informou pela Nota Técnica AMC/DEINV 23/2009 e AMC/DEPAC 34/2009 que (peça 10, p. 42) :

A definição do preço das ações deu-se através da **média ponderada por volumes de negociação das cotações de fechamento das ações ordinárias, apuradas nos 120 pregões da** Bolsa de Valores de São Paulo realizados no período de 16 de agosto de 2007 até 15 de fevereiro de 2008, inclusive, conforme publicado pela empresa no Edital de Convocação da Assembleia Geral de Acionistas em 14 de março de 2008, preço este que foi pago pela BNDESPAR e pelos demais acionistas que participaram deste aumento de capital. (grifei) Questionado agora no âmbito deste processo por meio do Ofício 0265/2016-TCU/SecexEstataisRJ, de 9/6/2016, porque não utilizou a média dos pregões indicada pela IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008 e sim a média ponderada por volumes de negociação das cotações de fechamento das ações ordinárias, apuradas em 120 pregões, conforme indicado na Nota Técnica AMC/DEINV 23/2009 e AMC/DEPAC 34/2009, enviada como resposta ao Ofício de Requisição 651/2009-05, de 9/10/2009, o BNDES assim respondeu:

Primeiramente, é importante ressaltar que, nas operações de mercado de capitais, conforme explicado na Nota AMC/DEPAR 46/2015, de 03/11/2015, a Instrução de Enquadramento em regra contém a negociação já avançada entre as empresas e a BNDESPAR. Não obstante, a própria Instrução Conjunta AP/Depri /AMC/Depac-AI/ Deaico 1/08 expressou que a negociação de preço ainda se encontrava em andamento, sendo o preço médio de mercado de 90 pregões a referência utilizada até aquele momento. Além disso, a própria Instrução registra que o fator preponderante para a determinação do preço era a comparação do preço final da operação, aprovado pela Diretoria da BNDESPAR, com o valor econômico por ação, que seria o fundamento da atratividade financeira do investimento da BNDESPAR.

Nesse sentido, destacamos que a participação da BNDESPAR e do FIP/PROT no aumento de capital da JBS S.A., ao preço de subscrição de R\$ 7,07, **justificou-se pela expectativa de valorização no preço das ações da JBS S.A., conforme evidenciado na análise econômico-financeira materializada no *valuation* elaborado no âmbito da operação.** Conforme demonstrado no referido *valuation*, acostado às folhas 20 a 22 da IP que propõe a operação, as ações da JBS S.A. teriam como preço justo valor de R\$ 9,49, considerando as aquisições da National Beef e Smithfield, acima do preço de subscrição (R\$ 7,07) , demonstrando uma expectativa de ganho de R\$ 2,42 por ação subscrita, ou 34,23% de valorização.

Simplesmente foi ignorada a informação anteriormente dada a esta Corte sobre a utilização dos 120 pregões. Nada foi comentado sobre a utilização dos 120 últimos pregões como

parâmetro, não tendo a resposta nenhuma correlação com a resposta anterior enviada em 2009, quando o BNDES ainda praticava severas restrições ao acesso a seus documentos. Adicionalmente, o banco versa sobre um possível lucro esperado de 34,23%. Vale ressaltar que na verdade esse lucro só seria obtido se todas as premissas utilizadas no *valuation* se concretizassem, o que não aconteceu, pois a compra da National Beef não ocorreu, jogando por terra o *valuation* que agora é apontado como tendo sido utilizado para o balizamento das decisões. Além do mais, não resta demonstrado o cálculo efetivo do referido *valuation*, tampouco há justificativas que embasem as escolhas das premissas adotadas para sua realização, não sendo possível aferir se o valor reportado seria ou não o valor de mercado da companhia de carnes após a compra das referidas empresas.

Confrontando as duas justificativas, nota-se claramente que o BNDES em diferentes momentos procura apresentar uma justificativa que respalde o preço de R\$ 7,07/ação utilizado na operação. Antes o preço de R\$ 7,07/ação foi justificado pela média ponderada por volumes de negociação das cotações de fechamento das ações ordinárias, apuradas nos 120 pregões

da Bolsa de Valores de São Paulo realizados no período de 16 de agosto de 2007 até 15 de fevereiro de 2008. Agora a justificativa para o preço de R\$ 7,07 foi a expectativa de valorização no preço das ações da JBS S.A., conforme evidenciado na análise econômico-financeira materializada no *valuation* elaborado no âmbito da operação.

Nesta oportunidade o BNDES invoca a Lei das Sociedades Anônimas, que teria sido atendida, considerando que, em seu Artigo 170, § 1º, está estabelecido que:

Lei das Sociedades Anônimas - Artigo 170

(...)

§ 1º O preço de emissão deverá ser fixado, sem diluição injustificada da participação dos antigos acionistas, ainda que tenham direito de preferência para subscrevê-las, tendo em vista, alternativa ou conjuntamente:

I - a perspectiva de rentabilidade da companhia;

II- o valor do patrimônio líquido da ação; (Incluído pela Lei 9.457, de 1997)

III- a cotação de suas ações em Bolsa de Valores ou no mercado de balcão organizado, admitido ágio ou deságio em função das condições do mercado.

Esse artigo respalda a primeira justificativa apresentada, pois, no inciso III, assevera que o preço de emissão deverá ser fixado com base na cotação das ações em bolsa. A IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008 utilizou exatamente o que diz a Lei 6.404/1976 para respaldar a faixa de preços entre R\$ 5,09 a R\$ 5,90, correspondente à média dos últimos 30 a 90 pregões.

E tal justificativa também se coaduna com o decidido na assembleia geral extraordinária realizada em 11/4/2008 pelos acionistas da JBS S.A. que diz, ao propor o preço da subscrição

das ações aos seus acionistas (peça 97, p. 2) :

O preço único de emissão de cada uma das ações ordinárias é de R\$ 7,07 (sete reais e sete centavos) por ação ('Preço de Emissão por Ação'), determinado com base na média ponderada por volume de negociações das cotações de fechamento das ações ordinárias de fechamento das ações ordinárias de emissão da Companhia, apuradas nos 120 (cento e vinte) pregões da Bolsa de Valores de São Paulo compreendidos no período entre 16 de agosto de 2007 e 15 de fevereiro de 2008, inclusive, nos termos do artigo 170, parágrafo 1º, inciso III, da Lei 6.404/76.

Na última resposta, conforme comentado, o BNDES não tece comentários sobre o que lhe foi perguntado, qual seja, o porquê da utilização dos 120 pregões e não 90, 60 ou 30, e passa a apontar como parâmetro 'a perspectiva de rentabilidade da companhia', que também encontraria respaldo na Lei 6.404/1976, sendo, contudo, um parâmetro muito amplo. O preço praticado realmente se situou entre os valores apontados no *valuation* constante da IP AMC-DEPAC 29/2008, que apontou para uma variação do preço da ação entre R\$ 6,97 e R\$ 9,49 por ação da nova JBS S.A., sem que, no entanto, tenham sido justificados os parâmetros utilizados, bem como apresentado o cálculo realizado, os quais teriam respaldado aqueles valores.

O que se busca entender é porque foi utilizado como parâmetro 120 pregões e não 90, 60 ou 30, pois não há nenhuma referência nos documentos que embasaram a decisão. E também depois de utilizado o parâmetro de 120 pregões, por que o valor de R\$ 7,07, que seria o valor encontrado utilizando-se a data de 15/2/2008? Por que não outra data? A falta de uma justificativa precisa no texto dos documentos que respaldaram a operação, bem como respostas divergentes por parte do BNDES colocam a operação sob dúvidas, as quais o Banco não foi suficientemente capaz de explicar.

A tabela a seguir demonstra os valores obtidos se fossem utilizados outros dias de fevereiro/2008 e também 90, 60 ou 30 pregões anteriores

(Fonte: [https://br.financas.yahoo.com/quote/JBSS3.SA/history?](https://br.financas.yahoo.com/quote/JBSS3.SA/history?period1=1167616800&period2=1230688800&interval=1d&filter=history&frequency=1d)

[period1=1167616800&period2=1230688800&interval=1d&filter=history&frequency=1d](https://br.financas.yahoo.com/quote/JBSS3.SA/history?period1=1167616800&period2=1230688800&interval=1d&filter=history&frequency=1d)) .

Quadro 8 - Média dos preços das ações da JBS S.A.

Data	120 dias	90 dias	60 dias	30 dias
29/02/2008	6,85	6,35	5,86	5,26
28/02/2008	6,87	6,36	5,87	5,24
27/02/2008	6,89	6,37	5,88	5,24
26/02/2008	6,91	6,38	5,89	5,25
25/02/2008	6,94	6,40	5,91	5,27
22/02/2008	6,96	6,42	5,93	5,28

22/02/2008	6,98	6,44	5,96	5,28
21/02/2008	6,98	6,44	5,96	5,28
20/02/2008	7,00	6,46	5,99	5,29
19/02/2008	7,02	6,49	6,02	5,30
18/02/2008	7,05	6,52	6,06	5,32
15/02/2008	7,07	6,55	6,09	5,35
14/02/2008	7,10	6,59	6,13	5,39
13/02/2008	7,14	6,64	6,17	5,44
12/02/2008	7,18	6,67	6,20	5,47
11/02/2008	7,21	6,71	6,23	5,47
08/02/2008	7,24	6,74	6,27	5,48
07/02/2008	7,27	6,78	6,30	5,51
06/02/2008	7,31	6,82	6,35	5,54
01/02/2008	7,34	6,86	6,40	5,56

A tabela mostra que, se o cálculo fosse feito com 90, 60 ou 30 pregões anteriores, os valores encontrados para qualquer data de fevereiro/2008 não se situariam dentro do *valuation* calculado. Ou seja, somente se conseguiria um preço de conversão situado dentro do *valuation* calculado se fosse utilizada a média dos 120 últimos pregões, e, ainda, os valores obtidos só se situariam na faixa do *valuation* em datas anteriores a 21/2/2008, pois as ações da JBS S.A. estavam caindo de preço.

130.1 Não se está aqui rechaçando a importância da utilização do *valuation* como parâmetro para aferir o futuro sucesso ou insucesso do negócio em andamento, mas causa estranheza que o banco venha a aumentar sistematicamente o número de pregões para o cálculo do valor de cada ação, desde o enquadramento até a aprovação do aporte de capital, mesmo estando ciente de que esse procedimento prejudica os interesses do próprio banco, beneficiando, por conseguinte, a JBS S.A., pois quanto menos pregões fossem considerados, menor seria o preço final de aquisição da ação e maior a possibilidade de sucesso da operação para a BNDESPAR.

Em relação ao *valuation*, algumas premissas não foram acompanhadas de evidências que as respaldassem. Nos documentos analisados não consta a indicação de origem das premissas e parâmetros utilizados para o cálculo do valor econômico das empresas envolvidas na operação. Apontamos algumas que foram utilizadas para o cálculo do *valuation* da JBS S.A.

USA:

Receita: Considerou-se preços ajustados pela inflação americana anual projetada. Para os volumes de vendas do **segmento Beef** considerou-se crescimento nulo, em relação a 2007, ao longo do período projetado; para o **segmento de Pork** considerou-se crescimento anual de apenas 0,49% até 2015 e 0% em diante; para o segmento de Lamb projetou-se crescimento nulo ao longo de todo o período projetado; e **para a Austrália crescimento de 1,5%** em 2008 e crescimento nulo para os demais anos.

Custos: Para o **segmento de Beef** considerou-se margem de 1,22% em 2008, 1,96% em 2009 e 2,69% de 2010 em diante; para o **segmento de Pork** projetou-se margem de 4% ao longo de todo o período; para o **segmento de Lamb** margem de 2,84% em 2008, 3,38% em 2009 e 3,72% de 2010 em diante; e **para a Austrália projetou-se margem de 3,5%** para todo o período projetado. (grifei)

Como o BNDES não consegue afirmar com precisão qual foi o paradigma efetivamente utilizado, a melhor opção será dar crédito à utilização, como parâmetro, dos 120 últimos pregões, conforme constou do fato relevante publicado pela JBS S.A., em 11/4/2017, pois, como o próprio BNDES afirmou nos 'Comentários do Gestor' (Peça 27, p. 351-358) :

O mercado de capitais brasileiro adota, à luz do contido nos arts. 4º, inciso IV, e 22, parágrafo 1º, da Lei 6.385/76, bem como no art. 157 da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações) , o princípio do full and fair disclosure ou princípio da transparência, razão **pela qual os fatos relevantes divulgados por companhias abertas** têm o objetivo de eliminar qualquer assimetria de informações entre a companhia, seus acionistas e o público em geral e **se revestem de presunção relativa de veracidade, sendo, dessa forma, dotados de confiabilidade, até que se prove o contrário.** (grifei)

Por fim, instado a enviar a relação de todas as operações, a partir de 2006, envolvendo tanto subscrição e integralização de ações com direito a voto de companhias abertas nacionais ou internacionais, como conversão de debêntures nesse tipo de ação, em valores superiores a R\$ 100.000.000,00, na qual constasse, entre outras informações, a fórmula de definição do preço unitário da ação, o BNDES enviou o documento constante das peças 106 e 107.

Analisando os critérios utilizados nessas aquisições, obtêm-se a tabela a seguir:

Quadro 9 - Critérios de conversão

CRITÉRIO	AQUISIÇÕES	%
<i>Bookbuilding</i>	21	30%
Cláusulas específicas	15	22%
Média de pregões	13	19%

Valor econômico	3	4%
Valor patrimonial	1	1%
Sem informação	9	13%
Outras	7	10%
TOTAL	69	100%

No período analisado, o critério preponderante foi a utilização do *bookbuilding*. A formação de preço pelo mecanismo de *bookbuilding* considera a demanda apresentada pelos investidores (quantidade que cada um deseja comprar) e o preço máximo por ativo que cada um está disposto a pagar. Apura as ofertas de intenções de compra de investidores, auxiliando a companhia na definição da remuneração de valores mobiliários, pois permite que ela tenha

uma melhor percepção das condições do mercado. Ou seja, o *bookbuilding* é o processo pelo qual um coordenador busca determinar o preço de lançamento de uma oferta pública, baseado na demanda de investidores institucionais. Esse processo realiza uma consulta prévia para a definição da remuneração de valores mobiliários ou de eventuais variações (ágio ou deságio) no preço de subscrição. Nos casos em que é adotada a prática de *bookbuilding* pelas instituições intermediárias, a CVM deverá ter analisado todos os documentos necessários ao registro previamente à fixação da remuneração

(Fonte: <http://www.comoinvestir.com.br/debentures/como-negociar/bookbuilding/paginas/default.aspx>) .

O que se destaca na análise é que, quando o critério de aquisição utilizado foi a média dos pregões, essa média nunca superou a marca de noventa pregões. A única vez que foi utilizada a média dos 120 últimos pregões foi nessa operação.

Pelos documentos e justificativas apresentadas, não foi possível comprovar que a decisão de subscrever ações da JBS S.A. pelo preço de R\$ 7,07/ação, com base na média dos 120 últimos pregões, foi respaldada por decisão técnica. As evidências levam a crer que a utilização dos 120 últimos pregões teve o objetivo de situar o preço de conversão dentro do *valuation* calculado, que, repita-se, não teve seu detalhamento e justificação devidamente evidenciados, o que acarretou no pagamento de ágio injustificado sobre o preço das ações.

Sobre a questão do pagamento de ágio, traz-se à colação excerto do parecer do Diretor da 3ª Divisão Técnica da SecexEstataisRJ desta Corte, AUFC Bruno Hartz, exarado no âmbito do TC034.930/2015-9:

7. Do exposto, depreende-se que o ágio é uma ferramenta de convencimento empregada pelo comprador para conseguir fechar o negócio. Trata-se de uma maneira eficiente utilizada pelo adquirente para persuadir os acionistas da empresa alvo a realizar a transação.

8. Certamente, o ágio tem de vir acompanhado de substrato econômico, de maneira a não prejudicar a participação no capital dos sócios minoritários, nos termos do art. 170, § 1º, inciso III, e § 7º da Lei 6.404/1976. Portanto, deve ser comprovado o goodwill - com a demonstração de valorização futura da empresa ou precificação de bens imateriais, como marca, *know how*, carteira de clientes, imagem de mercado - ou a *golden share*, qual seja o conjunto de ações com poderes especiais, como assento nos conselhos de administração e fiscal e poder de veto de determinadas transações.

9. Desta forma, o ágio tem como fundamento possibilitar que o comprador convença o vendedor a alienar sua participação acionária. Em um exemplo simples, mas elucidativo, pode-se vislumbrar como o mesmo negócio pode ser realizado com ágio e sem ágio.

10. Tem-se que o comprador 'X' quer muito adquirir a casa do vendedor 'Y'. Trata-se da antiga residência de família de 'X', que tem valor imaterial relevante para ele. Nas tratativas, apesar de contrariado, 'X' aceita pagar preço superior ao valor justo do imóvel, tendo em vista que, para ele, é muito importante ter o imóvel de volta à família, sendo pertinente pagar montante a maior por aquele patrimônio. Neste caso, 'Y' tem o domínio da negociação e faz valer sua prevalência.

11. A mesma transação, no entanto, pode ser realizada de outra maneira, caso 'Y' queira muito vender a casa, mas não consiga, apelando para o lado sentimental de 'X', cujo imóvel pertenceu à sua família, sendo que este, pessoalmente, não é muito apegado àquela residência. Neste caso, poderia ocorrer até deságio, pois não há valor imaterial a ser acrescentado ao imóvel; pelo contrário, nem o preço justo está convencendo 'X' a comprar a casa. Neste caso, 'X' tem o domínio da negociação e pode fazer valer sua prevalência.

12. De fato, trasladando para a questão em debate, a transação em apreço se aproximaria da segunda situação: a JBS S.A., vendedora da participação acionária, é que tinha total interesse na compra das ações pelo BNDESPAR e não o contrário. Quem tinha, portanto, a prevalência na negociação das condições da transação era o BNDESPAR.

13. Na situação em tela, era a JBS S.A. que necessitava, com premência, para não perder a oportunidade de compra da Swift, de parceiro financeiro com condição de aportar elevado volume de recursos e que aceitasse assumir relevante risco, realizando participação acionária na empresa no lugar de financiamento, tendo em vista o significativo grau de endividamento da companhia de carnes.

14. Sendo assim, dado o flagrante interesse da própria JBS S.A. de realizar a transação, o BNDESPAR não detinha qualquer ônus de convencer a frigorífica a vender suas ações. Portanto, não necessitava, em momento algum, incrementar com ágio o valor das ações a serem adquiridas, pois não precisava persuadir a JBS S.A. a realizar o negócio, o qual era essencial para a expansão comercial da empresa de carnes. Com efeito, o BNDESPAR poderia até realizar a transação com deságio, embora, no presente caso, devesse justificar essa escolha com base no art. 170, § 1º, inciso III, e § 7º da Lei 6.404/1976.

15. **Logo, não há razão alguma para o pagamento de ágio no negócio efetuado, pois não**

há sentido em pagar ágio para comprar ações cujo interesse de transacionar é do vendedor e não do comprador.

16. Em primeiro lugar, repisa-se, foi a JBS S.A. que requereu a ajuda financeira do BNDESPAR. Se o BNDESPAR passaria a ter uma fatia considerável do capital da empresa frigorífica foi porque a própria companhia JBS S.A. estava necessitando de recursos para realizar a aquisição de outra empresa, transação esta que, de outra forma, provavelmente não se concretizaria.

17. Assim, o banco detinha clara vantagem na negociação a ser realizada no presente caso. Por isso, o BNDESPAR deveria conseguir melhores condições para a consolidação de seus interesses e não melhores condições para a concretização do interesse da outra parte.

18. Pode-se dizer, utilizando termo popular largamente conhecido, que o BNDESPAR estava com 'a faca e o queijo na mão', sendo amplamente contrário às práticas de mercado que o banco abandonasse essa condição privilegiada para justamente beneficiar a contraparte.

19. Em segundo lugar, não foi conferido ao BNDESPAR nenhum poder especial, privilégio ou prerrogativa no âmbito da empresa JBS S.A. em razão do pagamento do referido ágio, mas tão somente o direito de opção de venda (p. 11 do Acordo de Investimento 07.6.0067.1, de 3/7/2007) .

20. No entanto, o direito de opção de venda das ações adquiridas pelo BNDESPAR para os controladores da empresa, caso a compra da Swift não fosse efetivada, é inerente ao próprio negócio jurídico em andamento. Afinal, o BNDESPAR apenas disponibilizou os recursos, porque a JBS S.A. adquirir ia a Swift.

21. Ora, se a JBS S.A. não comprasse a Swift, o BNDESPAR estaria dispondo de mais de R\$ 1 bilhão de recursos públicos em favor da empresa de carnes sem qualquer contrapartida de pretensão interesse público. Logo, o direito de opção de vendas não constitui privilégio do banco, mas consequência natural do não atingimento dos objetivos que motivaram a existência da própria operação.

22. No que tange à adesão dos minoritários, saliente-se que a própria participação do BNDES no negócio sinaliza para o mercado que os cofres públicos, fonte robusta de recursos, estão disponíveis para o financiamento do crescimento da empresa JBS S.A. Este fator, somado à política governamental de formação de grandes *players* brasileiros no mercado internacional, são evidentes mitigadores de risco para os demais agentes do mercado com intenção de investir na empresa de carnes.

23. O investidor quer ganhar dinheiro. E o Estado é um parceiro inestimável para a concretização de grandes negócios, por ser fonte praticamente inesgotável de recursos. Se o Estado entra no negócio, raciocina o investidor, então não faltará dinheiro para os projetos mais relevantes da empresa investida e nem faltará numerário para evitar que a transação fracasse.

24. Tal fato é tão verdadeiro que, por exemplo, para não perder o investimento realizado

no montante de R\$ 2,5 bilhões na empresa Bertin, o BNDESPAR injetou mais R\$ 3,478 bilhões na JBS S.A. em 29/12/2009, 5/2/2010 e 12/2/2010, de maneira a possibilitar, além da aquisição da Pilgrim' s, a incorporação da deficitária Bertin, evitando um enorme prejuízo ao banco.

25. Na participação acionária objeto destes autos, foram compradas 139.470.610 ações com ágio de R\$ 0,50 cada, resultando em prejuízo apurado para os cofres do BNDESPAR no valor de R\$ 69.735.305,00 (Nota AF/DEPCO 23/2014, de 7/10/2014) .

26. Neste ponto, importa destacar que o art. 153 da Lei 6.404/1076 assevera que 'o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios'.

27. Sendo assim, não seria razoável esperar que os administradores do BNDESPAR, caso fossem os proprietários dos recursos necessários para realizar a referida transação, propusessem o pagamento de ágio em negócio cujo interesse de realização fosse da empresa investida. Pelo contrário, tendo em vista a vantagem obtida, dada a crucial dependência de recursos da companhia investida, negociariam condições ainda mais benéficas ao banco. (grifei)

Concluindo, a utilização não justificada dos 120 últimos pregões da JBS S.A. para integrarem a amostra a ser utilizada no cálculo do valor da ação a ser adquirida resultou na escolha de um parâmetro que favorecia aquela empresa em detrimento dos interesses do BNDES. Tal escolha levou o BNDES, ao fazer a conversão dos recursos investidos em ações, a um prejuízo estimado de R\$ 163,5 milhões, equivalentes a aproximadamente 27,67 milhões de ações da JBS S.A., já que nessa operação o valor médio da ação nos últimos 90 pregões, estimado na instrução de enquadramento da operação como o valor superior de aquisição das ações, foi substituído pelo valor médio da ação nos últimos 120 pregões, valor este mais elevado.

Responsabilização

As informações presentes nos autos e as análises realizadas apontam para a existência de indícios de favorecimento à JBS S.A. na escolha do parâmetro que seria utilizado para a conversão dos recursos que seriam investidos naquela empresa em ações, em detrimento dos interesses do BNDES.

Responsáveis:

1.45. Em consonância com os parágrafos anteriores, os responsáveis são qualificados no quadro a seguir:

Nome	CPF/CNPJ	Cargo	Função à época
Luciano Galvão Coutinho	636.831.808-20		Diretor-presidente

Armando Mariante Carvalho Junior	178.232.937-49	Diretor
Eduardo Rath Fingerl	373.178.147-68	Diretor
Elvio Lima Gaspar	626.107.917-04	Diretor
João Carlos Ferraz	230.790.376-34	Diretor
Mauricio Borges Lemos	165.644.566-20	Diretor
Wagner Bittencourt de Oliveira	337.026.597-49	Diretor
Fabio Sotelino da Rocha	550.305.807-00	Superintendente AMC
Caio Marcelo de Medeiros Melo	376.763.691-34	Chefe de Departamento AMC/DEPAC
Jorge Luiz Sozzi de Moraes	238.880.407-87	Chefe de Departamento AMC/DEJUMC
Jorge Eduardo Martins Moraes	550.770.307-82	Gerente AMC/DEPAC
Maria de Lourdes C. de Albuquerque	126.779.144-68	Gerente AMC/DEJUMC
Marcio Duarte de Medeiros	070.768.147-22	Engenheiro AMC/DEPAC
Ramom Dantas Rotta	220.871.978-65	Advogado AMC/DEJUMC

Conduta:

1.46. Os Srs. Eduardo Rath Fingerl, Fabio Sotelino da Rocha, Caio Marcelo de Medeiros Melo, Jorge Luiz Sozzi de Moraes, Jorge Eduardo Martins Moraes, Maria de Lourdes C. de Albuquerque, Marcio Duarte de Medeiros e Ramom Dantas Rotta emitiram, mediante a Instrução Padronizada IP AMC-DEPAC 29/2008, proposta de capitalização da JBS S.A., com aumento de seu capital social por meio da subscrição de ações ao valor nominal unitário de R\$ 7,07 (sete reais e sete centavos) , empregando-se a média dos 120 últimos pregões daquela empresa na Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA como parâmetro para o cálculo

do valor nominal da ação, referencial este que não é utilizado pelo banco, conforme se depreende de todas as operações de valor superior a R\$ 100 milhões realizadas pela BNDESPAR desde 2006, devendo-se ressaltar que restava consignado, no relatório de enquadramento, que havia negociação de compra das ações pelo 'preço médio de mercado entre as 30 e 90 últimas cotações, ou seja, entre R\$ 5,09 e R\$ 5,90 por ação', acarretando perda financeira de R\$ 163.511.852,40, no mínimo.

1.47. Por seu turno, os diretores, Srs. Luciano Galvão Coutinho, Armando Mariante Carvalho Junior, Eduardo Rath Fingerl, Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Mauricio Borges Lemos e Wagner Bittencourt de Oliveira, aprovaram, por unanimidade, mediante a Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, a realização de aporte de capital na JBS S.A., com aumento de seu capital social por meio da subscrição de ações ao valor nominal unitário de R\$ 7,07 (sete reais e sete centavos), empregando-se a média dos 120 últimos pregões daquela empresa na Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA como parâmetro para o cálculo do valor nominal da ação, referencial este que não é utilizado pelo banco, conforme se depreende de

todas as operações de valor superior a R\$ 100 milhões realizadas pela BNDESPAR desde 2006, devendo-se ressaltar que restava consignado, no relatório de enquadramento, que havia negociação de compra das ações pelo 'preço médio de mercado entre as 30 e 90 últimas cotações, ou seja, entre R\$ 5,09 e R\$ 5,90 por ação', acarretando perda financeira estimada de R\$ 163.511.852,40, no mínimo.

Nexo causal:

1.48. A proposta de realização de aporte de recursos na JBS S.A., com aumento de seu capital social por meio da subscrição de ações ao valor nominal unitário de R\$ 7,07 (sete reais e sete centavos), valor resultante da aplicação da média dos 120 últimos pregões daquela empresa na Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA, contida na IP AMC-DEPAC 29/2008, consumada na Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, resultou em favorecimento à JBS S.A., em detrimento dos interesses do BNDES, que deixou de receber 27,67 milhões de ações da JBS S.A., caso o parâmetro utilizado tivesse sido a média dos últimos 90 pregões daquela empresa na Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA.

Culpabilidade:

1.49. É razoável afirmar-se que era possível aos responsáveis ter consciência da ilicitude do ato que praticaram e que era exigível conduta diversa daquela que adotaram, consideradas as circunstâncias que os cercavam, pois deveriam ter analisado as condições da operação com o cuidado e a diligência que o homem médio costuma empregar na administração dos seus próprios negócios, conforme arts. 153; 154, § 2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76.

Encaminhamento

Entende-se cabível a realização de citação dos responsáveis acerca dos indícios de irregularidades apontados.

O BNDESPAR, por meio de sucessivos aditivos, permitiu que recursos seus no montante de R\$ 615 milhões, aportados à JBS S.A. especificamente para aquisição da National Beef, não utilizados na finalidade pactuada, permanecessem na posse da JBS S.A. sem finalidade específica (item IV, indício 5)

Situação encontrada

Após a aprovação da operação pelo BNDES, a JBS S.A. realizou oferta privada de ações. A BNDESPAR subscreveu e integralizou 47.421.190 ações diretamente e 92.332.530 ações via Fundo Prot (Nota AF/DEPCO 23/2014 - peça 22, p. 1) .

Como a BNDESPAR adquiriu 44,96% das quotas do Fundo Prot, sua participação indireta na JBS S.A. foi de 6,43%. Ao final, a soma das participações direta e indireta do Banco Público no capital da Companhia alcançou 19,42%.

Na carta consulta enviada pela JBS S.A. solicitando o apoio financeiro da BNDESPAR na operação realizada em 2008, a empresa frigorífica menciona a necessidade de aporte de recursos para fazer frente à aquisição em curso das empresas americanas Smithfield e National Beef, respectivamente a 5ª e a 4ª maior empresa em capacidade de abate dos Estados Unidos da América (peça 21, p. 26-27) .

Para oficializar a operação, foram celebrados o acordo de investimento, o contrato de opção de venda de ações e outras avenças e o acordo de acionistas, que condicionaram a realização do aumento de capital à aplicação dos recursos em investimento a ser realizado nas empresas Smithfield Beef Group, no valor total de aproximadamente US\$ 565 milhões, que abarcava sua subsidiária, Five Rivers Ranch Cattle Feeding, e National Beef Packing Company, no valor total de aproximadamente US\$ 970 milhões (p. 5 do acordo de investimento, p. 5 do contrato de opção de venda de ações e outras avenças e p. 5 do acordo de acionistas - peça 6, p. 16, 35; e peça 7, p. 17) .

O contrato de compra e venda de ações e outras avenças estipulava a opção de venda aos controladores da JBS S.A. das ações adquiridas pela BNDESPAR em razão da operação, caso as autoridades antitruste americanas rejeitassem uma ou ambas as aquisições, sendo o valor da referida venda proporcional ao montante investido no aumento de capital social da JBS S.A. em relação ao valor da aquisição, que tenha sido integralmente rejeitada pela autoridade antitruste (p. 6 e 7 do contrato de opção de venda - peça 6, p. 17-18) .

Quando as autoridades antitruste americanas sinalizaram que seria rejeitada a compra da National Beef, a própria BNDESPAR propôs a celebração de aditivo ao contrato de opção de venda de ações e outras avenças, visando a estender o prazo de opção de venda por mais doze meses, pois o item 2.3 do texto original do referido contrato previa o exercício da opção em dez dias úteis a partir da comunicação da negativa da aquisição da empresa, que havia se dado em 20/10/2008 (p. 7 do contrato de opção de venda de ações e outras avenças - peça 6, p. 18 - e IP AMC/DEPAC 142/2008, de 27/10/2008 - peça 7, p. 34) .

Foi firmado então um aditivo em 28/10/2008, no qual ficou acordado que, se não fosse

finalizado o processo de aprovação da aquisição da National Beef no prazo de um ano a partir daquela data, a BNDESPAR poderia, em quinze dias úteis, exercer a opção de venda, fixando-se então a data final para a aprovação da operação pelas autoridades americanas em 28/10/2009 (p. 5 do 1º aditivo ao contrato de opção de venda e outras avenças - peça 7, p. 50).

No entanto, se a decisão negativa definitiva dos órgãos antitruste americanos fosse emitida antes do referido prazo de um ano, a mencionada opção poderia ser realizada em quinze dias úteis a partir da comunicação da impossibilidade de aquisição da National Beef (peça 7, p. 50).

Na hipótese de aprovação parcial da compra da National Beef, a BNDESPAR ainda se reservava o direito de realizar a opção de venda em valor proporcional ao efetivamente investido (p. 6 do 1º aditivo ao contrato de opção de venda - peça 7, p. 51).

Todavia, quando a JBS S.A. emitiu fato relevante, em 20/2/2009, informando ter desistido da aquisição da National Beef, a BNDESPAR resolveu formalizar um segundo termo aditivo para

estender até o dia 17/4/2009 o prazo de decisão de exercer a opção de venda de 29.966.485 ações pertencentes à BNDESPAR e 129.774.689 ações pertencentes ao Fundo FIP-Prot ao preço de aquisição (R\$ 7,07) corrigido pelo CDI, sob a alegação de que o exercício da opção naquele momento de crise financeira mundial, em que havia restrições de liquidez no setor de carnes, poderia piorar a percepção de risco em investir na JBS S.A., redundando em perda do valor das ações da empresa. Por outro lado, manter o numerário da BNDESPAR investido na JBS S.A. melhoraria o caixa da empresa e manteria reduzida sua alavancagem (p. 5 e 6 da IP AMC-DEPAC 033/2009 - peça 8, p. 59-60, e p. 5 do 2º aditivo ao contrato de opção de venda e outras avenças peça 8, p. 67-71).

Com os mesmos argumentos, posteriormente, a IP AMC-DEPAC 060/2009 propõe a prorrogação do prazo em questão até a data de 28/7/2010, condicionando a não realização da opção à aquisição de uma ou mais empresas do mesmo ramo econômico da JBS S.A. no valor de aproximadamente US\$ 800,6 milhões. Caso a compra não fosse efetuada naquele prazo determinado, haveria a possibilidade de exercício da opção de venda de 24.733.163 ações pertencentes à BNDESPAR e 107.110.944 ações pertencentes ao Fundo PIP-Prot, quantitativo este divergente do especificado na IP AMC-DEPAC 33/2009, sob o argumento de que a compra da Tasman Group Australia deve ser considerada no abatimento do valor da opção (p. 6 e 7 da IP AMC-DEPAC 060/2009 - peça 8, p. 78-79).

Também ficou estabelecido que, caso não fosse despendido o valor integral de US\$ 800,6 milhões na aquisição de outras empresas do setor, mas um montante inferior, a opção de venda se realizaria, levando em consideração quantitativo menor de ações, proporcional ao valor não efetivamente utilizado, conforme já constava das avenças anteriores (p. 8 da IP AMC-DEPAC 060/2009 - peça 8, p. 80).

Desta forma, o 3º aditivo passou para o dia 28/7/2010 o vencimento do prazo de compra de outras empresas pela JBS S.A., para o dia 28/8/2010 o fim do prazo de exercício da opção de venda pela BNDESPAR e para o dia 28/10/2010 o efetivo pagamento do valor equivalente às

ações à venda (p. 8 da IP AMC-DEPAC 060/2009 - peça 8, p. 80, e p. 7 do 3º aditivo ao contrato de opção de venda e outras avenças - peça 8, p. 86-96) .

Posteriormente, a aquisição pela JBS S.A. da empresa americana Pilgrim' s Pride Corporation e a associação da JBS S.A. com a empresa Bertin S.A. (objeto de novo projeto de investimento do banco na JBS S.A., em 2009) foram consideradas pelo BNDES como sendo suficientes para o banco entender que a JBS S.A. teria cumprido a obrigação prevista no referido contrato de opção de adquirir outras companhias no valor total de US\$ 800,6 milhões, sendo desnecessário o exercício de opção de venda (p. 102 do Relatório de Análise da Operação 2.231.068.0001 - peça 14, p. 103) .

A operação de subscrição de debêntures da JBS S.A. pela BNDESPAR, no valor total de R\$ 3.477.567.913,60 (operação 2.231.068.0001) , está sendo analisada no âmbito do TC034.932/2015-1, mas o fato é que ela foi estruturada sob o argumento de apoiar a compra da Pilgrim' s e a associação com a Bertin (Relatório de Análise da Operação 2.231.068.0001 -

Peça 14) , nada tendo a ver com o contrato celebrado entre o BNDES e a JBS S.A. para a aquisição da National Beef Packing Co. e da Smithfield Beef Group.

Análise:

Conforme já apontado anteriormente, uma das principais causas que levou o BNDES à situação ora em comento foi uma análise bastante precária da possibilidade de reprovação pelas autoridades americanas da operação de aquisição das gigantes americanas National Foods e Smithfield, o que a tornaria a maior empresa de carnes do mundo e concentraria em apenas três empresas o mercado de carnes americano. As três maiores ficariam com cerca de 89% do mercado de carnes americano. Não foi realizado nenhum estudo mais detalhado pelo BNDES sobre como se desenvolveria o processo dessa autorização no âmbito do sistema americano e quais seriam as dificuldades que teriam que ser transpostas. Muito menos se avaliou o decurso de tempo em que se daria a transação, não havendo menção a prazos relacionados com processos anteriores semelhantes à operação que se pretendia realizar. Tal fato é admitido pelos técnicos responsáveis pela elaboração da IP AMC/DEPAC 142/2008, de 27/10/2008, que respaldou a celebração do 1º termo aditivo, conforme a seguir transcrito (peça 6, p. 82) :

Conforme alegações da JBS, o processo de obtenção de aprovação da aquisição da National Beef possui fases administrativa e judicial **que não estavam claramente definidas e contempladas no Contrato de Opção**.

Ainda entende a JBS, conforme a definição em vigor nas cláusulas 2.2 e 2.2.1 do Contrato de Opção, não ser líquido e certo que a queixa, pelo 'DOJ', na Corte do Distrito Federal dos Estados Unidos em Chicago, em objeção à aquisição da National Beef, implique a rejeição integral da Aquisição pelo DOJ e, conseqüentemente, o início do prazo para exercício da opção de venda previsto na cláusula 2.3.

Por fim. entende que o processo de obtenção de aprovação da aquisição da National Beef

pela JBS **passa atualmente por uma fase de discussão judicial**, mas ainda não está definitivamente concluído, e que, **conforme avaliação da JBS**, o desfecho do processo deve demorar mais alguns meses. (grifei)

Note-se que mais uma vez é a JBS S.A. que está comandando o processo, prestando informações aos técnicos daquele banco. Tal situação já foi apontada quando da análise da Instrução Conjunta AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008 e da IP AMC-DEPAC 29/2008, documentos elaborados pelos técnicos do BNDES considerando documentos e informações prestadas pela JBS S.A., dias antes da aprovação da operação.

Como não houve a priori uma análise pormenorizada pelo BNDES de como se daria o processo de autorização, foi celebrado um termo de opção após a autorização da operação pela Diretoria, em que não estavam claramente definidas e contempladas as fases administrativa e judicial do processo de obtenção de aprovação da operação.

Não se veem, nas análises efetuadas tanto na Instrução Conjunta AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008 como na IP AMC-DEPAC 29/2008, comentários detalhados sobre o risco da não aprovação dessa operação pelas autoridades antitruste americanas.

A Instrução Conjunta AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, quando comenta a estratégia da JBS S.A., menciona que 'Essa aquisição não seria permitida pelo órgão norte-americano que regula a concorrência caso a primeira e a segunda maiores tentassem a compra, o que reduz o número de interessados' (peça 4, p. 14) . Neste mesmo documento, os técnicos do BNDES apontam como forte atrativo: 'A expectativa é de que os maiores *players* do país ajustem sua produção trazendo as margens de volta à normalidade. As aquisições objeto do atual projeto facilitarão este ajuste, na medida em que os 'três maiores' passarão a deter 89% do mercado'.

Já na IP AMC-DEPAC 29/2008 são encontradas também poucas menções ao assunto, como:

A fatia de mercado das 4 maiores processadoras de carne bovina dos EUA vem aumentando ao longo dos anos, sendo que após a atual aquisição da JBS, ficarão somente três grandes (JBS, Tyson, Cargill) com 89% do mercado, sendo que a JBS com 36% do *market share* (peça 4, p. 34) .

Desde 2003, em função da vaca louca, ocorreu uma forte queda nas margens e uma desorganização do setor, conforme gráfico anterior. **Com a reorganização do setor, entende-se que será possível a recuperação das margens** (peça 4, p. 36) .

A expectativa é de que os maiores *players* do país ajustem sua produção trazendo as margens de volta à normalidade. As aquisições objeto do atual projeto facilitarão este ajuste, na medida em que os 'três maiores' passarão a deter 89% do mercado (peça 4, p. 43) .

Possíveis problemas com órgãos antitruste americanos (peça 4, p. 55) (grifei)

Ou seja, apesar de comentários bastante superficiais nos documentos que respaldaram a operação sobre a questão, os técnicos sabiam da dificuldade que a operação teria para ser aprovada, pois concentraria o mercado, e assim as três maiores empresas poderiam 'ditar' o preço, recompondo suas margens, o que certamente seria combatido pelo órgão americano antitruste.

Assim, se coloca a seguinte indagação: o que levou os técnicos e a alta administração do BNDES a acreditarem que as autoridades americanas autorizariam a JBS S.A. a fazer uma operação que concentraria o mercado e colocaria o poder de ditar o preço dos produtos na esfera de influência de apenas três empresas que deteriam 89% do mercado?

Pelos documentos oficiais apresentados pelo BNDES, conclui-se que o respaldo, tanto para a realização da operação como para a celebração do 1º aditivo ao contrato de opção de venda, prorrogando por um ano o exercício da opção de venda no caso da não aprovação da operação pelas autoridades americanas, foram as informações prestadas pela JBS S.A., principal interessada no negócio. Especificamente com relação ao 1º termo aditivo, seria

bastante interessante para a JBS S.A. manter no seu caixa US\$ 970 milhões. Quanto mais a empresa pudesse adiar a devolução desses recursos, melhor seria para ela.

Em resposta ao Ofício 0680/2015-TCU/SecexEstatais/RJ, de 19/10/2015, que encaminhou a versão preliminar do relatório referente ao processo TC007.527/2014-4, o BNDES, por meio da Nota AMC/DEPAR 46/2015, teceu seus comentários e concluiu sobre o não exercício da Opção de Venda na ocasião do 1º Aditivo da seguinte forma (peça 27, p. 313-314) :

Assim, as motivações que levaram a BNDESPAR a celebrar o primeiro aditivo ao contrato de opção de venda foram:

A preservação do interesse em se atingir o **objetivo do projeto** concluído, qual seja, a internacionalização da JBS S.A. por meio da **aquisição de determinadas companhias de origem norte-americana**, ainda que em prazo superior ao originalmente previsto; (grifei)

O atraso para a conclusão das operações deveu-se a fatores estritamente exógenos à JBS, fatores esses relacionados a uma maior demora das autoridades antitrustes norte-americanas para finalizar a análise das consequências concorrenciais da aquisição da National Beef pela JBS.

O que se constata é que o BNDES não fez por conta própria uma avaliação da probabilidade de insucesso da operação inicial, muito menos da continuidade de se manter na operação após a primeira sinalização de que as autoridades americanas não autorizariam a operação. Os documentos apontam para uma grande influência da JBS S.A. em todo o processo, que deveria ter sido respaldado por informações produzidas pelos seus técnicos e não por informações fornecidas pelo principal interessado na operação.

Vale ressaltar que, apesar de se considerar que o BNDES não deu a devida atenção à questão da necessidade de autorização das autoridades americanas para a realização da operação, foi celebrado instrumento que protegia os interesses do BNDES no caso do insucesso da

operação, qual seja, o contrato de opção de venda. Contrato este que foi sucessivamente alterado em favor de se manterem os recursos em poder da JBS S.A. por grande período de tempo. Ressalte-se que são recursos subsidiados pelo tesouro nacional, de custo elevado para a sociedade e nenhum custo para a empresa, o que constitui uma grande vantagem competitiva, tendo em vista as taxas de mercado praticadas no Brasil.

Na análise da IP AMC/DEPAC 142/2008 de 27/10/2008 (peça 7) , que respaldou a celebração do 1º termo aditivo prorrogando, em um ano a partir daquela data, o direito de a BNDESPAR exercer a opção de venda caso as autoridades confirmassem a não autorização da operação, não se vê nenhuma referência de consulta ao departamento jurídico do BNDES ou à consultoria externa. A experiência que temos em trabalhos realizados em outros órgãos públicos como a Petrobras, que têm negócios no exterior, é que essas empresas geralmente contratam escritórios nos países em que serão feitas as operações, para lhes aconselharem sobre as decisões que serão tomadas. As legislações são complexas e geralmente os departamentos jurídicos das empresas estatais não têm profundo conhecimento sobre a

legislação específica de assuntos jurídicos de outros países. É natural, quando se procura resguardar os interesses de uma empresa, consultar profissionais especializados para assessorar o corpo técnico próprio da empresa. Não há nenhuma evidência de que o corpo jurídico do BNDES tenha emitido qualquer parecer sobre o assunto. Também não há nenhuma evidência de que o BNDES tenha consultado escritório nos EUA para assessorá-lo no assunto até a data da celebração do 1º termo aditivo.

Assim, sem parecer do corpo jurídico interno e também sem assessoramento externo especializado, foi acatado o parecer do Relator baseado na IP AMC/DEPAC 142/2008, de 27/10/2008, tendo sido proferida a Decisão de Diretoria 118/BNDESPAR, que autorizou a celebração, em 28/10/2008, do 1º termo aditivo, no qual ficou acordado que, se não fosse finalizado o processo de aprovação da aquisição da National Beef no prazo de um ano a partir daquela data, a BNDESPAR poderia, em quinze dias úteis, exercer a opção de venda (p. 5 do 1º aditivo ao contrato de opção de venda e outras avenças - peça 87, p. 50) .

No parágrafo 51 desta instrução, já foi abordada a questão da necessidade da emissão de um parecer jurídico sobre a questão da aprovação da operação pelas autoridades antitruste americanas. Entende-se que, ao encontrar a primeira barreira para a realização do negócio, o BNDES deveria ter procurado assessoria nos EUA sobre o assunto. Questionado sobre esse ponto, o BNDES enviou, por meio do Ofício AT - 084/2017, de 20/4/2017, a Nota Técnica AMC/DEPAC1 20/17 (peça 90) , na qual, além de mais uma vez afirmar que não existia normativo que obrigasse a elaboração de um parecer jurídico sobre a operação, informa que:

É fundamental, todavia, esclarecer que o Sistema BNDES (incluindo, portanto, as operações realizadas pela BNDESPAR) , via de regra, não adota a terceirização de serviços jurídicos, ressalvados determinados casos específicos (incluindo por exemplo, casos de conflito de interesses) , ficando a cargo de seu jurídico interno as análises, pareceres, elaboração de contratos e demais assuntos de natureza jurídica referentes às operações realizadas pelo Sistema.

E, conforme a seguir transcrito, ainda apresenta, para respaldar sua conduta, o Acórdão 622/2008-TCU-Plenário, que, em sua interpretação, vedaria a contratação ora julgada necessária (peça 90, p. 2-3) :

Tal realidade, inclusive visa também a atender à jurisprudência deste Tribunal de Contas, no sentido de que a contratação de advogados externos **só se justificaria em circunstâncias muito excepcionais, em que o serviço a ser prestado, além de específico, singular e complexo, não deveria estar ligado à finalidade da entidade** (no caso, a BNDESPAR) .

(...)

Adicionalmente, é também entendimento deste Tribunal que a eventual necessidade de contratação, excepcional, de tais serviços jurídicos externos deve seguir **o juízo de oportunidade e conveniência do próprio administrador**. (grifei)

O próprio BNDES apresenta as justificativas que respaldariam a contratação de um escritório nos EUA para assessorá-lo. Conforme as partes grifadas no texto, a situação era excepcional, complexa e não fazia parte das ações cotidianas do seu departamento jurídico. O BNDES, não obstante o insucesso da operação, tenta fazer parecer que a transformação da JBS USA na maior produtora de carnes do mercado americano, a qual, juntamente com outras duas empresas americanas, deteria 89% do mercado, seria uma operação corriqueira. Deveriam não só os técnicos do BNDES, mas também a diretoria, ter avaliado que seria oportuna e conveniente a contratação de um escritório para assessorá-los na análise da questão.

178.1 Ademais, não necessariamente o custo deste parecer jurídico recairia sobre o BNDES, pois essa contratação, se julgada necessária pelo BNDES, poderia ser realizada pela própria JBS, sendo imposta como condição para a realização da operação.

Prosseguindo, não há na documentação analisada nenhuma explicação para o fato de se ter concedido mais um ano para o deslinde da questão, se o contrato de aquisição celebrado entre a JBS S.A. e a National Beef (Membership Interest Purchase Agreement - peça 7, p. 59) tinha como prazo final de validade o dia 23/2/2009, ou seja, sete meses antes da data final estabelecida no 1º termo aditivo. Mais uma vez, observa-se a inclusão de cláusulas que poderiam propiciar a manutenção dos recursos em questão sob a administração da JBS S.A., ainda que fosse preciso um novo aditivo ao contrato.

O referido 1º aditivo, a exemplo do contrato inicial, estabeleceu condições para o exercício da opção de venda, prevendo que, se a decisão negativa definitiva dos órgãos antitruste americanos fosse emitida antes do referido prazo de um ano, a mencionada opção poderia ser realizada em quinze dias úteis a partir da comunicação da impossibilidade de aquisição da National Beef (peça 7, p. 50) . Na hipótese de aprovação parcial da compra da National Beef, a BNDESPAR ainda se reservava o direito de realizar a opção de venda em valor proporcional ao efetivamente investido (p. 6 do 1º aditivo ao contrato de opção de venda - peça 7, p. 51) .

Passados alguns meses, a JBS S.A. emitiu tato relevante (peça 8, p. 64) , em 20/2/2009, informando ter desistido da aquisição da National Beef. Em face desse comunicado e considerando as cláusulas do termo de opção, o BNDES, por meio da Decisão de Diretoria 14/2009 - BNDESPAR (peça 8, p. 67-72) , de 10/3/2009, resolveu formalizar um 2º termo aditivo para estender até o dia 17/4/2009 o prazo de decisão de exercer a opção de venda das ações pertencentes à BNDESPAR e ao Fundo FIP-Prot, sob a alegação de que o exercício da opção naquele momento de crise financeira mundial, em que havia restrições de liquidez no setor de carnes, poderia piorar a percepção de risco em investir na JBS S.A., redundando em perda do valor das ações da empresa. Adicionalmente, foi apontado que manter o numerário da BNDESPAR investido na JBS S.A. melhoraria o caixa da empresa e manteria reduzida sua alavancagem. O respaldo para tal decisão foi a IP AMC-DEPAC 033/2009 (peça 8, p. 55-65) , que foi elaborada em 9/3/2009, ou seja, na véspera da reunião de Diretoria que aprovou o 2º aditivo (peça 10, p. 1-9) .

181.1 Em primeiro lugar, há de se realizar uma crítica à justificativa apresentada, pois a falta de liquidez era ampla e irrestrita à época, não se limitando ao setor de carnes. Além disso, com efeito, a referida ausência de liquidez não pode ser alegada para o referido frigorífico, que, em meio à crise mundial, no âmbito da qual havia enormes dificuldades de obtenção de crédito no mercado financeiro, logrou receber da BNDEPAR mais de R\$ 8 bilhões em participações acionárias, com custo zero para JBS, por consequência. Este volume considerável de recursos públicos representou uma vantagem competitiva tão acentuada na época, que tornou a empresa frigorífica a maior do mundo em seu setor.

Ademais, a operação que foi constituída com o objetivo de internacionalizar a JBS S.A. por meio da aquisição da 4ª e 5ª empresas norte-americanas, o que lhe proporcionaria a captação e transferência de tecnologia de ponta, a diversificação de sua base produtiva no mercado americano, a normalização do mercado americano de carne bovina, tornando-a a maior empresa de carnes do mundo, desfigurou-se para se tornar uma operação com o objetivo de proteger a JBS S.A. da crise financeira mundial, preservando os acionistas de uma possível destruição de valor da empresa.

182.1 Neste ponto, cabe outra reflexão, pois, se o investimento era voltado para a compra da National Beef, então, após a transação, caso fosse bem sucedida, certamente não haveria valor em caixa do montante despendido na aquisição em apreço. Então, a JBS se encontraria em situação financeira frágil, caso a compra se concretizasse? Este fato deveria ter sido objeto de análise pelo banco antes da operação, comprovando-se, mais uma vez, a precariedade do exame efetuado pela BNDESPAR por ocasião da aprovação da participação acionária empreendida.

O fato é que a JBS S.A. não se preparou financeiramente para o insucesso da operação de aquisição da National Beef (ou mesmo para o sucesso, como acentuado acima) , transferindo o problema para os demais sócios da operação. O BNDES também não se preparou para o insucesso da operação. No corpo da IP AMC-DEPAC 033/2009, que respaldou a celebração do 2º aditivo, consta que:

Ocorre que dada a complexidade do tema e os divergentes interesses das partes envolvidas (BNDESPAR, cotistas do FIP-Prot e controladores da JBS) , havendo prazo exíguo para o exercício da opção de venda em tela, **entendemos ser necessário um prazo maior para a construção de uma solução juridicamente sólida e com boa fundamentação técnica, a ser negociada entre as partes nos próximos dias.** (grifei)

O BNDES enviou no anexo e.1.2 o formulário 10-K (peça 96) . O formulário 10-K, conforme anteriormente citado, é um relatório anual exigido pela Securities and Exchange Commission (SEC) dos EUA, que fornece um resumo abrangente do desempenho financeiro de uma empresa. O formulário 10-K inclui informações como história da empresa, estrutura organizacional, remuneração de executivos, patrimônio, subsidiárias e demonstrações financeiras auditadas, entre outras informações. O formulário 10-K, bem como outros documentos da SEC, podem ser pesquisados no banco de dados EDGAR no site da SEC. (Fonte: https://translate.google.com.br/translate?hl=ptBR&sl=en&u=https://en.wikipedia.org/wiki/Form_10-K&prev=search, acessado em 30/3/2017) .

O formulário 10-K enviado pelo BNDES foi emitido em 8/7/2016 e se refere ao exercício fiscal encerrado em 30/8/2008. Não há nenhuma evidência de que esse relatório ou mesmo o referente ao exercício anterior, que seria mais apropriado para a análise da operação que seria realizada em março/2008, tenha servido de base para a análise da operação e dos aditivos que seriam celebrados.

Neste documento, existe uma seção que discorre sobre os riscos inerentes ao negócio. Nela está bem claro que existia um grande risco de a operação não ser aprovada, conforme se observa do texto a seguir transcrito (peça 96, p.10) .

A transação proposta está sujeita à exigência da Lei de Melhorias Antitruste Hart-Scott-Rodino de 1976 (Lei HSR) , e as regras e regulamentos promulgados sob o mesmo, que preveem que algumas transações de aquisição não podem ser concluídas até que as informações necessárias tenham sido fornecidas para a Comissão Federal de Comércio (FTC) e para a divisão antitruste do Departamento de Justiça, e até que o período de espera tenha sido encerrado ou tenha expirado.

A JBS e a NBP apresentaram as notificações necessárias da Lei HSR à Divisão antitruste, à FTC e às jurisdições estrangeiras aplicáveis o mais rapidamente possível após a aprovação da transação proposta pelos membros da US Premium Beef e pelos acionistas da JBS.

O Departamento de Justiça, juntamente com os procuradores-gerais de estado de dezessete estados, entrou com um processo antitruste civil em 20 de outubro de 2008 no Tribunal do Distrito de Washington para o Distrito Norte de Illinois buscando uma liminar contra a proposta de aquisição da NBP pela JBS.

Um processo semelhante foi apresentado em 13 de novembro de 2008 no mesmo tribunal pela R-CALF e OCM. **Enquanto NBP pretende contestar vigorosamente estas tentativas de bloquear a aquisição, não pode haver garantia de que a NBP terá sucesso.** (grifei)

Era de se esperar que um banco do porte do BNDES deveria, desde 28/10/2008, quando foi celebrado o 1º termo aditivo, já estar se preparando para um eventual insucesso da operação, o que não ocorreu. A citada 'construção de uma solução juridicamente sólida e com boa fundamentação' já deveria estar sendo arquitetada há quatro meses antes, quando houve a sinalização de que as autoridades americanas não aprovariam a operação e a questão foi judicializada. Já existiam sinais no mercado de que dificilmente a operação seria autorizada, como o formulário 10-K.

Também em resposta ao Ofício 0680/2015-TCU/SecexEstatais/RJ, de 19/10/2015, que encaminhou a versão preliminar do relatório referente ao processo TC007.527/2014-4, o BNDES, por meio da Nota AMC/DEPAR 46/2015 (peça 27), teceu seus comentários e concluiu sobre a celebração do 2º Aditivo da seguinte forma:

O 2º Aditivo teve por finalidade meramente conceder alguns dias para que a BNDESPAR e a JBS pudessem analisar a situação, em virtude do prazo exíguo previsto contratualmente para o efetivo exercício da opção de venda. Novamente, sempre foi interesse da BNDESPAR o atendimento, pela empresa investida, do objetivo primário do contrato, qual seja, sua internacionalização e a consolidação no setor de proteína animal, sendo a *put* um mecanismo de proteção para a BNDESPAR no sentido de preservar esse interesse primário. **Postergar por alguns dias o exercício da *put*, de forma a permitir uma análise mais pormenorizada das alternativas disponíveis para o atingimento desse objetivo principal,** era a ação mais adequada na ocasião e demonstra atitude diligente em relação aos recursos públicos uma vez que preservou integralmente o direito de opção de venda detido pela BNDESPAR, nas exatas mesmas condições pactuadas originalmente. (grifei)

Diferentemente das etapas de enquadramento e análise da operação, quando, segundo o BNDES, seus técnicos já estariam conversando com a administração da JBS S.A. há meses, parece não ter havido nenhuma reunião para apontar alternativas sobre o que seria feito caso a operação não fosse aprovada. Como o BNDES não planejou nenhuma alternativa para a não autorização da operação pelas autoridades antitruste americanas, foi preciso mais tempo para a 'construção de uma solução juridicamente sólida e com boa fundamentação'. Assim, foi celebrado o 2º termo aditivo, o qual adiou a tomada de decisão de exercer ou não a opção de venda, conforme planejado na concepção da operação e estabelecido em contrato, por mais trinta dias, passando o prazo inicial de 16/3/2009 para 17/4/2009. Nessa altura, os US\$ 970 milhões já estavam em poder da JBS S.A. por cerca de dez meses. Conforme apontado no parágrafo 94 desta instrução, cerca de 46% dos recursos aportados na operação remaneceram no caixa da JBS S.A. em função da não aprovação da aquisição da empresa National Beef pelas autoridades americanas.

O Regulamento Geral de Operações do BNDES, consubstanciado na Resolução 862/1996 - BNDES, dispõe que:

DO ACOMPANHAMENTO

art. 35 - A execução dos projetos e programas apoiados pelo BNDES **deve ser por ele**

acompanhada, independentemente da origem dos recursos aplicados. (grifei)

A Resolução 1.463/2007 (Normas aplicáveis ao Fluxo de Operações Diretas e Indiretas Não-Automáticas do Sistema BNDES, no âmbito do FINEM, Empréstimo-Ponte e Subscrição de Valores Mobiliários em Ofertas Privadas) também dispõe que:

Capítulo VI - DO ACOMPANHAMENTO

art. 51 - A execução do projeto objeto da colaboração financeira e o cumprimento do disposto no instrumento contratual deverão ser objeto de Acompanhamento.

Parágrafo Único - Nesta fase, deverão ser realizadas atividades que possam **prevenir e/ou solucionar situações que coloquem em risco a implantação do projeto**, o retorno do crédito concedido e/ou o investimento em valor mobiliário realizado por empresa do Sistema BNDES. (grifei)

O que se constata é que não houve acompanhamento efetivo da operação, conforme determinavam as normas anteriormente transcritas. Conforme já citado anteriormente, o banco não se preparou para a desistência da JBS S.A. na realização do negócio, e assim os técnicos necessitaram adiar a decisão que seria tomada em função da necessidade de construção de uma solução tecnicamente viável.

Nenhuma responsabilidade deverá ser atribuída aos signatários da IP AMC-DEPAC 033/2009, pois não havia outra solução a não ser propor o adiamento da decisão, tendo em vista que o grupo que acompanhava a operação não havia construído nenhuma alternativa para o insucesso da operação. Pela falta de acompanhamento da operação deverão ser responsabilizados os responsáveis pelo acompanhamento da operação indicados na Nota Técnica AJ/COJIN - 028/2017, bem como o diretor diretamente responsável pela realização desse acompanhamento.

Posteriormente, em 13/4/2009, foi elaborada a IP AMC-DEPAC 060/2009 (peça 8) propondo a prorrogação do prazo para a aquisição de uma ou mais empresas com atuação no segmento de abate, industrialização e distribuição de carnes bovinas, suína, ovina e de frango, além de atividades diretamente correlatas no Brasil ou no exterior. A IP AMC-DEPAC 060/2009, sob a alegação de que 'o exercício da opção neste momento de crise financeira mundial, com restrições de liquidez em diversos setores da economia, principalmente no setor de carnes, poderia piorar a percepção de risco para a JBS S.A. e destruir valor para seus acionistas, dentre eles a BNDESPAR e FIP-PROT', desconsidera tudo que fundamentou a realização da operação. A captação e transferência de tecnologia de ponta, a diversificação da base produtiva no mercado americano, a recuperação de confinamentos anteriormente da Swift, a normalização do mercado americano de carne bovina com recomposição de margens e o alcance da posição de liderança no mais importante país produtor e consumidor de carne bovina do mundo, atrativos anteriormente apontados como justificadores da operação foram esquecidos em prol de uma nova realidade.

Enquanto na concepção inicial da operação o mote principal seria a consolidação da presença da JBS S.A. no mercado americano, os novos atrativos para a continuidade da operação passaram a ser outros bem diferentes como as 'oportunidades de aquisição em decorrência da desvalorização generalizada dos ativos pelo mundo, observada a conjuntura doméstica (diversos frigoríficos solicitaram recuperação judicial) e internacional com a queda dos preços das commodities' (IP AMC-DEPAC 060/2009 - peça 8, p. 79) .

A IP AMC-DEPAC 060/2009, além de prorrogar o prazo para a aplicação dos recursos por mais dezoito meses, pois o prazo para o BNDES exercer a opção passou de 17/4/2009 (2º termo aditivo) para 28/10/2010 (3º termo aditivo) , entregou um 'cheque em branco' para a JBS S.A., no sentido de que ela poderia adquirir outras empresas que não as apontadas inicialmente na montagem da operação. A diretoria, por meio da Decisão de Diretoria 034/2009 BNDESPAR, acatou a proposta constante da IP AMC-DEPAC 060/2009.

Quando da análise dos comentários do gestor, no âmbito do TC007.527/2014-4, sobre o 3º termo aditivo, já foi apontado que:

Nas análises que embasaram as decisões de aditamento contratual, os aspectos econômicos predominaram sobre o aspecto do não atingimento do objetivo específico da destinação dos recursos. Sob esse aspecto, os comentários dos gestores, além de enfatizar a vantagem econômica das decisões adotadas, procurou arrazoar acerca do cumprimento da finalidade da operação. Cabe ressaltar que a metodologia de análise econômico-financeira utilizando o modelo de Black & Scholes, presente nos comentários dos gestores, não foi apresentada nas análises técnicas que precederam as celebrações dos termos aditivos.

No presente achado, a questão principal é o desvio de finalidade. Os poucos pontos levantados pela equipe na descrição do achado acerca de aspectos econômicos têm caráter secundário. Só constaram do relatório para ilustrar o que fora considerado como contraditório nas análises econômicas da BNDESPAR. Nesse ponto, a equipe considerou pertinentes os comentários acerca da não razoabilidade de exercer a opção de venda quando o valor de mercado das ações é superior ao preço contratado para o exercício da *put* e adequou o texto do relatório.

Retornando ao cerne da questão, a BNDESPAR defende que a alteração no terceiro termo aditivo atendia à finalidade principal do Contrato de Opção de Venda e da operação, como um todo, e que a aquisição da Pilgrim's, em conjunto com a incorporação da Bertin, pela JBS S.A., no final de 2009, atendeu à finalidade a que os recursos foram destinados. Sustenta, ainda, que a manutenção desses recursos na JBS S.A., desde o momento de sua aplicação até a data presente, foi economicamente vantajosa para a BNDESPAR e propiciou o atingimento do objetivo principal do projeto que era a internacionalização da empresa.

A respeito do terceiro termo aditivo a equipe considerou plausíveis as considerações dos gestores, no tocante à necessidade de ajustes negociais em razão do dinamismo e complexidade das atividades empresariais. Entretanto, se a finalidade macro por trás do projeto era a internacionalização da empresa, não poderia o mencionado termo ter estendido o objeto à aquisição de empresa nacional.

(...)

Cabe, finalmente, acrescentar que a existência do Contrato de Opção de Venda é um claro indicador de que existia uma destinação específica para os recursos aportados na JBS S.A. que não apenas atender à finalidade macro de internacionalização da empresa. Da mesma forma, os termos do 3º aditivo condicionaram a manutenção dos recursos na JBS S.A. ao atendimento de objetivo específico de aquisição de empresa do ramo de carnes. Sendo assim, não devem prosperar os argumentos aduzidos pela BNDESPAR no sentido de que teria sido atingido o objetivo macro, a internacionalização da empresa.

Em face do exposto, conclui-se que o apoio aprovado em 2008 tinha uma finalidade bem específica, a compra das empresas National Beef Packing Co. e Smithfield Beef Group. Como uma das aquisições não foi efetuada, o banco deveria ter exercido o *put* (opção de venda), conforme constava expressamente do contrato de opção de venda e outras avenças. O que se deu após a negativa das autoridades americanas em autorizar a operação não teve nenhuma aderência com o que foi estruturado na operação (cálculo do valor econômico do grupo JBS S.A. após as aquisições, benefícios e outras premissas que respaldaram a operação). A autorização dada pelos parceiros no negócio para que a JBS S.A. mantivesse em seu poder recursos da ordem de US\$ 970 milhões, sendo R\$ 615 milhões desse montante pertencentes ao BNDES, constituiu vantagem indevida concedida aquela empresa.

198.1 Além disso, as justificativas para a manutenção dos recursos em poder da JBS não tem solidez. Primeiramente, não se poderia realizar o *put* por causa da crise mundial; depois, porque não seria vantajoso economicamente, sendo que, na verdade, trocou-se o certo - receber o montante de volta com o retorno financeiro estabelecido contratualmente - pelo duvidoso - confiar na volatilidade da ação; mais adiante, porque os recursos poderiam ser utilizados em novas aquisições, em outros países além dos EUA, favorecendo a internacionalização; por fim, porque o numerário poderia servir para adquirir também uma empresa brasileira, contraditando justamente o argumento da internacionalização.

198.2 Da leitura das IPs formalizadas nesta operação, fica a clara impressão de que a decisão de manter os recursos na JBS estava tomada, sendo as justificativas apenas um meio de dar credibilidade à decisão. Se foi isso mesmo, não houve sequer preocupação quanto à coerência interna dessas explicações, tendo em vista sua alteração ao longo de tempo, conforme as circunstâncias. Na verdade, o único ponto que realmente jamais sofreu alteração foi a não devolução dos recursos para a BNDESPAR, mesmo estando as condições do *put* estabelecidas desde o início da operação.

Vale lembrar que o BNDES investe recursos públicos que devem atender à determinada finalidade pública. Se não são utilizados, devem retornar aos cofres do banco para que outros fins públicos sejam alcançados e não permanecer em empresa privada, sem destinação específica, visando ao seu exclusivo benefício.

As justificativas apresentadas pelos técnicos não são robustas o suficiente para respaldar as

sucessivas prorrogações de prazo de aplicação dos recursos que toram entregues a JBS S.A. para a realização de um objetivo específico, o qual já demonstrava que não seria atingido. A colocação de recursos públicos de elevado montante à disposição de uma empresa privada, para que ela aplique no que bem entender ou mesmo quando assim desejar, não pode ser admitido, sob pena de se estar, além de desperdiçando esses recursos, concedendo um privilégio a determinada empresa, o que inclusive pode desequilibrar o mercado, já que as concorrentes não terão acesso ao mesmo montante de recursos, com um custo sabidamente não encontrado no mercado bancário.

Existia objetivo específico e predeterminado a ser alcançado no projeto apresentado pela JBS S.A., circunscrito à compra de duas empresas predefinidas, o qual foi desvirtuado pelo 3º aditivo ao contrato de opção de venda e outras avenças, quando se definiu que a empresa poderia realizar quaisquer outras aquisições e ainda em valor inferior ao efetivamente entregue à JBS S.A. para aplicação, o que representou uma anistia de devolução de recursos do *put* de cerca de US\$ 169,4 milhões (aquisição da australiana Tasman Group - será objeto de análise no próximo tópico) .

Assim, conclui-se que, a partir de uma avaliação precária feita pelo BNDES das possibilidades de aprovação pelas autoridades americanas da operação de compra das empresas National Food e Smithfield Group pela JBS S.A., que não apontou as dificuldades que teriam que ser transpostas para o sucesso da operação, por meio de sucessivos aditamentos ao contrato de opção de venda e outras avenças, o BNDES respaldou a manutenção indevida de recursos da ordem de US\$ 970 milhões, considerando seus próprios recursos e dos demais parceiros do fundo FIP-Prot, em poder da JBS S.A., por prazo não razoável, quando oficialmente o banco informa que considerou a operação concluída. Adicionalmente, deve ser registrado que houve desvio de finalidade, tendo em vista que os objetivos iniciais que respaldaram a operação não foram atingidos.

Responsabilização

As informações presentes nos autos e as análises realizadas apontam para a existência de indícios de favorecimento a JBS S.A. na manutenção de elevado montante de recursos em seu poder após o insucesso na operação de aquisição da empresa National Beef e também desvio de finalidade, pois os recursos foram posteriormente aplicados em objetivo diverso do inicialmente aprovado para a operação.

Os Srs. Fabio Sotelino da Rocha e Jorge Eduardo Martins Moraes foram excluídos da responsabilização relativamente ao acompanhamento da operação, pois, segundo a Nota Técnica AJ/COJIN - 028/2017 (peça 114, p.4) , integraram a equipe de acompanhamento até 14/4/2008 e 8/4/2008, respectivamente, datas anteriores à ocorrência dos fatos.

Responsáveis:

1.50. Em consonância com os parágrafos anteriores, os responsáveis são qualificados no quadro a seguir:

Nome

CPF/CNPJ

Cargo

Função à época

Luciano Galvão Coutinho	636.831.808-20	Diretor-presidente
Armando Mariante Carvalho Junior	178.232.937-49	Diretor
Eduardo Rath Fingerl	373.178.147-68	Diretor
Elvio Lima Gaspar	626.107.917-04	Diretor
João Carlos Ferraz	230.790.376-34	Diretor
Luiz Fernando Link Dorneles	172.592.310-68	Diretor
Mauricio Borges Lemos	165.644.566-20	Diretor
Wagner Bittencourt de Oliveira	337.026.597-49	Diretor
Caio Marcelo de Medeiros Melo	376.763.691-34	Superintendente AMC
Renato Francisco Martins	361.028.737-34	Chefe de Departamento AMC/DEPAC
André Gustavo S. T. Mendes	071.918.857-18	Gerente AMC/DEPAC
Renata Bastos Maccacchero Vicer	024.899.207-40	Gerente Executiva AMC/JUAMC
Ramom Dantas Rota	220.871.978-65	Gerente AMC/JUANC
Marcio Duarte de Medeiros	070.768.147-22	Engenheiro AMC/DEPAC

Conduta

1.51. Os Srs. Eduardo Rath Fingerl, Caio Marcelo de Medeiros Melo, Renato Francisco Martins, Renata Bastos Maccacchero Vicer e Ramom Dantas Rotta propuseram, mediante a Instrução Padronizada IP AMC/DEPAC 142/2008, de 27/10/2008, e a diretoria acatou, o não exercício da

opção de venda constante da cláusula 2.2 do Contrato de Opção de venda de Ações e Outras Avenças, celebrado pela BNDESPAR, o FIP PROT e os acionistas da JBS S.A., após o Department of Justice (DoJ) - órgão antitruste americano - ter emitido comunicado, em 20/10/2008, informando que havia protocolado, naquela data, uma ação judicial antitruste na Corte do Distrito Federal dos Estados Unidos em Chicago contestando a aquisição da National Beef Packing Company LLC pela JBS S.A., e que vários estados americanos estariam se juntando à ação, sugerindo, ainda, a celebração de aditivo ao referido contrato, estendendo o prazo do exercício da opção de venda nele constante por mais doze meses a partir 28/10/2008, com base em informações prestadas pela postulante dos recursos e sem considerar avaliar as reais possibilidades de aprovação da operação pelas autoridades antitruste americanas por meio de assessoria jurídica especializada no assunto.

1.52. Os Srs. Luciano Galvão Coutinho, Armando Mariante Carvalho Junior, Eduardo Rath Fingerl, Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Mauricio Borges Lemos e Wagner Bittencourt de Oliveira, aprovaram, por unanimidade, mediante a Decisão de Diretoria 118/2008-BNDESPAR, de 28/10/2008, um dia após a elaboração da Instrução Padronizada IP AMC/DEPAC 142/2008, de 27/10/2008, o não exercício da opção de venda constante da cláusula 2.2 do Contrato de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças, celebrado pela BNDESPAR, o FIP PROT e os acionistas da JBS S.A., e a extensão do prazo inicialmente constante do contrato por mais doze meses a partir 28/10/2008, baseados em pareceres precários, que não apresentavam nenhuma abordagem jurídica consistente sobre a questão da aprovação da operação pelas autoridades antitruste americanas.

1.53. Srs. Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Fabio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Jorge Eduardo Martins Moraes, CPF 550.770.307-82, Marcio Duarte Medeiros, CPF 070.768.147-22, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, CPF 071.918.857-18, e Renato Francisco Martins, CPF 361.028.737-34, membros da equipe técnica de acompanhamento da operação, após a primeira sinalização pelas autoridades antitruste americanas de que a operação poderia não ser autorizada, não tomaram nenhuma providência, durante o acompanhamento que deveria sido realizado sobre a operação, para a construção de uma alternativa que preservasse os interesses do BNDES no caso da confirmação do insucesso da operação, deixando para tomar qualquer iniciativa sobre o assunto somente após a comunicação da JBS S.A. de que havia desistido da operação, além de não terem se posicionado pela realização imediata do *put*, quando houve desistência expressa da compra da National Beef pela JBS, conforme avençado com a empresa frigorífica desde o início da operação.

1.54. Os Srs. Eduardo Rath Fingerl, Caio Marcelo de Medeiros Melo, Renato Francisco Martins, Renata Bastos Maccacchero Viter, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, Marcio Duarte de Medeiros e Ramom Dantas Rotta propuseram, mediante a Instrução Padronizada IP AMC-DEPAC 060/2009, de 13/4/2009, e a diretoria acatou, o não exercício da opção de venda constante da cláusula 2.2 do Contrato de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças, celebrado pela BNDESPAR, o FIP PROT e os acionistas da JBS S.A., sugerindo ainda a manutenção da autorização para a aplicação dos recursos até 28/10/2010, em finalidade não só diversa da qual a operação foi concebida, mas também sem destinação específica.

1.55. Os diretores, Srs. Luciano Galvão Coutinho, Armando Mariante Carvalho Junior, Eduardo Rath Fingerl, Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Mauricio Borges Lemos, Wagner Bittencourt de Oliveira e Luiz Fernando Linck Dorneles, aprovaram, por unanimidade, mediante a Decisão de Diretoria 034/2009-BNDESPAR, de 14/4/2009, dia seguinte após a elaboração da Instrução Padronizada IP AMC-DEPAC 060/2009, de 13/4/2009, o não exercício da opção de venda constante da cláusula 2.2 do Contrato de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças, celebrado pela BNDESPAR, o FIP PROT e os acionistas da JBS S.A., a manutenção da autorização para a aplicação dos recursos até 28/10/2010, o abatimento da potencial devolução de recursos da JBS S.A. a seus parceiros por meio de *put* no total de US\$ 169,4 milhões (aquisição da australiana Tasman Group) e a aplicação dos recursos em finalidade não só diversa da qual a operação foi concebida, mas também sem destinação específica, baseados em pareceres precários que não apresentavam nenhuma justificativa consistente para as propostas apresentadas.

Nexo Causal:

1.56. A proposta dos técnicos constante da Instrução Padronizada IP AMC/DEPAC 142/2008 proporcionou a manutenção de elevada quantia de recursos do BNDES e de outros parceiros no caixa da JBS S.A., favorecendo aquela empresa, sem uma adequada análise da efetiva viabilidade de aprovação da operação pelas autoridades antitruste americanas, em detrimento dos interesses do BNDES, que poderia utilizar tais recursos em outras operações para o cumprimento de sua missão institucional.

1.57. A Decisão da Diretoria 118/2008-BNDESPAR, tomada em prazo bastante exíguo, possibilitou a manutenção de elevada quantia de recursos do BNDES e de outros parceiros no caixa da JBS S.A., favorecendo aquela empresa, sem uma adequada análise da efetiva viabilidade de aprovação da operação pelas autoridades antitruste americanas, em detrimento dos interesses do BNDES, que poderia utilizar tais recursos para o cumprimento de sua missão institucional.

1.58. A falta de acompanhamento da operação pelos técnicos da AMC/DEPAC levou o BNDES a ter de decidir sob pressão, sem qualquer análise anterior de possíveis alternativas sobre o que seria feito para preservar seus interesses, após a JBS S.A. comunicar que havia desistido da aquisição da empresa National Beef.

1.59. A proposta dos técnicos constante da Instrução Padronizada IP AMC-DEPAC 060/2009, de 13/4/2009, proporcionou não só a manutenção de elevada quantia de recursos do BNDES e de outros parceiros no caixa da JBS S.A., favorecendo aquela empresa, mas, sobretudo, concedeu abatimento potencial da devolução cabível à BNDESPAR pela JBS em função do *put*, sem uma justificativa plausível, e, ainda, autorizou a aplicação dos recursos em finalidade diversa da originalmente pleiteada pela empresa, finalidade esta utilizada para estruturar a operação (cálculo de *valuation*, preço de conversão das ações subscritas, etc.) , entregando um verdadeiro 'cheque em branco' para a JBS S.A.

1.60. A Decisão de Diretoria 034/2009-BNDESPAR, de 14/4/2009, tomada no dia seguinte após a elaboração da Instrução Padronizada IP AMC-DEPAC 060/2009, de 13/4/2009, proporcionou não só a manutenção de elevada quantia de recursos do BNDES e de outros parceiros no caixa da JBS S.A., favorecendo aquela empresa, mas, sobretudo concedeu abatimento potencial da devolução cabível à BNDESPAR pela JBS em função do *put*, sem uma justificativa plausível, e, ainda, autorizou a aplicação dos recursos em finalidade diversa da originalmente pleiteada pela empresa, finalidade esta utilizada para estruturar a operação (cálculo de *valuation*, preço de conversão das ações subscritas, etc.) , entregando um verdadeiro 'cheque em branco' para a JBS S.A.

Culpabilidade

1.61. É razoável afirmar que era possível os integrantes das equipes de análise que elaboraram as IPs AMC/DEPAC 142/2008 e AMC-DEPAC 060/2009 terem consciência da ilicitude do ato que praticaram e que era exigível conduta diversa daquela que adotaram, consideradas as

circunstâncias que os cercavam, pois deveriam ter analisado as condições da operação com o cuidado e a diligência que o homem médio costuma empregar na administração dos seus próprios negócios, conforme arts. 153; 155, II; e 160 da Lei 6.404/76.

1.62. É razoável afirmar que era possível aos membros da equipe de acompanhamento da operação ter consciência da ilicitude do ato que praticaram ao não exercerem um acompanhamento criterioso do processo de autorização da operação pelas autoridades antitruste americanas, deixando para estudar eventuais alternativas à operação apenas quando comunicados pela JBS S.A. de que não realizaria mais o negócio, o que levou o BNDES a ter de decidir sobre o assunto em prazo exíguo e sob pressão, contrariando o disposto nos arts. 51, 52 e 55, incisos I e VI, das Normas Aplicáveis ao Fluxo das Operações Diretas e Indiretas Não-Automáticas do Sistema BNDES, anexas à Resolução BNDES 1.463/2007, e, ainda, os arts. 153 e 158, II, da Lei 6.404/76.

1.63. É razoável afirmar que era possível aos diretores terem consciência da ilicitude dos atos que estavam praticando ao proferirem as decisões de Diretoria 118/2008-BNDESPAR e 034/2009-BNDESPAR, e que era exigível conduta diversa daquela que adotaram, consideradas as circunstâncias que os cercavam, pois a leitura dos pareceres técnicos que embasaram as decisões permitia constatar a precariedade das análises dos riscos envolvidos, além do que deveriam ter avaliado as condições da operação com o cuidado e a diligência que o homem médio costuma empregar na administração dos seus próprios negócios, conforme arts. 153 e 155, II, da Lei 6.404/76.

Encaminhamento

Entende-se cabível a realização de audiências dos responsáveis acerca dos indícios de irregularidades apontados.

Abatimento na potencial dívida da JBS S.A. com seus parceiros no valor de US\$ 169,4 milhões

Situação encontrada

Com o insucesso da operação de aquisição da National Beef, alegando preservar o direito da BNDESPAR e do FIP PROT, bem como possibilitar à JBS S.A. empregar os recursos transferidos pelo Banco e pelo Fundo na compra de outros ativos que valorizassem a Companhia, foi negociada com os controladores da JBS S.A. a celebração de um terceiro aditivo ao Contrato de Opção de Venda.

A IP AMC-DEPAC 060/2009 analisou a questão e propôs a manutenção do prazo de aplicação dos recursos, até a data de 28/7/2010, condicionando a não realização da opção à aquisição de uma ou mais empresas com atuação predominante no mesmo ramo econômico da JBS S.A., no valor de aproximadamente US\$ 800,6 milhões.

O descumprimento da condição no prazo determinado abriria a possibilidade de exercício da opção de venda de 24.733.163 de ações pertencentes à BNDESPAR e 107.110.944 de ações pertencentes ao FIP PROT, quantitativo este divergente do especificado na IP AMC-DEPAC 33/2009, sob o argumento de que a compra da Tasman Group Australia deveria ser considerada no abatimento do valor da opção (p. 6 e 7 da IP AMC-DEPAC 060/2009 - peça 8) .

Além de manter o prazo de aplicação dos cerca de US\$ 970 milhões já em poder da JBS S.A. desde 28/5/2008 em data bastante elástica, 28/10/2010, e alterar o objeto da aplicação desse montante, a IP AMC-DEPAC 060/2009 também alterou o valor que deveria ser aplicado pela JBS S.A., sob o argumento de que a compra da Tasman Group Australia deveria ser considerada no abatimento do valor da opção de venda, caso essa fosse exercida. A IP AMC-DEPAC 060/2009 reduziu o valor em poder da JBS S.A. de US\$ 970 milhões para US\$ 800,6 milhões. Com uma justificativa de quinze linhas foi concedido um abatimento na potencial dívida da JBS S.A., decorrente do *put*, com seus financiadores, de aproximadamente US\$ 169,4 milhões (p. 6 e 7 da IP AMC-DEPAC 060/2009 - peça 8, p. 78-79) .

A diretoria aprovou a proposta pela Decisão de Diretoria 034/2009-BNDESPAR, de 14/4/2009, dia seguinte após a elaboração da Instrução Padronizada IP AMC-DEPAC 060/2009, de 13/4/2009.

Análise

Várias são as evidências de que a aquisição das ações da Tasman Group não fazia parte da operação inicial, não havendo nenhuma justificativa para sua inclusão, diga-se de passagem, de forma 'inusitada', na análise dessa questão. O que se discutia naquele momento era o exercício de uma opção de venda ou não.

Conforme apontado na instrução do TC007.527/2014-4, a IP AMC-DEPAC 29/2008 (peça 13, p. 17 e 27) , que analisou a proposta de capitalização da JBS S.A. e propôs a aprovação da operação, por ocasião da solicitação do apoio financeiro e da estruturação do negócio, a JBS USA iria adquirir o total das ações da Tasman Group, por cerca de US\$ 100 milhões, e assumiria seu endividamento líquido. no montante de US\$ 50 milhões. utilizando recursos de

seu caixa, ou seja, recursos que não estariam vinculados ao aumento de capital. Além disso, conforme consta do mesmo documento, a Tasman Group sequer foi incluída na análise realizada pela BNDESPAR. A AMC-DEPAC só tomou conhecimento de sua aquisição momentos antes da conclusão da IP AMC-DEPAC 29/2008 (peça 13, p. 20) .

A Nota técnica AMC/DEINV 23 e AMC/DEPAC 32/2009, de 21/10/2009, enviada para esta Corte pelo BNDES em atendimento ao Ofício de Requisição 651/2009-05, de 21/10/2009, da então 9ª Secex, também registra esse entendimento quando discorre sobre as premissas utilizadas para a operação de aquisição das empresas National Beef e Smithfield Group, conforme a seguir transcrito (peça 10, p. 44) .

Também por conservadorismo não foram levadas em consideração na avaliação, embora com contribuição positiva, os fluxos de caixa da participação de 50% na Inalca, na Itália, que foi adquirida por 225 milhões de Euros; da Five Rivers, empresa de confinamento que também seria adquirida junto com a Smithfield, por ser sua subsidiária integral; e também da

TasmanGroup, empresa localizada na Austrália e cuja aquisição pela JBS USA seria feita junto com a presente operação por US\$ 150 milhões com recursos da empresa. (grifei)

A JBS USA concluiu a operação de compra da australiana Tasman Group em 2/5/2008 por aproximadamente US\$ 169,4 milhões, operação que foi anunciada em 4/3/2008, juntamente com o anúncio de aquisição da National Beef. Com base nesse fato, e sob o argumento de que o investimento estaria em linha com a finalidade do aporte realizado pela BNDESPAR e pelo PROT, foi negociado um ajuste ao valor original da Opção de Venda, de modo que a companhia australiana foi utilizada para fins de abatimento do valor da Opção. Note-se, no entanto, que essa transação nada tinha a ver com a proposta negociada e aprovada originalmente para fins de obtenção do apoio financeiro para o aumento de capital.

Ou seja, foi concedido um abatimento no valor da potencial dívida da JBS S.A. decorrente do *put* para com seus parceiros acionistas da ordem de US\$ 169,4 milhões sem causa justificada.

Responsabilização

Responsáveis:

1.64. Em consonância com os parágrafos anteriores, os responsáveis são qualificados no quadro a seguir:

Nome	CPF/CNPJ	Cargo	Função à época
Luciano Galvão Coutinho	636.831.808-20		Diretor-presidente
Armando Mariante Carvalho Junior	178.232.937-49		Diretor
Eduardo Rath Fingerl	373.178.147-		Diretor

68

Elvio Lima Gaspar	626.107.917-04	Diretor
João Carlos Ferraz	230.790.376-34	Diretor
Luiz Fernando Link Dorneles	172.592.310-68	Diretor
Mauricio Borges Lemos	165.644.566-20	Diretor
Wagner Bittencourt de Oliveira	337.026.597-49	Diretor
Caio Marcelo de Medeiros Melo	376.763.691-34	Superintendente AMC
Renato Francisco Martins	361.028.737-34	Chefe de Departamento AMC/DEPAC
André Gustavo S. T. Mendes	071.918.857-18	Gerente AMC/DEPAC
Renata Bastos Maccacchero Victer	024.899.207-40	Gerente Executiva AMC/JUAMC
Ramom Dantas Rotta	220.871.978-65	Gerente AMC/JUANC
Marcio Duarte de Medeiros	070.768.147-22	Engenheiro AMC/DEPAC

Conduta

1.65. Os Srs. Eduardo Rath Fingerl, Caio Marcelo de Medeiros Melo, Renato Francisco Martins, Renata Bastos Maccacchero Victer, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, Marcio Duarte de Medeiros e Ramom Dantas Rotta propuseram, mediante a Instrução Padronizada IP AMC-DEPAC 060/2009, de 13/4/2009, e a diretoria acatou, o abatimento da potencial dívida da JBS S.A., decorrente do *put*, com seus parceiros acionistas no total de US\$ 169,4 milhões, sob o argumento de que a JBS S.A. teria investido esse montante de recursos na aquisição da Tasman Group, cuja compra, no momento da estruturação do aporte financeiro, seria realizada por meio de recursos próprios da frigorífica.

1.66. Os diretores, Srs. Luciano Galvão Coutinho, Armando Mariante Carvalho Junior, Eduardo Rath Fingerl, Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Mauricio Borges Lemos, Wagner

Bittencourt de Oliveira e Luiz Fernando Linck Dorneles, aprovaram, por unanimidade, mediante a Decisão de Diretoria 034/2009-BNDESPAR, de 14/4/2009, dia seguinte após a elaboração da Instrução Padronizada IP AMC-DEPAC 060/2009, de 13/4/2009, a autorização para o abatimento da potencial dívida da JBS S.A., decorrente do *put*, com seus parceiros acionistas no total de US\$ 169,4 milhões, baseados em parecer precário que não apresentou nenhuma justificativa consistente para a proposta apresentada, considerando ainda que a compra da Tasman Group, no momento da estruturação do aporte financeiro, seria realizada por meio de recursos próprios da frigorífica.

Nexo Causal:

1.67. A proposta dos técnicos constante da Instrução Padronizada IP AMC-DEPAC 060/2009 foi contrária aos interesses do BNDES, pois, no caso de um eventual exercício do direito de opção de venda das ações, o BNDES receberia US\$ 169,4 milhões a menos.

1.68. Os diretores ao acatarem a proposta constante da Instrução Padronizada IP AMC-DEPAC 060/2009 autorizaram a concessão de possível favorecimento à JBS S.A. em detrimento da instituição que representavam, pois, no caso de um eventual exercício do direito de opção de venda das ações, o BNDES e seus parceiros na operação receberiam US\$ 169,4 milhões a menos.

Culpabilidade

1.69. É razoável afirmar que era possível os integrantes da equipe de análise que elaborou a IP AMC-DEPAC 060/2009 terem consciência da ilicitude do ato que praticaram e que era exigível conduta diversa daquela que adotaram, consideradas as circunstâncias que os cercavam, pois deveriam ter analisado as condições da operação com o cuidado e a diligência que o homem médio costuma empregar na administração dos seus próprios negócios, conforme arts. 153; 155, II; e 160 da Lei 6.404/76.

1.70. É razoável afirmar que era possível aos diretores terem consciência da ilicitude dos atos que estavam praticando ao proferirem a decisão de Diretoria 034/2009-BNDESPAR, e que era exigível conduta diversa daquela que adotaram, consideradas as circunstâncias que os cercavam, pois a leitura do parecer técnico que embasou a decisão permitia constatar a precariedade da análise realizada e dos motivos que embasaram a concessão do benefício à JBS S.A., além do que deveriam ter avaliado as condições da proposta com o cuidado e a diligência que o homem médio costuma empregar na administração dos seus próprios negócios, conforme arts. 153 e 155, II, da Lei 6.404/76.

Encaminhamento

Entende-se cabível a realização de audiências dos responsáveis acerca dos indícios de irregularidades apontados.

Ausência de demonstração da aplicação de recursos aportados nas finalidades

estabelecidas (item VI, parágrafo 121) ;

Na parte da operação que foi efetivamente realizada, a aquisição da Smithfield Beef, não existe clareza sobre qual montante foi efetivamente utilizado (item VI, parágrafo 126)

Situação encontrada

As normas do BNDES, vigentes à época da operação, aplicáveis ao fluxo de operações diretas e indiretas não automáticas do sistema BNDES, abrangendo a subscrição de valores mobiliários, previam, dentre outros procedimentos de acompanhamento da operação, a elaboração de instrumento de acompanhamento e a verificação da execução física e financeira do projeto apoiado e do cumprimento de obrigações contratuais (Resoluções 1463/2007-BNDES, de 31/7/2007, peça 98, e 1797/2009-BNDES, de 14/7/2009, peça 99) .

Considerando a ausência, nos documentos referentes à operação de apoio financeiro da BNDESPAR à JBS S.A., de elementos comprobatórios do cumprimento dos supracitados procedimentos, solicitou-se ao BNDES no âmbito do TC007.527/2014-4, por meio do Ofício 600/2015-TCU/SecexEstataisRJ, a apresentação de documentação que evidenciasse a utilização dos recursos aplicados pela BNDESPAR na JBS S.A., referentes à operação de subscrição de valores mobiliários, consoante previsto no quadros de usos e fontes e instrumentos contratuais.

Em atendimento à diligência, o BNDES encaminhou a Nota Técnica AMC/DEPAR 42/2015, de 25/9/2015, apresentando, como comprovação da utilização dos recursos aplicados, cópias de notas de divulgação de fatos relevantes da JBS S.A. publicadas na imprensa e constantes do portal da CVM. Apontou, também, como evidências da adequada utilização dos recursos envolvidos, as notas explicativas anexas às demonstrações financeiras da JBS S.A. referentes ao terceiro trimestre de 2007, quarto trimestre de 2008, 31 de dezembro de 2009, quarto trimestre de 2009 e primeiro trimestre de 2010, bem como as demonstrações financeiras publicadas após a conclusão da compra da Swift em 2007. Ressaltou, por fim, que as informações da JBS S.A. estão sujeitas ao escrutínio de bancos e auditorias independentes, bem como dos demais agentes de mercado, e da CVM, uma vez que a JBS S.A. é uma companhia aberta, integrante de segmento diferenciado de governança corporativa da BM&Fespa e com títulos emitidos no exterior (peça 23, p. 4-13 e 80-98) .

Especificamente quanto à não ocorrência da aquisição da National Beef, na operação ocorrida em 2008, a BNDESPAR entende que os recursos destinados à referida compra, no valor de US\$ 800,6 milhões, teriam sido corretamente empregados, em razão da aquisição da Pilgrim' s e da associação da JBS S.A. com a Bertin em 2009.

Adicionalmente, o banco informa que, em relação às considerações contidas na supracitada nota técnica, uma vez que as demonstrações contábeis representam, em todos os aspectos relevantes, a posição patrimonial, financeira e os resultados das operações de uma entidade,

essas demonstrações da JBS S.A. têm que, necessariamente, refletir direta ou indiretamente os fatos relacionados com as operações realizadas entre a companhia e a BNDESPAR, principalmente nas contas que fazem parte das demonstrações dos fluxos de caixa relativas às atividades de financiamento e investimento da empresa.

Análise

Conforme consignado no relatório referente ao processo TC007.527/2014-4, nos períodos correspondentes às demonstrações financeiras mencionadas na Nota Técnica AMC/DEPAR 42/2015, as atividades de financiamento e investimento da JBS S.A. não se limitaram às vinculadas às operações realizadas com a BNDESPAR. A JBS S.A. efetuou outras operações de captação de recursos, pagamento/refinanciamento de dívidas e aquisição de empresas que também impactaram as contas do balanço patrimonial, demonstração de resultados e demais componentes das demonstrações contábeis da companhia.

Assim, apenas o exame da evolução dos itens das demonstrações contábeis da JBS S.A. afetados pelas operações em pauta, em conjunto e em confronto com as informações contidas nas respectivas notas explicativas, nos fatos relevantes e nos documentos obtidos junto à BNDESPAR durante a auditoria, não foi suficiente para ficar evidenciado, com segurança, o fluxo financeiro dos recursos aportados na empresa oriundos da BNDESPAR e o integral cumprimento das obrigações contratuais.

Ademais, o BNDES não apresentou qualquer documentação que tenha embasado a escrituração contábil da utilização, pela JBS S.A., dos recursos em pauta e de outros fatos vinculados ao cumprimento das obrigações contratuais.

Portanto, entendeu-se que as demonstrações contábeis da JBS S.A., bem como as declarações unilaterais da empresa, por meio da publicação de fatos relevantes, não continham, por si só, informações suficientemente específicas para evidenciar a conformidade da utilização dos recursos oriundos das operações da empresa contratadas com a BNDESPAR.

No âmbito deste processo, foi solicitado mais uma vez que o Banco demonstrasse o cumprimento das Resoluções 1463/2007 e 1797/2009 do BNDES, no que tange à elaboração de instrumento de acompanhamento para verificação da execução física e financeira e cumprimento das obrigações contratuais do projeto apoiado.

Após discorrer sobre as orientações emanadas pelas resoluções citadas, o BNDES aponta que 'é importante ressaltar que algumas disposições previstas nas Resoluções não são inteiramente aplicáveis às operações de renda variável'. Ou seja, o BNDES tenta justificar a ausência de relatórios de acompanhamento formais, informando que seus normativos possuíam falha em sua concepção, ao não abarcarem todas as operações que o banco realiza.

E continua o BNDES, defendendo a posição de que 'por esse motivo, em qualquer avaliação acerca do cumprimento das referidas Resoluções de Acompanhamento, é preciso inicialmente avaliar a aderência/adequação dos dispositivos analisados à natureza e peculiaridades das

operações de renda variável realizadas pelo Sistema BNDES' (peça 42, p. 10) .

Por fim, informa que o BNDES reconheceu 'as práticas e diferenças das diversas áreas e produtos do Sistema BNDES' e, por meio das Resoluções 1797/2009-BNDES e 2201/2011-BNDES, alterou a Resolução 1463/2007-BNDES, agregando outros documentos ao processo de acompanhamento.

A seguir, transcreve-se um trecho da informação prestada nesta oportunidade, no qual se constata que o BNDES mantém praticamente inalteradas suas considerações sobre o assunto, já apontadas anteriormente no primeiro relatório que analisou a questão:

Dessa forma, o acompanhamento da carteira de investimentos em renda variável da BNDESPAR observa, além da execução das finalidades apoiadas, a companhia como um todo, incluindo sua estratégia e práticas de governança.

Em razão disso, o acompanhamento das operações de renda variável traduz-se em diversas iniciativas, tais como (i) participação em Assembleias; (ii) análise das informações financeiras, operacionais e legais regularmente publicadas, e divulgadas ao mercado no caso de companhias abertas; (iii) reuniões com executivos das companhias; e (iv) interações com o mercado de capitais e equipes do BNDES, entre outras.

Especificamente com relação à produção de documentos internos que pudessem comprovar a efetiva realização do acompanhamento citado, o BNDES informou que:

No âmbito do acompanhamento do projeto 1821764.0001/2008, o registro interno de iniciativas de acompanhamento deu-se, basicamente, por meio dos seguintes tipos de instrumento:

- Informação Padronizada ('IP') : documentos propositivos, que versam sobre direitos da BNDESPAR, operações realizadas pela companhia e comparecimento a assembleias;
- Relatórios referentes à MAE- Metodologia de Avaliação de Empresas;
- Relatório de Acompanhamento ('RAC') : relatórios específicos de acompanhamento, que buscam dar um panorama mais amplo sobre o desempenho da companhia em questão e seu setor de atuação.

Com relação às instruções padronizadas citadas, o BNDES informa que enviou as IPs que 'consolidam' as atividades de acompanhamento anteriormente mencionadas. Foram enviadas a IP AMC-DEPAC 142-08, de 27/10/2008, a IP AMC-DEPAC 167-08, de 17/12/2008, a IP AMC-DEPAC 33-09, de 9/3/2009, e a IP AMC-DEPAC 60-09, de 13/4/2009, as mesmas que já tínhamos no processo.

Nenhuma dessas IPs foi elaborada como resultado de um acompanhamento da operação. Elas foram elaboradas para respaldar as alterações que teriam que ser realizadas no Contrato de

Opção de Venda de Ações e Outras Avenças, em função da não aprovação da operação pelas autoridades antitruste americanas. Esses documentos não tiveram a função específica de acompanhar a operação de forma regular. Eles foram produzidos não espontaneamente, mas de forma reativa a uma situação que se apresentou.

Ou seja, o BNDES não foi capaz de enviar um documento que consubstanciasse o acompanhamento da operação conforme seus normativos preconizavam à época. Assim, divergindo do entendimento esposado pelo BNDES, que entende que estariam 'cumpridas, no que aplicáveis à natureza e características das operações de renda variável, as normas de acompanhamento', apenas com a realização das atividades por ele citadas, ainda que algumas das normas não tivessem total aderência com as atividades da BNDESPAR, causa espécie um investimento de US\$ 1,5 bilhão não receber nenhum acompanhamento formal.

Objetivando comprovar a efetiva aplicação dos recursos por parte da JBS S.A., o BNDES enviou alguns documentos que lhe foram encaminhados pela JBS S.A. após a aprovação da operação, que serão analisados a seguir.

Aumento de capital na JBS S.A. de US\$ 1,5bilhão

Com relação ao aumento de capital na JBS S.A. de US\$ 1,5 bilhão, foi enviada a Ata da Assembleia Geral Extraordinária - AGE realizada em 11/4/2008, na qual tal aumento foi aprovado (peça 42, anexo j.1) , bem como a informação prestada pela JBS S.A. à CVM sobre esse aumento de capital - formulário DFP - Demonstrações Financeiras Padronizadas, em que se observa que o capital da empresa passou a ser de R\$ 4.495.580.968,94 dividido em 1.438.078.926 ações, o que corresponde ao aprovado na AGE (peça 100) .

Aumento de capital na JBS USA de aproximadamente US\$ 1,49 bilhão

Com o insucesso da operação de compra da National Beef, esse aumento de capital efetivamente não ocorreu, remanescendo os US\$ 970 milhões no caixa da JBS S.A. para, conforme já citado, ser aplicado em 'outras' aquisições. O BNDES informa que foi feito um aumento de capital da ordem de US\$ 450 milhões da JBS S.A. na JBS USA e a transferência de US\$ 657,4 milhões sob a forma de mútuo da JBS S.A. para a JBS USA, totalizando US\$ 1.107 milhões.

O BNDES enviou uma planilha com o título 'JBS SA - Razão Auxiliar de Investimentos - USA SWIFT AMERICANA' (peça 101) , informando que a mesma foi encaminhada pela JBS S.A. Não há nenhum timbre no papel que identifique a origem da informação. Também não foi registrada a data de criação do documento, não se podendo confirmar se o mesmo foi recebido à época da operação ou se foi confeccionado para atendimento ao ofício desta Corte. Essa planilha aponta que o aumento de capital da JBS USA se deu da seguinte forma:

Quadro10 - Aumento de Capital da JBS S.A. USA

Data	Taxa	US\$	R\$
1/2/2008	1,745000	50.000.000,00	87.375.000,00

22/2/2008	1,735100	250.000.000,00	433.775.000,00
28/2/2008	1,673820	150.000.000,00	251.073.000,00
Total	-	450.000.000,00	772.223.000,00

O valor de R\$ 772.223.000,00, equivalente a US\$ 450.000.000,00, coaduna-se com o constante do formulário DFP - Demonstrações Financeiras Padronizadas, enviado para a CVM, no item 14.1- Notas Explicativas - 'b' - Movimentação de Investimentos (peça 100, p. 45) .

O que não apresenta consistência é a data em que ocorreu o aumento de capital na JBS USA, registrada no documento 'JBS SA - Razão Auxiliar de Investimentos - USA SWIFT AMERICANA', se comparada com a de fechamento da operação com o BNDES. Segundo esse documento, o aumento de capital da JBS S.A. na JBS USA começou a ser realizado em 1/2/2008 e terminou em 28/2/2008. Contudo, a operação foi aprovada pelo BNDES em 4/3/2008.

Partindo do princípio de que o aumento de capital de US\$ 450 milhões da JBS USA, conforme apontado pelo BNDES, foi realizado em função da operação ora em análise, sua realização em data anterior à aprovação da operação levanta várias dúvidas. Como poderia a JBS S.A., por conta de uma operação que ainda estava para ser autorizada, aumentar o capital da JBS USA antes da aprovação da operação pelo BNDES, antes da aprovação do aumento de capital da JBS S.A. pelos seus acionistas, antes da subscrição das ações pelo mercado e tantos outros eventos que poderiam não se realizar? Teria a JBS S.A. certeza da aprovação da operação? Por que a JBS S.A. só aumentou em US\$ 450 milhões e não em US\$ 1,5 bilhão como estava previsto na operação em análise no BNDES? Teria a JBS S.A., já naquele momento, dúvidas sobre a possibilidade de não aprovação da aquisição da National Beef pelas autoridades antitruste americanas? Com que recursos a JBS S.A. aumentou o capital da JBS USA, se ainda não havia sido feita a subscrição das ações relativas ao aumento do capital social? Haveria sobra de recursos no seu caixa, indicando até a desnecessidade da operação com a BNDESPAR? Isso teria sido analisado?

A seguir segue quadro com a cronologia dos eventos:

Quadro 11 - Ordem cronológica dos eventos referentes à operação

Data	Evento
Outubro/2007	Apresentações intituladas 'Reunião do Conselho de Administração da JBS Oportunidades de Aquisições: Empresas Alvo' e 'Proposta de Consolidação do Setor de Carne Bovina Americano e Mundial, por uma empresa brasileira'.
Dezembro/2007	Apresentação intitulada 'Aquisição nos Estados Unidos'.
1/2/2008	Aumento de capital na JBS USA
11/2/2008	Apresentação intitulada 'Projeto Proteína'.

11/2/2008	Entrega da carta Consulta ao BNDES
20/2/2008	Instrução Conjunta AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008
22/2/2008	Aumento de capital na JBS USA
28/2/2008	Aumento de capital na JBS USA
Não foi possível identificar a data. Estima-se que foi 3/3/2008	Apresentação intitulada 'Estrutura Financeira das Aquisições'.
3/3/2008	IP AMC-DEPAC 29/2008
4/3/2008	Aprovação da operação pelo BNDES
17/4/2008	1º aporte do FIP PROT (R\$ 1.413.300.000,00)
18/4/2008	Aporte direto do BNDES na JBS S.A.
28/5/2008	2º aporte do FIP PROT (R\$ 56.000.000,00)

Ou seja, se for considerado o documento que o BNDES enviou para esta Corte como suficiente para respaldar o aumento de capital realizado na JBS USA pela JBS S.A., em decorrência da aprovação do Projeto 1821764.0001/2008, referente à participação acionária na empresa JBS S.A., visando à sua capitalização com a finalidade de adquirir a empresa americana National Beef Packing Co. e a divisão de carnes bovinas da Smithfield Beef Group, a conclusão que se chega é que a JBS S.A. já tinha certeza da aprovação de seu pleito, constituindo as tratativas internas do BNDES (elaboração de IPs, decisões de diretoria, etc.) apenas meras formalidades para registrar o que já estava decidido. Caso contrário, não teria feito tal aumento de capital. Este fato se assemelha ao narrado anteriormente com relação à constituição do fundo FIP, quando o BNDES foi convidado a participar do fundo depois de as análises já apontarem para sua constituição e quais seriam seus integrantes.

Se o BNDES efetivamente acompanhava a aplicação dos recursos por ele repassados à JBS S.A., causa estranheza ter aceitado tal documento para respaldar um aumento de capital, pois tal incremento já teria ocorrido antes da aprovação da operação pelo BNDES.

Continuando a discorrer sobre o aumento de capital da JBS USA em decorrência da operação, o BNDES informa que cerca de US\$ 657,4 milhões foram repassados para a JBS USA sob a forma de mútuo, o que poderia ser comprovado por meio das Demonstrações Financeiras da JBS S.A. (peça 100) e do arquivo eletrônico encaminhado pela JBS S.A. (peça 101) .

O Contrato de Mútuo Financeiro é a operação em que há um empréstimo de dinheiro entre pessoas físicas e jurídicas, ou entre pessoas jurídicas, cujo tratamento fiscal é específico e não envolve instituição financeira. Isto normalmente ocorre quando o empreendimento necessita

envolve instituição financeira. Isto normalmente ocorre quando o empreendimento necessita de recursos para o giro normal das operações, circunstância em que os sócios (pessoa física ou jurídica) normalmente optam por disponibilizar temporariamente recursos sob a forma de empréstimos, sem modificar o capital social integralizado (Fonte: <http://www.portaltributario.com.br/guia/mutuo.html>) .

As aquisições que seriam realizadas pela JBS USA se revestiam de caráter permanente e não temporário, não sendo o contrato de mútuo o instrumento adequado a ser celebrado para a contabilização dos recursos recebidos da JBS S.A. Observando o documento, constata-se que a JBS S.A. desde 2007 vinha utilizando o instrumento do contrato de mútuo como uma conta corrente entre as empresas, haja vista a devolução de recursos da JBS USA para a JBS S.A. em 1/11/2008 e 30/11/2008. Ademais, a operação foi toda estruturada considerando o aumento de capital da JBS USA e não a celebração de um contrato de mútuo. Os US\$ 450 milhões de aumento de capital não seriam suficientes nem para pagar a aquisição da Smithfield Beef e Five Rivers, que montou US\$ 765 milhões. Ou seja, deveria ter sido feito um aumento de

capital da JBS USA de pelo menos US\$ 765 milhões para respaldar a aquisição da Smithfield Beef e Five Rivers, conforme a operação foi estruturada.

Ao longo dessa instrução já foram apontados vários atos praticados em desacordo com a forma com que a operação foi estruturada inicialmente. Essas alterações foram feitas com o respaldo dos técnicos do BNDES, que sempre elaboraram relatórios de análise para justificar as alterações que viriam a ser aprovadas pela diretoria.

Mais uma vez, observa-se que a JBS S.A. comanda o processo sem qualquer acompanhamento por parte do BNDES, pois não há nenhuma referência a esses contratos de mútuo nos documentos de análise da operação emitidos pelo BNDES. Não há nenhuma comprovação de que o BNDES sabia que não teria sido feito um aumento de capital na JBS USA, conforme previsto na estruturação da operação, para suportar as aquisições objeto da operação (Smithfield Beef Group e Aumento do capital da Five Rivers) , e sim um contrato de mútuo.

Aquisição da Smithfield Beef por US\$ 565 milhões

Com relação à aquisição da Smithfield Beef por US\$ 565 milhões, o BNDES, quando solicitado a enviar comprovantes de que a operação foi realizada, limitou-se a enviar cópia do fato relevante publicado pela JBS S.A. em 23/10/2008 informando a aquisição (peça 102) e da planilha com o título 'JBS SA - Razão Auxiliar de Investimentos - USA SWIFT AMERICANA' (peça 101) , em que, conforme já comentado, observa-se um aumento de capital de US\$ 450 milhões da JBS USA e uma planilha na qual se observa que US\$ 657,4 milhões foram repassados para a JBS USA sob a forma de mútuo.

Não há mais nenhuma comprovação de que foi efetuado o pagamento de US\$ 565 milhões aos acionistas da Smithfield Beef.

Aumento de capital de US\$ 200 milhões na Five Rivers

Em todas as análises da operação feitas pelo BNDES, não há nenhum detalhamento sobre o que seria feito com os US\$ 200 milhões que seriam investidos no aumento de capital da Five Rivers. Para comprovar a efetiva aplicação dos recursos naquela empresa, o BNDES enviou cópia do que seria um e-mail, expedido em 22/2/2009, sem identificação do remetente, para o destinatário 'Accounting file'. Não há nenhuma identificação formal de que empresa se originou esse e-mail. Não há também nenhuma assinatura que possa identificar o responsável pela informação (peça 103) .

O e-mail citado parece ser uma resposta à pergunta sobre o que foi feito com os recursos aportados pela JBS USA na Five Rivers e também quando os recursos efetivamente foram recebidos. Pela tabela a seguir, nota-se que os recursos foram transferidos em várias parcelas, começando a primeira em 23/10/2008 e sendo a última parcela depositada em 26/11/2008.

Quadro 12 - Aportes de capital na empresa Five Rivers

Data	Valor (US\$)
23/10/2008	30.000.000,00
4/11/2008	30.000.000,00
12/11/2008	30.000.000,00
18/11/2008	30.000.000,00
21/11/2008	15.000.000,00
24/11/2008	15.000.000,00
25/11/2008	20.000.000,00
26/11/2008	30.000.000,00
Total	200.000.000,00

O e-mail informa que os recursos seriam utilizados para prover a Five Rivers de capital de giro adequado, uma vez que aquela empresa só cobrava seus clientes mensalmente e despendia cerca de US\$ 35-40 milhões por semana com a compra de ração. Os recursos também teriam sido utilizados para emprestar dinheiro para que a J&F pudesse aumentar seu rebanho em processo de engorda.

O BNDES em sua resposta não cita a questão da melhora no capital de giro da empresa, conforme a seguir transcrito (peça 103) :

Conforme informações prestadas pela Companhia, após o fechamento da operação, o aumento de capital da Five Rivers, no valor de US\$ 200 milhões, foi motivado pela necessidade de lastro, pela empresa adquirida, para realização de empréstimo à J&F Oklahoma, para aumento do rebanho em processo de engorda na Five Rivers

Mais uma vez, observa-se o fornecimento de informações incompletas (e-mail sem data, sem assinatura, sem origem) e imprecisas (conflito entre as informações constantes dos documentos apresentados) , o que denota que efetivamente não havia um acompanhamento minucioso de uma operação que envolvia o montante de US\$ 1,5 bilhão. O BNDES não foi capaz de enviar um documento que formalizasse o acompanhamento previsto nos arts. 51, 52 e 55, incisos I e VI, das Normas Aplicáveis ao Fluxo das Operações Diretas e Indiretas Não-Automáticas do Sistema BNDES, anexas à Resolução BNDES 1.463/2007; pelo contrário, os documentos enviados apontam para a realização de operações em desacordo com o que foi aprovado pela diretoria do banco.

Responsabilização

Pelas irregularidades narradas deverão ser responsabilizados os técnicos responsáveis pelo acompanhamento da operação indicados na Nota Técnica AJ/COJIN - 028/2017, bem como o diretor diretamente responsável por tal acompanhamento.

Os Srs. Fabio Sotelino da Rocha e Jorge Eduardo Martins Moraes foram excluídos da responsabilização, pois, segundo a Nota Técnica AJ/COJIN - 028/2017, integraram a equipe de acompanhamento até 14/4/2008 e 8/4/2008, respectivamente, datas anteriores à ocorrência dos fatos.

Responsáveis:

1.71. Em consonância com os parágrafos anteriores, os responsáveis são qualificados no quadro a seguir:

Nome	CPF/CNPJ	Cargo	Função à época
Eduardo Rath Fingerl	373.178.147-68		Diretor
Caio Marcelo de Medeiros Melo	244.727.007-15		Chefe de Departamento AMC/DEPAC
Renato Francisco Martins	361.028.737-34		
André Gustavo S. T. Mendes	071.918.857-18		
Marcio Duarte de Medeiros	070.768.147-22	Engenheiro AMC/DEPAC	

Conduta:

1.72. Os Srs. Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Fabio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Jorge Eduardo Martins Moraes, CPF 550.770.307-82, Marcio Duarte Medeiros,

CPF 070.768.147-22, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, CPF 071.918.857-18, e Renato Francisco Martins, CPF 361.028.737-34, membros da equipe técnica de acompanhamento da operação, não efetuaram o acompanhamento da execução físico-financeira do projeto segundo a forma e o conteúdo previstos nos arts. 51, 52 e 55, incisos I e VI, das Normas Aplicáveis ao Fluxo das Operações Diretas e Indiretas Não-Automáticas do Sistema BNDES, anexas à Resolução BNDES 1.463/2007, resultando na ausência de documentação comprobatória de que a totalidade dos recursos aportados na JBS S.A. tenha sido despendida nas finalidades previstas.

Nexo causal:

1.73. A omissão dos responsáveis resultou na ausência de documentação comprobatória de que a totalidade dos recursos aportados na JBS S.A. tenha sido despendida nas finalidades previstas, possibilitando que parcela expressiva dos recursos aportados naquela empresa tenha sido aplicada sem acompanhamento específico, no âmbito da empresa apoiada.

Culpabilidade:

1.74. É razoável afirmar-se que era possível aos responsáveis terem consciência da ilicitude do ato que praticaram e que era exigível conduta diversa daquela que adotaram, consideradas as circunstâncias que os cercavam, pois, além de ter de cumprir e fazer cumprir os normativos do próprio banco, deveriam ter tido o cuidado e a diligência que o homem médio costuma empregar na administração dos seus próprios negócios, conforme arts. 153; 154, § 2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76.

Encaminhamento

Entende-se cabível a realização de audiência dos responsáveis acerca dos indícios de irregularidades apontados.

Ausência de análise de benefícios econômicos e sociais para o país (item VII)

Situação encontrada

Conforme apontado na instrução referente ao TC007.527/2014-4, o BNDES é o principal instrumento de execução de políticas de investimento do Governo Federal, e seu objetivo primordial é apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País, conforme previsto no art. 3º do seu Estatuto Social (Decreto 4.418, de 11/10/2002), razão pela qual a missão do Banco é promover o desenvolvimento sustentável e competitivo da economia brasileira, com geração de emprego e redução das desigualdades sociais e regionais.

Em consonância com tal missão, o Regulamento Geral das Operações - RGO do BNDES contém norma estabelecendo que o estudo do projeto objeto do pleito deve considerar, entre outros, 'os aspectos econômico-financeiros, de engenharia, jurídicos e de organização e gerência do postulante, bem como as informações cadastrais, as garantias propostas, os

aspectos sociais e os relativos ao meio ambiente, além dos aspectos referentes a atenuação dos desequilíbrios regionais e ao desenvolvimento tecnológico do País'.

Essa norma está prevista no art. 12 da Resolução 862/96-BNDES, de 11/3/1996, que consolidou o RGO, e no art. 13 da Resolução 1.467/2007-BNDES, de 31/7/2007, que alterou e promoveu nova consolidação do RGO (peça 171, p. 1-21 e 56-73) .

As análises que embasaram a operação ora em análise não observaram integralmente o disposto nas supracitadas resoluções. Tais análises concentraram-se nos fatores econômico-financeiros e jurídicos da operação e também levaram em conta a organização e gerência da postulante e as informações cadastrais do cliente, porém não foram avaliados os aspectos sociais relacionados com o projeto objeto do pleito da JBS S.A.

Mesmo após configurar-se a conexão do pleito da JBS S.A. com as orientações estratégicas do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e do Governo Federal, contidas

na Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP) , os impactos sociais do projeto não foram previamente avaliados à luz das diretrizes previstas na mencionada política.

A PDP, que fora lançada em maio de 2008, englobava um conjunto de programas de ação para cumprir, até 2010, quatro macrometas, sendo uma delas o aumento da participação do Brasil nas exportações mundiais, no tocante às atividades econômicas em que o País tem reconhecida competitividade, mediante a realização de projetos de expansão física e internacionalização empresarial e de ampliação da liderança tecnológica nos seguintes sistemas produtivos: bioetanol, aeronáutico, siderurgia, complexo petróleo, gás e petroquímica, mineração, celulose e papel e carnes.

A PDP estabeleceu como objetivo básico, para o setor de carne do Brasil, expandir a liderança mundial desse setor, visando consolidar o País como o maior exportador mundial de proteína animal, e definiu o Sistema BNDES como um dos seus principais instrumentos de execução dos programas vinculados ao alcance do referido objetivo. Em relação ao setor de carnes, a PDP fixou o montante de US\$ 14 bilhões em vendas para o exterior, como meta a ser alcançada em 2010, de modo a tornar tal setor o principal exportador do ramo de agronegócio no Brasil.

As aquisições, pela BNDESPAR, de participação acionária na JBS S.A. visaram proporcionar suporte financeiro à companhia para, entre outros objetivos, possibilitar a implementação da estratégia de internacionalização de seus negócios no mercado de carnes do mundo, mediante aquisições de outras empresas do setor, principalmente nos Estados Unidos.

Com base nessa estratégia, a JBS S.A. transformou-se em uma empresa global, líder mundial do mercado de processamento de proteína animal, tornando-se, no exercício de 2014, a maior empresa privada brasileira em faturamento, com um volume de vendas consolidadas superior a R\$ 120 bilhões, conforme assinalado no Relatório da Administração da companhia relativo ao citado exercício.

Análise

Sobre a questão da indicação dos benefícios econômicos e sociais para o país, o BNDES praticamente reafirmou o que já tinha dito por ocasião da apresentação dos comentários do gestor no âmbito do TC007.527/2014-4. A seguir, serão apresentadas as principais posições do BNDES sobre o tema, presentes na peça 42 deste processo.

O BNDES informa que os principais motivadores da participação da BNDESPAR no projeto de aquisição das empresas Smithfield, National Beef, Five Rivers e Tasman, assim como o primeiro grande movimento de internacionalização realizado pela JBS S.A. no ano de 2007, quando da aquisição da Swift, envolveram a execução da Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior - PITCE, apresentada em março de 2004, que visava contribuir para a melhora da competitividade da indústria brasileira e na qual o Sistema BNDES figurava como importante ferramenta de execução do Governo.

Com relação à política de governo, complementa informando que a atuação do BNDES estava em consonância com o papel de principal instrumento de execução de política de investimentos do Governo Federal, nos termos do artigo 23 da Lei 4.595/1964.

Relembra que a Política de Desenvolvimento Produtivo - PDP, lançada pelo governo em meados de maio de 2008, deu continuidade à PITCE e que ambas se estruturaram na confluência dos interesses público e privado e foram criadas com o objetivo de fortalecer a economia do país.

Continuando, o BNDES afirma que, complementarmente à política pública emanada diretamente do Governo Federal e ponto-chave do Planejamento Estratégico do Sistema BNDES, estava o apoio ao processo de internacionalização de empresas e grupos nacionais. Aponta que a JBS S.A., à época da operação, já era o maior frigorífico do país, e já tinha iniciado seu processo de internacionalização. Assim, os investimentos feitos pelo BNDES no setor visaram, de forma geral, o fortalecimento das empresas nacionais, em um setor que o Brasil possui vantagens competitivas, estimulando a internacionalização e a criação de *players* globais.

Especificamente com relação às análises prévias sobre os benefícios econômicos e sociais que poderiam advir para o Brasil no âmbito da aquisição da Smithfield e da National Beef pela JBS S.A., o BNDES menciona que a Informação Padronizada AMC/DEPAC 29/2008 apontou, dentre outros, os seguintes fatores que importam benefícios para o setor no país:

- a) captação e transferência de tecnologia de ponta, dado que a National Beef detinha as fábricas mais modernas dos EUA e a Smithfield era a principal operadora de confinamentos no mercado norte-americano;
- b) recomposição de margens do mercado norte-americano de carne bovina, principal mercado para a carne brasileira;

c) ampliação da governança corporativa, com a entrada do PROT - Fundo de Investimento em Participações ('FIP PROT') ;

d) fortalecimento da situação econômico-financeira da Companhia.

Segundo a ótica do BNDES, o fortalecimento e a internacionalização da JBS S.A. buscou cumprir uma política pública estruturada com a finalidade de desenvolvimento da indústria nacional, tendo como pano de fundo a geração e manutenção de empregos e renda no Brasil. Finaliza sua opinião afirmando que não há como desconsiderar a presunção lógica de que o Sistema BNDES, ao executar uma política pública emanada do Governo Federal, estaria buscando atingir os resultados esperados pela própria política pública.

Ou seja, nos primeiros parágrafos de sua argumentação, o BNDES busca respaldar o apoio dado à operação em políticas governamentais de amplitude considerável, nas quais, sem muita dificuldade, poderá ser enquadrada qualquer operação. Não é difícil com um pequeno texto e expressões como 'internacionalizar', 'melhorar estruturas', 'aprimorar o mercado' e

'produzir ganhos de eficiência' enquadrar uma operação no texto de uma política governamental, que por natureza tem que ser realmente muito ampla. O que se espera é que os documentos que analisam as operações tragam dados concretos os quais efetivamente materializem os resultados que se esperam atingir, até para que se possa corrigir o rumo de uma política que esteja equivocada ou que não tenha atingido os objetivos macroeconômicos que se esperava.

No tocante aos impactos sociais, o BNDES cita que em sua opinião a operação se constituiu em um caso de apoio à aquisição de empresa estrangeira, em que claramente haveria impactos sociais indiretos e não diretos, razão pela qual os mesmos não foram considerados temas centrais (em contraposição a projetos com evidentes impactos sociais, como, por exemplo, a construção de usinas hidrelétricas, em que há impactos diretos nas cidades e regiões afetadas, com o incremento populacional abrupto, aumento da demanda por saúde, segurança, moradia, etc.) .

Nesse ponto do texto, o BNDES tenta justificar a ausência de análises sobre os impactos sociais como se para aquele banco somente os impactos sociais diretos fossem importantes.

Primeiramente, as normas do BNDES à época em nenhum momento falavam especificamente que só deveriam ser apontados impactos sociais diretos. Não há nenhuma norma dispensando a análise de como a operação teria reflexos sejam econômicos ou sociais indiretos.

O Regulamento Geral de Operações - RGO preconiza, em seu art. 12 - Do Estudo do Projeto, que:

Do Estudo do Projeto

art. 12 - O estudo do projeto deve ser realizado por uma equipe de técnicos e considerar, entre outros, os aspectos econômico-financeiros, de engenharia, jurídicos e de organização e gerência do postulante, bem como as informações cadastrais, as garantias propostas, **os**

aspectos sociais e os relativos ao meio-ambiente, além dos aspectos referentes à atenuação dos desequilíbrios regionais e ao desenvolvimento tecnológico do País. (grifei)

O Estatuto Social do BNDES, aprovado pelo Decreto 4.418, de 11/10/2002, dispõe que:

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

(...)

art. 9º O BNDES poderá também:

(...)

II - financiar a aquisição de ativos e investimentos realizados por empresas de capital nacional no exterior, desde que contribuam para o desenvolvimento econômico e social do País;

(...)

art. 10. Para a concessão de colaboração financeira, o BNDES procederá:

I - ao exame técnico e econômico-financeiro de empreendimento, projeto ou plano de negócio, incluindo a avaliação de suas implicações sociais e ambientais; (grifei)

De acordo com as finalidades previstas no RGO e principalmente em seu Estatuto Social, parcialmente reproduzidas acima, o BNDES não poderia, portanto, ter concedido apoio financeiro à JBS S.A., a custo zero para o beneficiário, e assumido os riscos inerentes ao mercado de ações, para alavancar o crescimento de uma empresa privada, sem que houvesse qualquer impacto para a sociedade brasileira em decorrência dos projetos apoiados.

Inclusive, cabe ressaltar que o próprio BNDES possuía à época instrumentos para fazer um estudo dos impactos dessa operação, principalmente na geração de empregos. Consultando a publicação 'Sinopse Econômica 133/2004', da lavra da área de planejamento do BNDES, encontra-se uma matéria especial intitulada 'Novas estimativas do modelo de geração de empregos (MGE) do BNDES' (peça 104, p. 25) .

O documento informa que 'utilizando dados oficiais do IBGE como fonte de informação, o MGE estima a quantidade de pessoas ocupadas, do mercado formal e informal, necessária para atender a um aumento produção, a preços correntes, em qualquer um dos setores da economia brasileira'. O documento informa que o modelo trabalha com três tipos de empregos: emprego direto, emprego indireto e efeito emprego-renda.

Poderá o BNDES argumentar que seu próprio modelo não se aplicaria a empresas situadas fora do Brasil. Contudo, vários dos benefícios apontados pelo BNDES com a operação se dariam no Brasil, como a contribuição econômica nas áreas rurais, por meio da ampliação da aquisição de bovinos para processamento na operação, maior expertise no negócio de bovinos no Brasil, ampliação do acesso da empresa no país aos diversos mercados

consumidores mundiais de carne bovina, aumento das exportações brasileiras e o aumento de unidades de processamento de bovinos no Brasil. Tudo isso poderia ter sido analisado e materializado em um documento que analisasse os impactos esperados com o investimento de US\$ 1,5 bilhão que seria feito na JBS S.A. pelos parceiros.

Feitas essas considerações, o BNDES passa a discorrer sobre os benefícios decorrentes do alegado aumento da competitividade da JBS S.A. com as aquisições apoiadas pelo banco e de como esse apoio foi importante para o crescimento da empresa. Nesse aspecto, o BNDES está totalmente correto, pois não resta a menor dúvida de que o apoio dado pelo banco à JBS S.A. foi um excelente negócio para a empresa, principalmente porque o mundo encontrava-se em crise de liquidez profunda, problema que a JBS S.A. não teve em face dos aportes do BNDES, que inclusive manteve em seu caixa elevado montante em dinheiro por muito tempo. Os dados apresentados pelo BNDES comprovam que a JBS S.A. passou a ser uma potência mundial no mercado de carnes, mas não conseguem, da mesma forma como foi feito para a JBS S.A., transformar em números precisos quais foram os reais benefícios para a sociedade

brasileira do investimento que foi feito com recursos públicos, para tornar a JBS S.A. a gigante que é hoje.

Merece destaque o ponto em que o BNDES aponta que a JBS S.A. pagou elevadas quantias de impostos, cerca de R\$ 3,1 bilhões em impostos relacionados apenas às operações de bovinos no país. Recentemente, a JBS S.A. noticiou que deixaria o país, transferindo sua sede para o exterior, onde pagaria menos impostos. Felizmente para o país tal operação não se concretizou, inclusive por intervenção do próprio BNDES.

Por fim, vale ressaltar que alguns dos benefícios decorrentes da operação apontados pelo banco foram desconstruídos por ocasião da primeira análise sobre o assunto no âmbito do TC007.527/2014-4.

Conforme apontado pela equipe de auditoria naquele processo, o suposto aumento de competitividade não parece ter ocorrido, pois o volume de carne bovina exportada (em toneladas) sofreu redução e o País perdeu participação no comércio internacional de carne bovina, enquanto viu aumentar a participação dos concorrentes, principalmente a dos EUA. Aquela instrução concluiu que, se nossa indústria tivesse se tornado mais competitiva, teria ocorrido o inverso.

E conforme também apontado nesta instrução, vários dos objetivos pretendidos com a operação não se concretizaram, pois a aquisição da National Beef não se tornou realidade. Inclusive, ressalte-se mais uma vez, a operação foi completamente desvirtuada com a autorização da aplicação dos recursos em outras operações que não a original.

Se não foram analisados os benefícios que a operação traria para a sociedade brasileira, muito menos os efeitos colaterais que a operação poderia ter.

Efeitos indesejáveis, como o fortalecimento da concorrência às exportações brasileiras de carne bovina no ambiente externo e a concentração no mercado interno, que poderia

ocasionar elevação no preço da carne para o consumidor e redução no preço do boi gordo para o produtor rural, conforme destacado no Voto do Relator, não foram contemplados na análise prévia da operação.

Assim, como na resposta enviada pelo BNDES não foram apresentadas análises prévias ou posteriores acerca dos benefícios econômicos e sociais que adviriam para o país em função da operação ora em análise, considera-se que não foram cumpridos os normativos que regem a matéria.

Responsabilização

Responsáveis:

Nome	CPF/CNPJ	Cargo	Função à época
Luciano Galvão Coutinho	636.831.808-20		Diretor-presidente
Armando Mariante Carvalho Junior	178.232.937-49		Diretor
Eduardo Rath Fingerl	373.178.147-68		Diretor
Elvio Lima Gaspar	626.107.917-04		Diretor
João Carlos Ferraz	230.790.376-34		Diretor
Mauricio Borges Lemos	165.644.566-20		Diretor
Wagner Bittencourt de Oliveira	337.026.597-49		Diretor
Fabio Sotelino da Rocha			Superintendente AMC
Caio Britto de Azevedo			Chefe de Departamento AP/DEPRI
Caio Marcelo de Medeiros Melo			Chefe de Departamento AMC/DEPAC
Jorge Luiz Sozzi de Moraes			Chefe de Departamento AMC/DEJUMC
José Claudio Rego Aranha	261.866.247-49		Chefe de Departamento AMC/Deinv

Jaldir Freire Lima	244.727.001-15	Chefe de Departamento AI/Deagro
Carlos Augusto Muller Ferreira		Gerente AI/DEAICO
Jorge Eduardo Martins Moraes		Gerente AMC/DEPAC
Maria de Lourdes C. de Albuquerque		Gerente AMC/DEJUMC
Robson Wagner Oliveira Sarmento		Gerente AP/DEPRI
Marcio Duarte de Medeiros	Engenheiro AMC/DEPAC	
Ramom Dantas Rotta	Advogado AMCDEJUMC	

Conduta

1.75. Os Srs. Eduardo Rath Fingerl, Fabio Sotelino da Rocha, Caio Britto de Azevedo, Jorge Luiz Sozzi de Moraes, Jorge Eduardo Martins Moraes, Maria de Lourdes C. de Albuquerque, Marcio Duarte de Medeiros e Ramom Dantas Rotta participaram da análise da operação mediante a elaboração da Informação Padronizada IP AMC-DEPAC 29/2008, sem a observância do art. 12 do Regulamento Geral de Operações, anexo à Resolução BNDES 862/96, bem como da missão do BNDES e dos arts. 3º, 9º, II, e 10, I, do Estatuto Social do BNDES, c/c art. 4º, I, do Estatuto da BNDESPAR.

1.76. Os Srs. Luciano Galvão Coutinho, Armando Mariante Carvalho Junior, Eduardo Rath Fingerl, Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Mauricio Borges Lemos e Wagner Bittencourt de Oliveira aprovaram a operação por unanimidade, por meio da Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, sem a observância do art. 12 do Regulamento Geral de Operações, anexo à Resolução BNDES 862/96, bem como da missão do BNDES e dos arts. 3º, 9º, II, e 10, I, do Estatuto Social do BNDES, c/c art. 4º, I, do Estatuto da BNDESPAR.

Nexo causal

1.77. A omissão das equipes de análise resultou na aprovação pela Diretoria de realização de aporte de capital na JBS S.A., por meio da subscrição de ações daquela empresa, no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% da participação da BNDESPAR no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, sem que tivessem ficado evidenciados os benefícios econômico-sociais para o Brasil.

1.78. A decisão da Diretoria resultou na realização de aporte de capital na JBS S.A., por meio da subscrição de ações daquela empresa, no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% da participação da BNDESPAR no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, sem que tivessem ficado evidenciados os benefícios econômico-sociais para o Brasil.

Culpabilidade

1.79. É razoável afirmar que era possível aos integrantes da equipe de análise terem consciência da ilicitude do ato que praticaram e que era exigível conduta diversa daquela que adotaram, consideradas as circunstâncias que os cercavam, pois deveriam ter cumprido normativos do próprio Banco.

1.80. Também é razoável afirmar que era possível aos diretores terem consciência da ilicitude do ato que praticaram e que era exigível conduta diversa daquela que adotaram, consideradas as circunstâncias que os cercavam, pois deveriam ter exigido o cumprimento dos normativos

do próprio Banco e exercerem o cuidado e a diligência que o homem médio costuma empregar na administração dos seus próprios negócios, conforme arts. 153 e 158, II, da Lei 6.404/76.

Encaminhamento

1.81. Entende-se cabível a realização de audiências dos responsáveis acerca da irregularidade apontada.

Análise das aquisições das ações por parte dos acionistas

Sobre o assunto foi solicitado ao BNDES:

- a) comprovar que os acionistas controladores e acionistas minoritários adquiriram ações da JBS S.A., nas quantidades e valores previstos no último parágrafo da página 16 das considerações anexas da IP AMC/Depac 29/2008, bem como no capítulo 'II. Subscrição e Integralização do Aumento de Capital' do Acordo de Investimento, previamente à liberação de recursos pela BNDESPAR para o projeto;
- b) informar quais foram os acionistas minoritários que adquiriram as ações referidas no item 23.5.6, vez que adquiridas apenas 15% do número total de ações por eles detido; e
- c) informar as razões pelas quais os demais acionistas não adquiriram ações nas mesmas proporções adquiridas pelo BNDESPAR em relação ao total de ações por eles detido antes da operação (controladores ~6%, minoritários ~15% e BNDESPAR > 100%) ; e
- d) relação dos 20 maiores acionistas minoritários da JBS S.A. imediatamente antes e depois da subscrição privada de ações, o número de ações detidas por cada um imediatamente antes e depois da subscrição.

Com relação ao primeiro item, o BNDES limitou-se a informar que:

Conforme demonstrado no Anexo f, e mais detalhadamente explicado na resposta ao item (i) abaixo, o aumento de capital da Companhia foi subscrito pelos acionistas controladores e acionistas minoritários nas quantidades e valores previamente esperados e seguiram o procedimento previsto no capítulo 11 do Acordo de Investimento.

1.82. O anexo 'f' se trata de um Comunicado ao Mercado feito pela JBS S.A. em 5/6/2008, informando as quantidades de ações que foram subscritas pelos acionistas (peça 105) . O item (i) detalha as participações dos acionistas após a subscrição e apresenta tabela com os valores efetivamente subscritos pelos acionistas, conforme a seguir reproduzido.

Quadro 13 - Aumento de Capital JBS S.A.

Acionista	Item do acordo de investimento	Qtd. ações realizada	Montante realizado em R\$ (R\$ 7,07/ação)	Montante realizado em US\$ (Câmbio R\$ 1,70)	% Realizado
BNDESPAR	2.3	47.421.190	335.267.813,30	197.216.360,76	100%
PROT FIP	2.4 e 2.7 (Sobras)	205.365.101	1.451.931.264,07	854.077.214,16	85%
Fundador	2.2	35.586.600	251.597.262,00	147.998.389,41	100%
Fundador e minoritários	2.8 (Sobras)	72.306.035	511.203.667,45	300.708.039,68	194%
Total		360.678.926	2.550.000.006,45	1.500.000.004,01	

1.83. Continua o BNDES informando que:

Conforme pode se verificar na tabela acima o compromisso efetivamente assumido pelos controladores foi de subscrever, juntamente com os minoritários, o montante de R\$ 514 milhões (aproximadamente US\$ 303 milhões) . A tabela a seguir apresenta os valores efetivamente subscritos no aumento de capital.

Percebe-se que a adesão dos acionistas minoritários foi muito superior ao esperado, tendo subscrito, em conjunto com o acionista fundador, US\$ 449 milhões, valor bastante superior ao compromisso assumido.

1.84. Realmente, os controladores e minoritários subscreveram uma parcela maior do que a prevista. Contudo, a questão principal, que era comprovar que tal subscrição foi efetivada antes do aporte de capital dos parceiros (BNDESPAR e fundo FIP) , não foi respondida. O BNDES aportou capital na JBS S.A. nas datas especificadas, conforme a seguir:

Quadro 14 - Aportes de capital na JBS S.A.

17/04/2008	635.400.000,00	Aquisição Via Fundo PROT FIP
18/04/2008	335.267.813,30	Aquisição Direta de Ações da JBS S.A.
28/05/2008	25.200.000,00	Aquisição Via Fundo PROT FIP

1.85. Considerando que a única comprovação de que os aportes foram feitos é o Comunicado ao Mercado enviado pelo BNDES, publicado em 5/6/2008, e que os aportes do BNDES foram feitos em data anterior ao Comunicado, tal documento não é suficiente para atestar que os acionistas controladores e acionistas minoritários adquiriram ações da JBS S.A., nas quantidades e valores previstos na operação previamente à liberação de recursos pela BNDESPAR para o projeto. Tal fato aponta mais uma vez para a falta de acompanhamento da operação já evidenciada em análises anteriores, pois o BNDES não possui documentos que atestem precisamente quando os atos referentes à operação foram efetivamente praticados.

Com relação ao segundo item, o BNDES informou que:

A BNDESPAR não detém as informações solicitadas, que são de responsabilidade da Companhia e do banco escriturador das ações de emissão da Companhia. Tendo a BNDESPAR solicitado as informações à Companhia, esta não logrou êxito em obter, dentro do prazo assinalado pela BNDESPAR para resposta ao TCU, as referidas informações junto ao banco escriturador à época da operação, qual seja, o Banco Bradesco S/ A. Informamos, ainda, que serão mantidos esforços junto à Companhia para a obtenção das informações tal como solicitadas neste item e, tão logo seja recebida resposta, encaminharemos a este Tribunal. Não obstante, pode-se verificar, com base em Comunicado ao Mercado publicado pela JBS S.A. após o aumento de capital 05/06/2008 (Anexo e.7) , que os minoritários adquiriram aproximadamente 19,97% do aumento de capital.

1.86. Em seguida, é reproduzido o quadro constante do Comunicado ao Mercado anteriormente mencionado, a seguir transcrito. A análise do quadro comprova que realmente os minoritários subscreveram uma parcela acima dos 15% do aumento de capital.

Quadro 15 - Subscrição de Ações pelos Sócios

ACIONISTAS	QTD DE AÇÕES	% DO AUMENTO DE CAPITAL
J&F Participações	35.586.600	9,87%
FIP PROT	205.365.101	56,94%
BNDESPar	47.421.190	13,15%
Outros Acionistas	72.040.137	19,97%
Sobra de ações	265.898	0,07%

1.87. Por fim, com relação ao segundo item, realmente o BNDES não teria como informar o solicitado se não contasse com a ajuda da JBS S.A. A análise da questão ficou prejudicada em face de não terem sido enviadas informações adicionais até a data do fechamento deste relatório.

1.88. Todavia, mais uma vez, a questão da ausência de acompanhamento adequado da operação fica evidenciada, haja vista que, à época, a referida informação deveria ter sido apurada e devidamente arquivada na documentação atinente à operação, o que não ocorreu.

Com relação ao terceiro item, o BNDES informou que:

A JBS, para obter o funding da aquisição da Smithfield e National Beef, realizou aumento privado de capital no valor de R\$ 2.550.000.006,82 (dois bilhões, quinhentos e cinquenta milhões, seis reais e oitenta e dois centavos) , conforme Ata da Assembleia Geral Extraordinária realizada em 01/07/2008, que encaminhamos anexa por meio de arquivo eletrônico. O art. 171

da Lei 6.404/1976 ('Lei das S.A) , como forma de preservar um acionista de ser diluído, confere a todos acionistas existentes em determinada data base o direito de subscrever um percentual do aumento de capital proposto exatamente igual ao percentual do capital que o acionista detém naquela companhia previamente ao aumento de capital.

Os direitos de preferência podem ser transferidos a outros acionistas de forma onerosa ou graciosa. Conforme mencionado no item (e.7) , os minoritários utilizaram aproximadamente 19,97% da oferta e aproximadamente 85% dos seus direitos de preferência.

Quanto aos acionistas controladores, estes transferiram ao FIP PROT parcela de seu direito de preferência, nos termos da Cláusula 11 do Acordo de Investimentos.

Quanto aos acionistas minoritários, não é possível para a BNDESPAR fornecer as razões que fundamentaram a decisão de investimento da parcela dos acionistas minoritários que não exerceu o direito de preferência e gerou as sobras subscritas pela BNDESPAR.

Por tratar-se de matéria de foro absolutamente privado de cada acionista à época da decisão de exercer ou não o direito de preferência à subscrição das ações, a questão e.8) não pode ser adequadamente respondida pela BNDESPAR.

1.89. Consideram-se satisfatórias as informações apresentadas pelo BNDES sobre o assunto.

Com relação ao quarto item, o BNDES, em síntese, informou que 'não detém as informações solicitadas, que são de responsabilidade da Companhia e do agente escriturador das ações de emissão da Companhia. Tendo a BNDESPAR solicitado as informações à Companhia, esta não logrou êxito em obter, dentro do prazo assinalado pela BNDESPAR para resposta ao TCU, as referidas informações junto ao banco escriturador à época da operação, qual seja, o Banco Bradesco S/ A'.

1.90. Contudo, informa que não existia à época da subscrição e nem depois da subscrição

nenhum acionista minoritário que detivesse mais do que 5% do capital da empresa. Para respaldar sua informação aponta que a Instrução CVM 480/ 2009 obriga a JBS S.A. a informar, em seu formulário de referência, lista contendo as informações sobre os acionistas, ou grupos de acionistas, que agem em conjunto ou que representam o mesmo interesse, com participação igual ou superior a 5% de uma mesma classe ou espécie de ações. Em seguida, é apresentado quadro que sintetiza as informações constantes do formulário de referência de 2009 da JBS S.A., disponível no sítio eletrônico da companhia, a seguir transcrito:

Quadro 16 - Formulário de referência 2009

ACIONISTA	Pré-aumento de capital	Pós-aumento de capital		
	N. de ações	Participação	N. de ações	Participação
ZMF Fundo de investimento em participações	597.195.003	55,4%	632.781.603	44,0%
J&F Participações S.A.	87.903.348	8,2%	87.903.348	6,1%
BNDES Participações S.A.	139.470.610	12,9%	186.891.800	13,0%
PROT - Fundo de investimento em participações	-	0,0%	205.365.101	14,3%
Ações em tesouraria	-	0,0%	43.990.100	3,0%
Minoritários	252.831.039	23,5%	281.146.974	19,6%
Total	1.077.400.000	100%	1.438.078.926	100%

1.91. Consideram-se satisfatórias as informações apresentadas pelo BNDES sobre o assunto.

À Comissão de Valores Mobiliários - CVM foi solicitado que informasse, com relação às operações de aquisição de participações acionárias realizadas a partir de 2005, em ofertas públicas ou privadas de compra ou de venda de ações:

a) quais operações envolveram, e quais não envolveram, transmissão do controle das empresas cujas ações foram adquiridas;

b) a data da operação;

c) o valor individual da ação negociada;

d) o número de ações negociado;

e) o percentual de ações negociado frente o número total de ações da empresa;

f) o valor de eventual ágio pago em relação ao preço de mercado da ação; e

g) a pessoa física ou jurídica adquirente das ações.

1.92. Em resposta a CVM enviou o ofício constante da peça 40, informando que:

Por fim faz-se oportuno mencionar que a apresentação de dados e informações relacionadas aos anos de 2005 a 2008 demandarão esforço extraordinário de busca por parte das áreas técnicas desta Autarquia. Desse modo, solicitamos que, por gentileza, esse i. TCU confirme se as informações ora prestadas são suficientes à análise que será realizada no âmbito da tomada de contas em epígrafe. Não sendo este o caso, e remanescendo interesse na apresentação das informações desde 2005, solicitamos a V. Sa. a concessão de prazo adicional de 20 (vinte) dias úteis para a sua viabilização.

1.93. As informações enviadas pela CVM referentes aos anos a partir de 2009 referem-se aos casos de aumento de capital com ágio analisados no âmbito da Supervisão Baseada em Risco da Superintendência de Relações com Empresas /SEP e as Ofertas Públicas de Alienação de

Controle ocorridas no referido período. Tais informações revelam que foi praticado um ágio em média de 48,24%, sendo a mediana 26,66%. Como as informações são referentes a período diferente do que ocorreu a operação, tais informações não se mostraram úteis para a emissão de parecer sobre o assunto.

Da responsabilização dos membros dos Conselhos de Administração e Fiscal

Assim como no TC034.930/2015-9, já apreciado por esta Corte, em cujo âmbito foi prolatado o Acórdão 800/2017-TCU-Plenário, não foram responsabilizados os integrantes do Conselho Fiscal e de Administração do BNDES pelos motivos a seguir expostos.

1.93.1. De acordo com os normativos internos do Banco, as decisões relativas ao projeto apoiado estavam na alçada de sua diretoria (Estatuto do BNDES art. 12, inciso IV, e Decisão C.A. 4/2007 - peça 110) . Assim, não caberia sua submissão à prévia deliberação do Conselho de Administração.

1.93.2. Segundo jurisprudência majoritária deste Tribunal:

A responsabilidade do conselho de administração não possui índole genérica, pois não engloba a totalidade da gestão. É restrita aos atos específicos que são submetidos à apreciação daquele colegiado e são por ele aprovados. Os conselheiros somente podem ser responsabilizados na medida em que participam de atos irregulares (Acórdãos 750/2010-Plenário, 88/1993-Plenário, 639/2005-Plenário, 526/2001-1ª Câmara, 45/1994-Plenário, 240/1997-Plenário, 67/1997-Plenário, 7/1999-Segunda Câmara, 87/1996-Segunda Câmara, 29/2000-Segunda Câmara, 89/2000-Plenário e Decisão 335/1994-Plenário) .

Os integrantes dos conselhos de administração e fiscal, em regra, não respondem pelos atos praticados pela diretoria. Há situações, contudo, na qual os conselheiros podem ser responsabilizados por sua omissão, mormente quando esta se revela continuada (Acórdãos 3258/2008-Segunda Câmara e 760/2013-Plenário) .

1.93.3. Segundo esse entendimento, para responsabilização dos Conselhos seria necessário colecionarem-se evidências de que o projeto tenha sido submetido à sua apreciação.

1.93.4. Com esse intuito, foram requisitadas, no âmbito do TC034.930/2015-9, mediante o Ofício 146/2017-TCU-SecexEstataisRJ (peça 108) , cópias das atas das reuniões dos Conselhos de Administração e Fiscal do BNDES e da BNDESPAR que versem sobre todas as operações da BNDESPAR no Grupo JBS S.A. A análise da documentação enviada (peça 109) aponta que não foram apreciados assuntos que tenham se referido especificamente ao projeto 1821764.0001/2008 - participação acionária da BNDESPAR na JBS S.A., visando à sua capitalização para adquirir a empresa americana National Beef Packing Co. e a divisão de carnes bovinas da Smithfield Foods Inc, nas reuniões do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal do BNDES.

1.93.5. Assim, diante da ausência de evidências nos autos de que os conselheiros tenham participado das decisões e/ou sido omissos em sua função fiscalizadora, a eles não foi imputada nenhuma responsabilidade.

Da participação de funcionário do BNDES indicado como membro do Conselho de Administração da JBS S.A. na elaboração de análises de apoios financeiros encaminhados ao banco por empresas do setor de proteína.

Uma das condições impostas pelo BNDES para conceder apoio financeiro ao Grupo JBS S.A. foi a possibilidade de indicação de um membro no Conselho de Administração daquela empresa.

No período de 28/9/2007 a 30/4/2009 o funcionário do BNDES que exerceu a função de membro do Conselho de Administração da JBS S.A. indicado pelo BNDES foi o Sr. José Cláudio Rego Aranha (peça 115, p.2) .

Ocorre que o Sr. José Cláudio Rego Aranha já estando na condição de membro do Conselho de Administração participou da análise de pelo menos dois pleitos de apoio financeiro solicitados ao BNDES, um pela empresa JBS S.A. e outro pela Bertin, concorrente daquela empresa. O funcionário foi signatário dos seguintes documentos:

Quadro 17 - Documentos emitidos pelo Sr. José Cláudio Rego Aranha

Documento	Data	Parecer
Instrução Conjunta AO/DEPRI, AMC/DEPAC E AI/DEAICO n. 1/2008	20/2/2008	Favorável a concessão de apoio financeiro de US\$ 1,5 bilhão a JBS S.A. - Operação National Beef e SmithField.
Relatório de análise Conjunto AMC/DEINV n. 1/2008 e AI/DEAICO n. 8/2008	25/3/2008	Dissentindo da Instrução de Enquadramento que recomendou o apoio no valor de R\$ 3,5 bilhões, este relatório de análise propôs apoiar a Bertin com R\$ 2,5 bilhões - Operação de capitalização da Bertin.

Vários são os artigos da lei 6.404/1976 que indicam que o Sr. José Cláudio Rego Aranha não poderia ter, na condição de membro do Conselho de Administração da JBS S.A., participado não só da análise de pleitos daquela empresa junto ao BNDES, mas principalmente da análise de pleitos de empresas concorrentes da JBS S.A., como era o caso da Bertin, conforme a seguir demonstrado.

Lei 6.404/1976

art. 142. Compete ao conselho de administração:

I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia;

(...)

art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

(...)

§ 1º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres.

(...)

art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado:

(...)

II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia;

(...)

§ 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.

(...)

art. 156. **É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia**, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e

extensão do seu interesse. (grifei)

Responsabilização

Assim, em face do exposto, deverão ser ouvidos em audiência os Srs. Eduardo Rath Fingerl, Diretor da área responsável pela análise dos apoios financeiros anteriormente citados, e o Sr. José Claudio do Rego Aranha, por, na condição de membro do Conselho de Administração da JBS S.A., não ter se declarado impedido de participar da análise dos apoios financeiros encaminhados ao BNDES anteriormente citados.

Responsáveis:

1.94. Em consonância com os parágrafos anteriores, os responsáveis são qualificados no quadro a seguir:

Nome	CPF/CNPJ	Cargo	Função à época
Eduardo Rath Fingerl	373.178.147-68	-	Diretor
José Claudio Rego Aranha	261.866.247-49	-	Chefe de Departamento AMC/DEINV

Conduta:

1.95. O Sr. Eduardo Rath Fingerl, como diretor responsável pela área de mercado de capitais, permitiu que o Sr. Jose Claudio do Rego Aranha, na condição de membro do Conselho de Administração da JBS S.A. indicado pelo BNDES, participasse da análise de apoios financeiros de interesse da própria JBS S.A. e de sua concorrente Bertin.

1.96. O Sr. Jose Claudio do Rego Aranha, na condição de membro do Conselho de Administração da JBS S.A. indicado pelo BNDES, participou da análise de apoios financeiros de interesse da própria JBS S.A. e de sua concorrente Bertin.

Nexo causal:

1.97. A omissão dos responsáveis resultou na participação do Sr. Jose Claudio do Rego Aranha, então membro do Conselho de Administração da JBS S.A. indicado pelo BNDES na condição de acionista, na análise de apoios financeiros de interesse da própria JBS S.A. e de sua concorrente Bertin, o que representou um conflito de interesses não só entre a condição de administrador de uma empresa interessada em obter apoio financeiro do BNDES perante a qual tinha o dever de lealdade e a função de técnico responsável pela análise desse pleito, mas sobretudo na condição de técnico que iria analisar o pleito de apoio financeiro de uma empresa concorrente.

Culpabilidade:

1.98. É razoável afirmar-se que era possível aos responsáveis terem consciência da ilicitude do ato que praticaram e que era exigível conduta diversa daquela que adotaram, consideradas as

circunstâncias que os cercavam, pois, deveriam ter tido o cuidado e a diligência que o homem médio costuma empregar na administração dos seus próprios negócios, conforme arts. 142, inciso I, 154, § 1º, 155, II; § 1º e II e 156 da Lei 6.404/76.

Encaminhamento

Entende-se cabível a realização de audiência dos responsáveis acerca dos indícios de irregularidades apontados.

Do Acordo de Colaboração Premiada do Sr. Joesley Mendonça Batista celebrado com a Procuradoria Geral da República - PGR e homologado pelo Supremo Tribunal Federal

Em 23/5/2017, o Exmº Sr. Ministro Augusto Sherman, também relator do processo TC010.398/2017-1, que tem por objetivo analisar os indícios de irregularidades observados na condução da operação de apoio à aquisição da empresa norte-americana Swift Foods & Co. pela empresa brasileira JBS por meio da compra de ações dessa última pela BNDESPar,

proferiu despacho naquele processo, em que, no item VI - Acordo de Colaboração Premiada dos executivos da JBS, fez as seguintes considerações:

VI - Acordo de Colaboração Premiada dos executivos da JBS

50. Estando os autos conclusos em meu gabinete, o Supremo Tribunal Federal tornou público o Acordo de Colaboração Premiada entre a Procuradoria Geral da República e executivos do Grupo JBS, acordo esse versando sobre inúmeros fatos ilícitos praticados e revelados pelos referidos executivos. Dentre esses fatos encontram-se aquele objeto do Anexo 1 do referido Acordo, que trata especificamente das operações celebradas entre o BNDES e a JBS, entre elas a operação analisada nos presentes autos, de apoio à aquisição da empresa Swift Foods & Co., em junho de 2007, no valor aproximado de R\$ 1,14 bilhão.

51. Consta do relato contido no referido Anexo I que a JBS, a partir de 2004, passou a contar com facilidades advindas da intermediação de Victor Garcia Sandri, empresário amigo íntimo de Guido Mantega, então Ministro do Planejamento, mediante o pagamento de valores mensais. A partir de 2005, Guido Mantega tornou-se presidente do BNDES e em 2006 tornou-se Ministro da Fazenda, exercícios nos quais a facilitação de negociação por meio de Victor Garcia Sandri continuou a ser realizada.

52. Transcrevo tais relatos conforme constam do documento sob referência:

‘JB foi apresentado, em meados de 2004, por intermédio do advogado Gonçalo Sá, a Victor Garcia Sandri, conhecido como Vic, empresário e amigo íntimo de Guido Mantega, então Ministro do Planejamento. Vic ofereceu-se para conseguir para JB facilidades com Guido Mantega, cobrando 50 mil mensais para tanto e afirmando que o dinheiro seria dividido com o Ministro.

Quando Guido Mantega se tornou Presidente do BNDES, JB utilizou os préstimos de Vic para conseguir, no início de 2005, a marcação de reunião, no BNDES, com o próprio Guido e toda a

diretoria do Banco. A finalidade da reunião era apresentar o plano de expansão da JBS, a fim de iniciar o processo de convencimento do BNDES a apoiar esse plano.

Depois da reunião, a JBS apresentou ao BNDES, em junho e agosto de 2005, duas cartas-consulta que, juntas, pleiteavam financiamento no valor de 80 milhões de dólares para suportar o plano de expansão daquele ano. Vic solicitou, para si e para Guido Mantega, e JB prometeu, pagamento de 4% do valor do financiamento, em troca de facilidades com Guido Mantega, inclusive a marcação de reuniões e a aprovação da operação financeira.

A operação foi aprovada com grande rapidez: o crédito relativo à primeira carta-consulta ficou disponível em agosto de 2005, e o relativo à segunda, dias depois da respectiva apresentação. JB pagou, então, a vantagem prometida a Vic por meio de conta de offshore controlada por JB em conta no exterior indicada por Vic.

Mesmo depois de 2006, quando Guido Mantega se tornou Ministro da Fazenda, foram fechados os seguintes negócios entre a JBS e o BNDES com intermediação de Vic:

(1) Junho de 2007: aquisição, pelo BNDES, de 12,94% do capital social da JBS, por 580 milhões de dólares, para apoio ao plano de expansão daquele ano;

(2) Primeiro semestre de 2008: aquisição, pelo BNDES, de 12,99% do capital da JBS, por 500 milhões de dólares, em operação conjunta com FUNCEF e PETROS, para apoio ao plano de expansão do ano de 2008.

Ao longo desse período, JB percebeu, em seus contatos diretos com Guido Mantega, que a intermediação de Vic era real. Essa percepção advinha de ao menos três fatores: (1) Vic efetivamente conseguia reuniões de JB com Guido Mantega - foram mais de dez; (2) Guido Mantega, quando encontrava JB, estava informado dos assuntos que JB indica a Vic que queria discutir com Guido; (3) havia situações que, se não houvesse a intermediação, seriam inexplicáveis, como ocasião, no final de 2005, em que Vic pediu que JB custeasse cesta de Natal no valor de 17 mil reais para Guido Mantega, o qual, em encontro com JB pouco tempo depois, agradeceu a cesta.

(...) '.

53. Ainda que conste do Anexo 3 ao referido Acordo a afirmação do Sr. Joesley Batista no sentido de que não havia influência na área técnica do BNDES:

'Apesar do envolvimento político do primeiro escalão do Governo junto ao BNDES e FUNDOS, nunca houve interferência ou qualquer vantagem do depoente ou de qualquer executivo ou funcionário do Grupo J&F na área técnica, seja em valor de mercado de ações negociadas ou em avaliações das empresas investidas. Os investimentos mencionados foram aportados na JBS após a Cia ser de capital aberto, com ações listadas na Bovespa, Novo Mercado; QUE as operações sempre foram feitas a mercado.'

tal afirmação é contraditada por sua declaração, contida no já referido Anexo 1, no sentido de que o então presidente do Banco ouvia e atendia as demandas da JBS:

‘Nessas reuniões, JB indicava a Guido Mantega com clareza suas demandas junto ao BNDES. Guido Mantega, por sua vez, embora ressalvasse que Luciano Coutinho, então presidente do Bnaco, era pessoa difícil, mas, ouvia as demandas, e, ao final o BNDES as atendia.’.

54. Ademais, entendo difícil entender as razões pelas quais o presidente da JBS aceitaria pagar propina no valor de 4% sobre o valor das operações deferidas pelo BNDES se tais operações fossem perfeitamente normais e legais e não o beneficiassem de alguma forma indevida, ou em outras palavras, se exercer influência indevida na análise e na aprovação da operação não fosse necessário ao atingimento de seus objetivos, então não haveria qualquer necessidade em pagar propina.

55. Resta assim bem estabelecido nas referidas declarações que Joesley Batista (Presidente da JBS) estabeleceu relação ilícita, mediante o pagamento de propinas, com Guido Mantega (sucessivamente Ministro do Planejamento, Presidente do BNDES, Ministro da Fazenda) ,

intermediada por Victor Garcia Sandri, por meio da qual as demandas da JBS eram passadas a Luciano Coutinho (presidente do BNDES) , que as atendia.

56. Mais especificamente, restou claro, a partir deste relato, que houve interferência indevida e ilegal na contratação da operação sob análise nestes autos (que consta do Anexo 1 do Acordo como a operação realizada em 2007) , interferência esta que pode ser causa concorrente das irregularidades e danos observados até o momento. O relato a respeito do pagamento de propina indica que o dano apurado nos presentes autos se deu, ao menos em parte, com a concorrências dos agentes retro referidos, os quais se tornam responsáveis solidários pelo débito, conforme art. 16, § 2º, inciso ‘b’, da Lei 8.443/1992. Observe-se que o indício de débito apurado nos presentes autos, acréscimo de R\$ 0,50 sobre o preço médio das ações da JBS praticado nos últimos 30 pregões da bolsa de valores (R\$ 7,6523) , representa um ágio de 6,53%, percentual pouco acima daquele relativo à propina declarada pelo Sr. Joesley ao Ministério Público Federal.

57. Tendo o acordo de colaboração premiada sido homologado pelo STF, este Tribunal solicitou formalmente e obteve cópia integral dos elementos até aquele momento integrantes do referido acordo e tornado públicos pela Suprema Corte.

58. Obtidos esses elementos por esta Corte, entendo ser meu dever na presidência da instrução do processo, nos termos do art. 11 da Lei 8.443/92, (a) trazer aos autos todos os elementos de meu conhecimento que ajudem a esclarecer os fatos sob apreciação e (b) estender a responsabilização a todos aqueles que, segundo esses elementos, venham a ingressar na linha de causalidade das irregularidades e dano sob apreciação, em razão do que, e como primeiro passo, determinarei, com fundamento no art. 372 do Código de Processo Civil (subsidiário ao processo deste Tribunal) e no *caput* da Cláusula 19 do referido Acordo de Colaboração Premiada celebrado entre a Procuradoria da República e executivos do Grupo J&F, entre eles o Presidente da JBS, que seu corpo principal (os termos assinados por Joesley Mendonça Batista e por Ricardo Saud) e seus anexos de números 1 e 3 (de responsabilidade

do primeiro) e 25 (de responsabilidade do segundo) sejam juntados ao presente processo.

59. Como segundo passo, determino sejam citados os Srs. Victor Garcia Sandri, Guido Mantega e Luciano Galvão Coutinho, como responsáveis pelos danos e irregularidades observados nos presentes autos, uma vez que praticaram os atos descritos no Acordo retro descrito, em associação ilícita, para obtenção/concessão de vantagens indevidas e irregulares para o Grupo JBS no âmbito do projeto 1645717.0001/2007, operação de aporte de capital celebrada com o BNDESPar no valor de aproximadamente R\$ 1,14 bilhão, atos esses que contribuíram causalmente com o dano e irregularidades cujos indícios encontram-se sob apreciação. As condutas atribuíveis ao Sr. Ricardo Saud, a partir do conteúdo dos referidos anexos, o coloca como fonte de informação necessária aos presentes autos (anexo 25), mas não com o situa na linha de causalidade do dano e irregularidades sob apreciação. Quanto ao Sr. Joesley Mendonça Batista, entendo que poderia ser citado neste momento processual, juntamente com os demais agentes retro referidos, com fundamento em suas declarações no

referido acordo de colaboração premiada. Entretanto, e apenas por segurança e prudência, resolvi não autorizar tal citação no presente momento.

60. Não me descuidei de observar que o § 3º da cláusula 19 do referido acordo estabelece que o compartilhamento das provas produzidas no âmbito do referido acordo de colaboração para fins de utilização na esfera administrativa não poderá ser feito em prejuízo do colaborador. Entretanto, entendo que tal disposição não pode ser interpretada em sua maior amplitude e literalidade.

61. Primeiro porque impediria que o TCU exercesse plenamente, no presente caso e em outros semelhantes, suas competências constitucionais de cobrar o ressarcimento de eventuais danos de todos os responsáveis, conforme previsto no art. 71, inciso II, da Constituição Federal. Destaco que exatamente em razão do dever imposto a esta Corte de Contas por esse comando maior é que, ao editar a Instrução Normativa TCU 74, de 11/02/2015, este Tribunal, tratando dos efeitos dos acordos de leniência sobre os processos em andamento, estabeleceu no art. 6º que 'o acordo de leniência celebrado pela administração federal não afasta as competências do Tribunal de Contas da União fixadas no art. 71 da Constituição Federal, nem impede a aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/92'.

62. Segundo porque entendo que uma interpretação no sentido de que a celebração de um acordo de colaboração premiada possa impedir a adoção dos procedimentos necessários ao ressarcimento de dano por parte do agente colaborador, mesmo quando esse é causa e beneficiário do produto do ilícito, se contraporá, em princípio, à própria lei que lhe dá fundamento. Com efeito, o art. 4º da Lei 12.850/2013 estabelece como um dos resultados desejados da colaboração (*caput*) a 'recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa' (inciso IV). Em reforço a esse entendimento, observo que a Lei 12.846/2013, que trata do acordo de leniência - espécie de acordo de colaboração premiada voltado para pessoas jurídicas - estabelece expressamente em seu art. 16º, § 3º, que 'o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de

reparar integralmente o dano causado'. Quer seja por uma interpretação teleológica da referida lei 12.850/2013, quer seja por uma interpretação sistêmica, na qual se constata a ausência de critério diferenciador entre pessoa física e jurídica infratores para efeito de reparação de dano, concluo que ambas as referidas leis não permitem que eventual acordo exima os responsáveis, pessoas físicas ou jurídicas, de reparar os danos a que deram causa.

63. Colocada a questão nesses termos, entendo que a autorização para que o Sr. Joesley Mendonça Batista seja citado por este Tribunal em nada se oporia ao acordo de colaboração celebrado pela Procuradoria Geral da República posteriormente homologado pelo Supremo Tribunal Federal, antes pelo contrário, com ele se alinharia na intenção de dar plena eficácia ao interesse público maior em reprimir as práticas ilícitas e em recompor os danos sofridos pelo erário. Não obstante, e apenas por segurança e prudência, solicitarei à unidade técnica e ao Ministério Público junto a este Tribunal, que tem o dever regimental de se manifestar nos processos de TCEs, o especial obséquio de sua manifestação prévia especificamente sobre essa questão.

Além da determinação de que fossem os Srs. Victor Garcia Sandri, Guido Mantega e Luciano Galvão Coutinho citados como responsáveis pelos danos e irregularidades observados naquele processo, o Exmº Sr. Ministro-Relator determinou uma série de providências a serem efetivadas pela SecexEstataisRJ, entre elas a constante do item 64.9 do referido despacho:

64.9. após efetivadas as citações e audiências descritas nos itens 64.1 a 64.6, retro, que a unidade técnica manifeste-se, no prazo de 10 dias, acerca da citação do Sr. Joesley Mendonça Batista, com fundamento no Acordo de Colaboração Premiada por ele celebrado com a PGR e homologado pelo STF, em vista do conteúdo do referido acordo, especialmente do § 3º da Clausula 19;

Assim, considerando que as declarações prestadas pelo Sr. Joesley Batista no Acordo de Colaboração Premiada celebrado com a Procuradoria Geral da República - PGR e homologado pelo Supremo Tribunal Federal afetam diretamente as questões tratadas nos presentes autos, o exame técnico realizado sobre o assunto no TC010.398/2017-1 foi incluído nesta instrução:

EXAME TÉCNICO

Para contextualizar a possível responsabilidade do Sr. Joesley Mendonça Batista no débito apurado neste processo, a seguir foram transcritas algumas passagens constantes do Acordo de Colaboração Premiada celebrado por ele com a Procuradoria Geral da República - PGR. No referido Acordo, foi assumido pelo Sr. Joesley Mendonça Batista a prática pessoal de condutas delituosas para a obtenção de apoio financeiro do BNDES para investimentos do Grupo JBS.

Também foi transcrita passagem do Acordo de Colaboração Premiada celebrado pelo Sr. Ricardo Saud com a mesma Procuradoria Geral da República - PGR, na qual são confirmadas por ele as condutas delituosas assumidas pelo Sr. Joesley Mendonça Batista em seu Acordo de Colaboração Premiada.

JB foi apresentado, em meados de 2004, por intermédio do advogado Gonçalo Sá, a Victor

Garcia Sandri, conhecido como Vic, empresário e amigo íntimo de Guido Mantega, então Ministro do Planejamento. Vic ofereceu-se para conseguir para JB facilidades com Guido Mantega, cobrando 50 mil mensais para tanto e afirmando que o dinheiro seria dividido com o Ministro.

Quando Guido Mantega se tornou Presidente do BNDES, JB utilizou os préstimos de Vic para conseguir, no início de 2005, a marcação de reunião, no BNDES, com o próprio Guido e toda a diretoria do Banco. A finalidade da reunião era apresentar o plano de expansão da JBS, a fim de iniciar o processo de convencimento do BNDES a apoiar esse plano.

Depois da reunião, a JBS apresentou ao BNDES, em junho e agosto de 2005, duas cartas-consulta que, juntas, pleiteavam financiamento no valor de 80 milhões de dólares para suportar o plano de expansão daquele ano. Vic solicitou, para si e para Guido Mantega, e JB prometeu, pagamento de 4% do valor do financiamento, em troca de facilidades com Guido Mantega, inclusive a marcação de reuniões e a aprovação da operação financeira.

A operação foi aprovada com grande rapidez: o crédito relativo à primeira carta-consulta ficou disponível em agosto de 2005, e o relativo à segunda, dias depois da respectiva apresentação. JB pagou, então, a vantagem prometida a Vic por meio de conta de offshore controlada por JB em conta no exterior indicada por Vic.

Mesmo depois de 2006, quando Guido Mantega se tornou Ministro da Fazenda, foram fechados os seguintes negócios entre a JBS e o BNDES com intermediação de Vic:

Junho de 2007: aquisição, pelo BNDES, de 12,94% do capital social da JBS, por 580 milhões de dólares, para poio ao plano de expansão daquele ano;

Primeiro semestre de 2008: aquisição, elo BNDES, de 12,99% do capital da JBS, por 580 milhões de dólares, em operação conjunta com FUNCEF e PETROS, Para apoio ao plano de expansão do no de 2008. (peça 32, p.16)

Ao chegar o ano de 2009, JB entendia já ter proximidade suficiente com Guido Mantega para prescindir da intermediação de Vic. Tentou, então, e conseguiu marcar reunião diretamente com Guido Mantega. Na reunião, explicou que preferia não mais, por motivos pessoais, utilizar a intermediação de Vic. Na mesma reunião, ocorreu, ainda, diálogo que JB se recorda ter transcorrido nos seguintes termos:

JB: 'chefe, como é que eu acerto?'

GM: 'fica com você; confio em você'

JB: 'e o percentual? Com Vic eu tinha valor certo'

GM: 'vamos vendo caso a caso'

JB entendeu que deveria discutir valores de propina por cada negócio em que Guido Mantega interviesse em seu favor e que custodiaria, ele próprio, os valores. Àquela altura, JB entendia

que estava pagando propina para o próprio Guido Mantega.

Foram essencialmente dois, no âmbito do BNDES, a que se aplicou esse formato. O primeiro foi a aquisição, em dezembro de 2009, pelo BNDES, de debêntures da JBS, convertidas em ações, no valor de 2 bilhões de dólares, para apoio o plano de expansão do ano de 2009. Nesse negócio, Guido Mantega interveio junto a Luciano Coutinho, inclusive em reuniões a que JB estava presente, para que o negócio saísse, sempre contornando as objeções do presidente do Banco. (peça 32, p.17)

Esse ajuste mais amplo abrangeu não só o esquema do BNDES aqui descrito, como também outro esquema de formato semelhante - intervenção para a liberação de financiamentos em troca de propinas, calculadas como porcentagens das liberações - em que JB teve participação, o qual envolveu Guido Mantega e os presidentes dos fundos fechados de previdência complementar PETROS e FUNCEF. (peça 32, p.19)

Conforme já explicado, JB atualizava Guido Mantega de tempos em tempos sobre o saldo das propinas que ambos ajustaram por conta da liberação de financiamentos para o Grupo JF pelo BNDES e por PETROS e FUNCEF. (peça 32, p.34)

Das declarações do Sr. Joesley Mendonça Batista anteriormente citadas não resta nenhuma dúvida que, na condição de gestor do Grupo JBS, prometeu e pagou vantagens indevidas para agentes públicos e privados, para a obtenção de apoios financeiros do BNDES para seu grupo empresarial.

O Sr. Joesley Mendonça Batista também declara, no Acordo de Colaboração Premiada celebrado por ele com a Procuradoria Geral da República - PGR e homologado pelo STF, que suas demandas foram atendidas 'com grande rapidez', mas que nunca interagiu diretamente com o corpo técnico do BNDES, conforme a seguir transcrito.

Depois da reunião, a JBS apresentou ao BNDES, em junho e agosto de 2005, duas cartas-consulta que, juntas, pleiteavam financiamento no valor de 80 milhões de dólares para suportar o plano de expansão daquele ano. Vic solicitou, para si e para Guido Mantega, e JB prometeu, pagamento de 4% do valor do financiamento, em troca de facilidades com Guido Mantega, inclusive a marcação de reuniões e a aprovação da operação financeira.

A operação foi aprovada com grande rapidez: o crédito relativo à primeira carta-consulta ficou disponível em agosto de 2005, e o relativo à segunda, dias depois da respectiva apresentação. JB pagou, então, a vantagem prometida a Vic por meio de conta de offshore controlada por JB em conta no exterior indicada por Vic. (peça 32, p.16)

Apesar do envolvimento político do primeiro escalão do Governo junto ao BNDES e FUNDOS, nunca houve interferência ou qualquer vantagem do depoente ou de qualquer executivo ou funcionário do Grupo J&F na área técnica, seja em valor de mercado das ações negociadas das empresas ou em avaliações das empresas investidas. (peça 32, p.20)

Em outra passagem constante do Acordo de Colaboração Premiada celebrado pelo Sr. Joesley Batista com a Procuradoria Geral da República - PGR e homologado pelo STF, o Sr. Joesley Batista declara que havia resistência por parte do presidente do BNDES, Sr. Luciano Coutinho, no atendimento de suas demandas, mas que ele sempre as atendia, conforme a seguir transcrito.

Nessas reuniões, JB indicava a Guido Mantega com clareza suas demandas junto ao BNDES. Guido Mantega, por sua vez, embora ressaltasse que Luciano Coutinho, então presidente do Banco, era pessoa difícil, mas ouvia as demandas, e ao final o BNDES as atendia.

Não obstante as declarações prestadas pelo Sr. Joesley Batista à PGR, de que não interagira com os técnicos do BNDES e que suas operações foram feitas 'a preços de mercado', a análise da concessão de apoio financeiro a JBS objeto deste processo apontou indícios da existência de várias irregularidades perpetradas no âmbito do BNDES, na condução da análise da concessão desse apoio.

Tais irregularidades, enunciadas resumidamente nas páginas 1 e 2 do despacho do Exmº Sr. Ministro-Relator, constante da peça 31 do TC010.398/2017-1, foram transcritas a seguir.

a) não comprovação da adequação do valor econômico das empresas estimado pelo BNDES, tendo em vista a ausência:

a.1) nos documentos apresentados a este Tribunal, de detalhamento da metodologia que foi utilizada como balizador único da aceitação da proposta da JBS:

a.2) de indicação de origem das premissas e parâmetros utilizados na referida metodologia para o cálculo do valor econômico das empresas envolvidas na operação (estimado em R\$ 9,70 por ação) ; e

a.3) da análise e validação dessas premissas e parâmetros;

b) ausência de análise do valor a ser atribuído às ações a partir de qualquer outro critério ou metodologia mencionados no Acórdão 800/2017-Plenário, previstos em lei ou aceitos no mercado, mesmo que a título de validação;

c) ausência de justificativa para recepção, análise e aprovação de operação formatada nos termos do inciso III, do art. 170, § 1º, da Lei 6.404/1976 (valor da ação em bolsa nos últimos 30 pregões acrescido de ágio de R\$ 0,50) , sem análise das condições de mercado especificadas no referido dispositivo, fundamentando-se apenas no inciso I do referido dispositivo legal;

d) ausência de atuação do BNDES no sentido de analisar criteriosamente a operação e buscar as condições mais adequadas para sua concretização, tendo em vista seu papel tanto de banco de investimento (interessado no resultado financeiro da operação e na mitigação dos riscos da mesma) quanto de agente fomentador do desenvolvimento nacional (interessado, portanto, em aportar recursos em projetos viáveis, de retornos previsíveis, de interesse público) , caracterizável por um complexo de falhas simultâneas, tais como:

d.1) análise e aprovação de uma operação complexa, de alto risco, envolvendo a aquisição de uma empresa em dificuldades financeiras no exterior, em prazo exíguo de tempo (apenas 19 dias úteis, considerando o prazo entre a conclusão da instrução de enquadramento e o término do relatório de análise; ou apenas 6 dias úteis, considerando o prazo entre o início de análise, após recebimento do projeto, e a conclusão da mesma, conforme apontado no sumário executivo do relatório de análise) , muito aquém do prazo médio indicado pelo próprio BNDES e daquele levantado pela secretaria deste Tribunal, sem justificativa até o momento;

d.2) falhas na análise de valor econômico presente e futuro das empresas envolvidas na operação e da empresa resultante (item 4 do relatório de análise) , sem a devida ponderação de aspectos negativos como, por exemplo, o fraco resultado operacional da empresa a ser adquirida nos últimos exercícios, ou complexos como, por exemplo, a efetiva capacidade de a JBS recuperar e administrar uma empresa maior que ela mesma sediada no exterior;

d.3) ausência de análise mais ampla de cenários efetivamente 'conservadores' ou 'base' relacionados ao mercado de carne e às performances operacionais das empresas envolvidas na operação, não só no curto prazo - como, por exemplo, um cenário conservador no qual a empresa Swift continuasse, pelo menos por mais alguns anos, tendo os problemas operacionais e de rentabilidade observados nos últimos exercícios, ou um cenário base no qual a JBS, mesmo com sucesso em sua gestão da Swift, demorasse alguns anos para trazê-la ao padrão operacional desejado - mas também no médio e longo prazo - por exemplo, um cenário conservador no qual as vendas líquidas e a margem Ebtida se estagnassem, ou um cenário base no qual as vendas líquidas e a margem de Ebtida se elevassem mais devagar e se estabilizassem em patamar menos elevado;

d.4) ausência de justificativa para pagamento de ágio sobre a média do valor das ações em bolsa, independentemente do valor econômico estimado das empresas envolvidas e das projeções realizadas, e de indicação de metodologia (de critérios, de normas, etc.) que fundamentasse a fixação do valor do ágio em R\$ 0,50, em detrimento de qualquer outro valor, maior ou menor, salvo a mera aceitação da proposta da empresa;

d.5) ausência de negociação do valor de aquisição das ações em prol da lucratividade e segurança da operação para o Banco considerando a posição privilegiada do Banco como concedente dos recursos financeiros na negociação da operação; entre outras.

Já é entendimento desta corte que 'o agente particular pode ser responsabilizado individualmente por danos causados ao erário, independentemente de ter sido comprovada a sua atuação em conjunto com agente da Administração Pública' (Acórdão 1160/2016-TCU-Plenário - Relator: Ministro Augusto Nardes) .

Considerando a declaração do Sr. Joesley Batista prestada à PGR de que pagava propina para que seus pleitos fossem aprovados no BNDES, que seus pleitos eram aprovados com rapidez, apesar da resistência do presidente do BNDES, e ainda, considerando os indícios de

irregularidades apontados na análise da concessão de apoio financeiro a JBS objeto deste processo (análises superficiais, sem embasamento robusto, realizadas em tempo não compatível com a complexidade da operação), infere-se que a conduta delituosa pessoal e ativa do Sr. Joesley Batista concorreu, se não de forma direta junto aos técnicos do BNDES, mas por meio de terceiros, para a concretização do débito apurado neste processo.

Assim, pode ser imputada responsabilidade solidária ao Sr. Joesley Batista no débito apurado neste processo, nos seguintes termos:

Conduta: Praticar e conduzir atos ilícitos para conseguir vantagem do BNDES por meio da obtenção de apoio financeiro para investimentos do Grupo JBS, de forma a maximizar indevidamente os lucros daquele grupo empresarial, mediante o pagamento de propinas a agentes públicos e privados, o que infringe o disposto no art. 37 da CF/1998 e o art. 333 da Lei 2.848/1940.

Nexo de causalidade: A prática de ato ilícito de pagamento de propinas permitiu o investimento de elevada quantia de recursos do BNDES no Grupo JBS, em valor não comprovadamente necessário, prejudicando o BNDES, que pode ter pagado ágio não justificado na compra de ações do Grupo JBS.

Culpabilidade: É razoável afirmar-se que era possível ao Sr. Joesley Mendonça Batista ter consciência da ilicitude do ato que estava praticando (pagamento de propina) e que era exigível conduta diversa daquela que adotou considerando a posição de destaque que possuía no meio empresarial, pois seu comportamento desconsiderou os preceitos morais e éticos sob os quais vivem o chamado homem médio ou homem comum.

Não existe nenhum óbice de natureza processual na citação do Sr. Joesley Mendonça Batista nesta fase do processo, pois, conforme disposto no Acórdão 1720/2016-TCU-Plenário, da relatoria do Exmº Sr. Ministro Vital do Rêgo, 'em casos excepcionais, o TCU pode ordenar a citação de responsáveis solidários em momentos distintos e até mesmo em autos apartados, com fundamento nos princípios da duração razoável do processo e da racionalidade processual, sendo também possível que os julgamentos ocorram em ocasiões diversas'.

Superada a análise da solidariedade do Sr. Joesley Mendonça Batista no débito apurado neste processo, passa-se a analisar os reflexos do Acordo de Colaboração Premiada celebrado por ele com a Procuradoria Geral da República - PGR e homologado pelo STF, no âmbito deste processo.

A questão dos reflexos dos Acordos de Colaboração Premiada, Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação de Prática que têm sido celebrados entre as pessoas físicas e jurídicas que praticaram delitos contra a administração pública e os órgãos de controle (Ministério Público, CADE e Ministério da Transparência - CGU) têm sido objeto de muita reflexão no âmbito desta Corte.

O Acordo de Colaboração Premiada celebrado pelo Sr. Joesley Mendonça Batista com a

Procuradoria Geral da República - PGR e homologado pelo STF, dispõe, no § 3º da Cláusula 19, que:

Parágrafo Terceiro. O compartilhamento das provas produzidas neste acordo para fins de utilização nas esferas cíveis e administrativas não poderá ser feito em prejuízo do próprio colaborador.

Já é senso comum no âmbito desta Corte que a confissão ou os acordos celebrados com o Poder Público não elidem os ilícitos já ocorridos, tampouco tornam, por si só, os responsáveis, sejam pessoas jurídicas ou físicas, idôneas ou éticas em suas condutas junto à Administração Pública.

A seguir foi transcrito trecho constante da instrução do Auditor Federal elaborada por ocasião da análise do TC016.991/2015-0, a qual foi adotada na íntegra pelo Exmº Sr. Ministro Bruno Dantas, Relator do aludido processo, no Relatório que embasou o Acórdão 483/2017-TCU-Plenário, que situa juridicamente muito bem a questão:

91. O acordo de delação premiada e o acordo de leniência são destinados, respectivamente, às pessoas físicas e às pessoas jurídicas que efetivamente colaborarem com as investigações. É importante salientar que no caso das delações premiadas, mesmo após a colaboração, o responsável é condenado pelos crimes por ele confessados, recebendo como contrapartida a atenuação de suas penas. Tal procedimento parece adequado, visto que o indivíduo que colabora é punido por suas práticas ilícitas em menor grau do que aqueles que não colaboraram, **mas não é posto no mesmo patamar dos cidadãos que não se corromperam**. Para exemplificar a questão da colaboração e punição, transcreve-se trecho da sentença proferida pelo Juiz Federal Sérgio Moro da 13ª Vara Federal de Curitiba, em 20 de julho de 2015, relativa ao processo 508325829.2014.404.7000 (peça 16, p.136-139) que condenou Dalton dos Santos Avancini, juntamente com outros réus ligados à empreiteira Camargo Corrêa, mesmo após sua colaboração nas investigações:

‘583. Dalton dos Santos Avancini

Para o crime de corrupção ativa: Dalton dos Santos Avancini não tem antecedentes registrados no processo. Personalidade Culpabilidade, conduta social, motivos, comportamento da vítima são elementos neutros. Circunstâncias devem ser valoradas negativamente. A prática do crime corrupção envolveu o pagamento de R\$ 50.035.912,33 à Diretoria de Abastecimento da Petrobras, um valor muito expressivo. Consequências também devem ser valoradas negativamente, pois o custo da propina foi repassado à Petrobras, com o que a estatal ainda arcou com o prejuízo no valor equivalente. A corrupção com pagamento de propina de dezenas de milhões de reais e tendo por consequência prejuízo equivalente aos cofres públicos merece reprovação especial. Considerando duas vetoriais negativas, de especial reprovação, fixo, para o crime de corrupção ativa, pena de quatro anos e seis meses de reclusão.

Reconheço a atenuante da confissão, art. 65, III, ‘d’, do CP, motivo pelo qual reduzo a pena em seis meses, para quatro anos de reclusão.

Tendo o pagamento da vantagem indevida comprado a lealdade de Paulo Roberto Costa que deixou de tomar qualquer providência contra o cartel e as fraudes à licitação, aplico a causa de aumento do parágrafo único do art. 333 do CP, elevando-a para cinco anos e quatro meses de reclusão.

(...)

A operação de lavagem, tendo por antecedentes crimes de cartel e de ajuste fraudulento de licitações (art. 4º, I, da Lei no 8.137/1990, e art. 90 da Lei 8.666/1993), tinha por finalidade propiciar o pagamento de vantagem indevida, ou seja, viabilizar a prática de crime de corrupção, devendo ser reconhecida a agravante do art. 61, II, 'b', do CP. Observo que, nas circunstâncias do caso, ela não é inerente ao crime de lavagem, já que o dinheiro sujo, proveniente de outros crimes, serviu para executar crime de corrupção.

Reconheço igualmente a atenuante da confissão, art. 65, III, 'd', do CP, motivo pelo qual compenso mutuamente a agravante com a atenuante, deixando de alterar a pena base.

(...)

A colaboração de Dalton dos Santos Avancini tem alguma efetividade. Além da confissão no presente feito, **revelou a formação de cartel e pagamento de propina em outros âmbitos da Administração Pública**. As investigações quanto a esses fatos ainda estão no início, mas as informações foram relevantes. Forneceu algumas provas desse esquema criminoso.

Além disso, a indenização cível admitida garantirá a recuperação pelo menos parcial dos recursos públicos desviados em favor da vítima, a Petrobras.

Não cabe, porém, como pretendido o perdão judicial. Além da efetividade não ter sido examinada de todo, ela não é o único elemento a ser considerado. Deve ter o Juízo presente também os demais elementos do § 1.º do art. 4º da Lei 12.850/2013. Nesse aspecto, **considerando a gravidade em concreto dos crimes praticados por Dalton dos Santos Avancini e a elevada reprovabilidade de sua conduta, não cabe perdão judicial.**' (grifos do original)

As competências do TCU decorrem de comando constitucional (art. 70 c/c 71, inciso VIII, ambos da CF/1998) :

art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quando à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos

quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

(...)

art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

Ao apreciar essa tomada de contas especial, esta Corte poderá concluir pela sua irregularidade, conforme disposto na Lei 8.443/1992:

art. 16. As contas serão julgadas:

(...)

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências;

(...)

c) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

d) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;

(...)

§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

a) do agente público que praticou o ato irregular, e

b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

Consoante o disposto no artigo 16 anteriormente transcrito, não poderá esta Corte deixar de apenar qualquer pessoa que tenha sido alcançada pelo referido artigo, sob pena de deixar de cumprir o comando insculpido na Constituição Federal de 1988, especificamente no artigo 71, inciso VIII, o qual dispõe que compete ao Tribunal de Contas da União 'aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário'.

Por outro lado, não há, nas Leis 12.580/2013, 9.807/99 e 9.613/98 e respectivos dispositivos nos quais se fundamentou o Acordo de Colaboração Premiada celebrado pelo Sr. Joesley

Mendonça Batista com a Procuradoria Geral da República - PGR, nenhum comando que isente a aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/1992.

Fazendo-se uma analogia com a questão da declaração de inidoneidade por parte deste Tribunal de empresas que fizeram Acordo de Leniência com o CADE e o MPF, no âmbito do TC016.991/2015-0, manifesta-se concordância com o teor da instrução contida naquele processo, quando nela se concluiu que deixar de aplicar sanção aos infratores seria descumprir os comandos insculpidos na Lei Orgânica do TCU e também convalidar a utilização desses acordos como escudos de proteção e incentivo às empresas para que continuem a delinquir. Continua aquela instrução ainda se posicionando que 'se a celebração de acordo de colaboração implicar a completa anistia da aplicação de sanções, tal instrumento não seria um elemento de combate à corrupção e sim um elemento de incentivo à prática de atos ilícitos'.

Não obstante se entenda que, se comprovadas as irregularidades apontadas nesta tomada de contas especial, devam todos os responsáveis ser punidos de forma exemplar, punir o Sr. Joesley Mendonça Batista da mesma maneira que outros que não celebraram Acordos de

Colaboração Premiada pode prejudicar a atratividade desse mecanismo, podendo até mesmo inviabilizar sua futura utilização, conforme defendido por várias pessoas que atuam em processos dessa natureza.

A dosimetria da pena a ser aplicada deverá levar em conta a contribuição efetiva do Sr. Joesley Mendonça Batista para o deslinde não só deste processo, mas também dos demais processos em curso nesta Corte, referentes aos apoios financeiros prestados pelo BNDES às empresas do grupo JBS, e pode ser considerada como atenuante na aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/1992.

Em relação especificamente à questão do débito, o art. 4º, inciso IV, da Lei 12.850/2013 estabelece o seguinte:

Da Colaboração Premiada

art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Portanto, a recuperação do dano aos cofres públicos causado pelos ilícitos cometidos constitui uma das exigências para a aceitação da colaboração premiada. Ainda que seja exemplificativo e não exaustivo o rol de eventos constante dos incisos supramencionados, resta ao menos evidente que a colaboração premiada não exime o colaborador de ressarcir o débito causado em razão dos crimes perpetrados e confessados por ele. Não há perdão previsto no ordenamento jurídico quanto a isso.

Na verdade, a referida colaboração premiada exerce efeitos sobre bem jurídico bem mais relevante: a liberdade, pois o juiz pode até conceder o perdão judicial, isentando o colaborador do cumprimento de qualquer pena privativa de liberdade.

Sendo assim, a colaboração premiada em comento em nada obstrui o dever institucional desta Casa de Contas de realizar a citação do Sr. Joesley Batista.

Por fim, ressalte-se que o acordo de leniência firmado entre a J&F Participações, controladora da empresa JBS S.A., e o Ministério Público Federal (peça 301 do TC010.398/2017-1), com previsão do pagamento do valor de R\$ 10,3 bilhões em 25 anos, apenas terá o condão de elidir o débito em questão, aproveitando a todos os demais devedores solidários, quando for efetivamente recolhido aos cofres da BNDESPar o montante devido em razão das irregularidades neste processo apuradas.

CONCLUSÃO

Assim, em face do exposto, deverá o Sr. Joesley Mendonça Batista ser citado solidariamente com os demais responsáveis, para que recolha aos cofres do BNDES o débito apurado nesta TCE ou apresente suas justificativas, sendo-lhe aplicadas, caso seja comprovada sua responsabilidade no débito apurado, as sanções previstas na Lei 8.443/1992, em dosimetria que leve em consideração sua contribuição com esta Corte na apuração dos possíveis ilícitos praticados na concessão dos apoios financeiros do BNDES ao grupo JBS.

Trazidas as considerações feitas no âmbito do TC010.398/2017-1 e considerando o relato do *modus operandi* estabelecido pelos executivos da JBS S.A. para a obtenção de apoio financeiro junto ao BNDES para seus projetos, deverão ser citados além dos responsáveis já arrolados nos parágrafos anteriores, os Srs. Joesley Mendonça Batista, Victor Garcia Sandri e Guido Mantega, como responsáveis pelos danos e irregularidades observados nos presentes autos, uma vez que praticaram os atos descritos no Acordo de Colaboração Premiada celebrado entre a Procuradoria da República e executivos do Grupo J&F, conforme os documentos juntados ao TC010.398/2017-1.

CONCLUSÃO

A análise dos documentos já em poder desta Corte, em conjunto com novos documentos enviados pelo BNDES, aponta a existência de indícios de várias irregularidades não só no processo de concepção da operação ora analisada, mas também no acompanhamento da

processo de concessão de operações de empréstimo, mas também no acompanhamento na aplicação dos recursos repassados à JBS S.A.

As principais irregularidades que se podem apontar em função das evidências existentes são: análises incompletas e fundadas em informações prestadas pela beneficiária dos recursos, concebidas em tempo não compatível com o razoável para a correta verificação das informações prestadas; inexistência de verificação sobre a viabilidade de aprovação de operação complexa realizada sob a égide de normas de outro país; escolha de índice desfavorável para o BNDES quando da conversão de ações a serem subscritas na operação, que pode ter ocasionado um dano aos cofres do BNDES de cerca de R\$ 286.589.904,58, em valores atualizados; falta de acompanhamento da efetiva aplicação dos recursos na forma como foi concebida a operação; falta de planejamento de alternativas para o insucesso da operação; favorecimento da empresa JBS S.A., que manteve em seu caixa elevado montante de recursos, da ordem de US\$ 800 milhões, a custo zero para a empresa, em detrimento da sociedade brasileira, que arcou com o spread que viabilizou esse aporte de recursos; favorecimento da empresa JBS S.A. com o abatimento de possível débito de US\$ 169,4

milhões decorrente de put, mediante a inclusão de aquisição de empresa estranha à operação; desvio de finalidade na aplicação dos recursos públicos disponibilizados para a operação e não comprovação efetiva dos benefícios que a operação poderia trazer para a sociedade brasileira.

Por sua vez, os indícios apontam que a diretoria do BNDES tomou decisões em tempo não compatível com o razoável para a análise da operação, embasadas em pareceres precários, que não apresentavam análises que abordassem com a necessária profundidade a operação que se pretendia realizar, negligenciando o cuidado e a diligência que o homem médio costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

Por fim, ainda restou comprovado pelas declarações prestadas no Acordo de Colaboração Premiada celebrado entre a Procuradoria da República e executivos do Grupo J&F homologado pelo Supremo Tribunal Federal, que agentes externos ao BNDES receberam vantagens indevidas para exercer influência a seu favor na análise e na aprovação de operações de seu interesse.

Tais irregularidades violam os princípios constitucionais a que a Administração Pública está sujeita, assim como os dispositivos legais que regem as sociedades anônimas e os normativos internos do banco, motivos pelos quais se proporá, para a efetiva apreciação desta Corte, a realização de audiência e citação dos gestores, cuja responsabilidade consta apurada em parágrafos anteriores. Tal apreciação deverá ser realizada no âmbito da tomada de contas especial decorrente da conversão deste processo, conforme será proposto.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

A matéria examinada, especialmente aquela referente aos indícios de irregularidades com ocorrência de dano ao BNDES, impacta as contas de 2008 do banco, TC019.265/2009-4. Esse processo de contas já teve seu mérito julgado, mediante o Acórdão 5920/2010-TCU-2ª Câmara, que julgou regulares as contas dos responsáveis.

Todavia, a matéria em análise não foi examinada de forma expressa e conclusiva no âmbito daquelas contas. Assim, considerando o disposto no art. 206 do Regimento Interno desta Corte, o qual preconiza que 'a decisão definitiva em processo de tomada ou prestação de contas ordinária não constituirá fato impeditivo da aplicação de multa ou imputação de débito em outros processos, salvo se a matéria tiver sido examinada de forma expressa e conclusiva, hipótese na qual o seu exame dependerá do conhecimento de eventual recurso interposto pelo Ministério Público', sob o aspecto processual, não há óbice à imediata conversão deste processo em tomada de contas especial.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

1.99. conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da

Resolução - TCU 259/2014;

1.100. determinar, nos termos do art. 47 da Lei 8.443/1992, a conversão do presente processo em tomada de contas especial, autorizando, desde logo, as citações propostas a seguir;

1.101. realizar as citações solidárias dos Srs. Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, Armando Mariante Carvalho Junior, CPF 178.232.937-49, Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Elvio Lima Gaspar, CPF 626.107.917-04, João Carlos Ferraz, CPF 230.790.376-34, Mauricio Borges Lemos, CPF 165.644.566-20, Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 337.026.597-49, Fabio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, Jorge Luiz Sozzi de Moraes, CPF 238.880.407-87, Jorge Eduardo Martins Moraes, CPF 550.770.307-82, Maria de Lourdes C. de Albuquerque, CPF 126.779.144-68, Marcio Duarte de Medeiros, CPF 070.768.147-22, Ramom Dantas Rotta, CPF 220.871.978-65, em solidariedade com a empresa JBS S.A., CNPJ 02.916.265/0001-60, com fulcro nos arts. 10, § 1º, 12, inciso II, e 16, § 2º, b, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 202, inc. II, e 209, § 5º, II, e § 6º do Regimento Interno/TCU, para, no prazo de quinze dias, contados a partir da ciência da citação, apresentarem alegações de defesa e/ou recolherem aos cofres da BNDES Participações S.A. o montante de valor histórico R\$ 163.511.852,40, atualizado monetariamente a partir das datas indicadas, nos termos da legislação vigente, em decorrência da realização de aporte de capital na JBS S.A., com aumento de seu capital social por meio da subscrição de 139.753.320 ações ao valor nominal unitário de R\$ 7,07 (sete reais e sete centavos), empregando-se a média dos 120 últimos pregões daquela empresa na Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA como parâmetro para o cálculo do valor nominal da ação, referencial este que não é utilizado pelo banco, conforme se depreende de todas as operações de valor superior a R\$ 100 milhões realizadas pela BNDESPAR desde 2006, devendo-se ressaltar que restava consignado, no relatório de enquadramento, que havia negociação de compra das ações pelo 'preço médio de mercado entre as 30 e 90 últimas cotações, ou seja, entre R\$ 5,09 e R\$ 5,90 por ação', com afronta aos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e eficiência, previstos no art. 37 da CF, e da economicidade.

estabelecido no art. 70 da CF, além de se terem violado os arts. 153; 154, § 2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76 (parágrafos 112 a 139) ;

Data da subscrição das ações	Quantidade de ações adquirida	Diferença no preço unitário das ações	Valor do Débito (R\$)
17/4/2008	88.810.308	R\$ 7,07 - R\$ 5,90 = R\$ 1,17	103.908.060,36
18/4/2008	47.421.190	R\$ 7,07 - R\$ 5,90 = R\$ 1,17	55.482.792,30
28/5/2008	3.522.222	R\$ 7,07 - R\$ 5,90 = R\$ 1,17	4.120.999,74

Valor atualizado até 27/6/2017: R\$ 285.625.022,38 (peça 116)

1.102. realizar as citações solidárias dos Srs. Joesley Mendonça Batista (CPF 376.842.211-91) , Victor Garcia Sandri (CPF 897.027.278-04) e Guido Mantega (CPF 676.840.768-68) , em

solidariedade também com as pessoas físicas e jurídica referidas no item 338.3, retro, pelo dano ali especificado, com fulcro nos arts. 70 e 71, inciso II, da Constituição Federal, arts. 10, § 1º, 12, incisos I e II, e 16, § 2º, 'b', da Lei 8.443/1992 c/c o art. 202, incisos I e II, e 209, § 5º, II, e § 6º do Regimento Interno/TCU, para, no prazo de quinze dias, contados a partir da ciência da citação, apresentarem alegações de defesa e/ou recolherem aos cofres da BNDES Participações S.A. o montante de valor histórico R\$ 163.511.852,40, atualizado monetariamente a partir das datas indicadas, nos termos da legislação vigente, em decorrência de associação ilícita destinada a obtenção/concessão de vantagens indevidas ao Grupo JBS, conforme descrição realizada pelo Sr. Joesley Mendonça Batista constante do Acordo de Colaboração Premiada celebrado com a Procuradoria Geral da República e homologado pelo Supremo Tribunal Federal, o que resultou na realização de aporte de capital na JBS S.A., com aumento de seu capital social por meio da subscrição de 139.753.320 ações ao valor nominal unitário de R\$ 7,07 (sete reais e sete centavos) , empregando-se a média dos 120 últimos pregões daquela empresa na Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA como parâmetro para o cálculo do valor nominal da ação, referencial este que não é utilizado pelo banco, conforme se depreende de todas as operações de valor superior a R\$ 100 milhões realizadas pela BNDESPAR desde 2006, devendo-se ressaltar que restava consignado, no relatório de enquadramento, que havia negociação de compra das ações pelo 'preço médio de mercado entre as 30 e 90 últimas cotações, ou seja, entre R\$ 5,09 e R\$ 5,90 por ação', com afronta aos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e eficiência, previstos no art. 37 da CF, e da economicidade, estabelecido no art. 70 da CF, além de se ter violado os arts. 153; 154, § 2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76 (parágrafos 112 a 391) ;

Data da subscrição das ações	Quantidade de ações adquirida	Diferença no preço unitário das ações	Valor do Débito (R\$)
17/4/2008	88.810.308	R\$ 7,07 - R\$ 5,90 = R\$ 1,17	103.908.060,36
18/4/2008	47.421.190	R\$ 7,07 - R\$ 5,90 = R\$ 1,17	55.482.792,30

28/5/2008	3.522.222	R\$ 7,07 - R\$ 5,90 = R\$ 1,17	4.120.999,74
-----------	-----------	--------------------------------	--------------

Valor atualizado até 27/6/2017: R\$ 285.625.022,38 (peça 116)

1.103. realizar, com fundamento no art. 43, inciso II, da Lei 8.443/91 e art. 250, inciso IV, c/c o art. 237, parágrafo único, do RI/TCU, a audiência dos responsáveis a seguir apontados, para que no prazo de quinze dias, apresentem razões de justificativa pelas irregularidades indicadas, observadas no âmbito do projeto 1821764.0001/2008, referente à participação acionária da BNDESPAR na JBS S.A., visando à sua capitalização para adquirir a empresa americana National Beef Packing Co. e a divisão de carnes bovinas da Smithfield Foods Inc:

1.103.1. Srs. Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, Armando Mariante Carvalho Junior, CPF 178.232.937-49, Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 337.026.597-49, Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, João Carlos Ferraz CPF 230.790.376-34, Elvio Lima Gaspar, CPF

626.107.917-04 e Mauricio Borges Lemos, CPF 165.644.566-20, que como membros da diretoria do BNDES e da BNDESPAR à época dos fatos:

1.103.1.1. aprovaram, por unanimidade, pela Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, a operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., por meio da subscrição de ações da JBS S.A., no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, em prazo não compatível com a realização da análise que seria necessária para o deferimento da operação, baseando-se ainda em pareceres exarados em tempo exíguo, sem a profundidade adequada em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos e sem o efetivo exame criterioso da possibilidade de não aprovação pelas autoridades antitruste americanas da operação, contrariando o disposto nos arts. 153, 154, § 2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76;

1.103.1.2. aprovaram, por unanimidade, pela Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, a operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., por meio da subscrição de ações da JBS S.A., no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, com base em pareceres exarados que utilizaram exclusivamente as informações financeiras fornecidas pelo postulante dos recursos, sem a sua efetiva comprovação por meio de *due diligences*, o que contraria não só a prática do mercado, mas também o dever de cuidado e diligência a que estão obrigados, por força dos arts. 153; 155, II; e 160 da Lei 6.404/76;

1.103.1.3. aprovaram, por unanimidade, pela Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, a operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., por meio

da subscrição de ações da JBS S.A., no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, com base em pareceres exarados sem a elaboração de quadros de usos e fontes com o detalhamento necessário para a análise criteriosa da operação, que se revestia de elevada complexidade e envolvia montante expressivo de recursos;

1.103.1.4. aprovaram, por unanimidade, mediante a Decisão de Diretoria 118/2008-BNDESPAR, de 28/10/2008, dia seguinte após a elaboração da Instrução Padronizada IP AMC/DEPAC 142/2008, de 27/10/2008, o não exercício da opção de venda constante da cláusula 2.2 do Contrato de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças, celebrado pela BNDESPAR, o FIP PROT e os acionistas da JBS S.A., e a extensão do prazo inicialmente constante do contrato por mais doze meses a partir 28/10/2008, em prazo exíguo, baseados em pareceres precários, que não apresentavam nenhuma abordagem jurídica consistente sobre a questão da aprovação da operação pelas autoridades antitruste americanas;

1.103.1.5. aprovaram, por unanimidade, mediante a Decisão de Diretoria 034/2009-BNDESPAR, de 14/4/2009, dia seguinte após a elaboração da Instrução Padronizada IP AMC-DEPAC 060/2009, de 13/4/2009, o não exercício da opção de venda constante da cláusula 2.2 do Contrato de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças, celebrado pela BNDESPAR, o FIP PROT e os acionistas da JBS S.A.; a manutenção da autorização para a aplicação dos recursos até 28/10/2010; o abatimento da potencial dívida da JBS S.A., decorrente do *put*, com seus parceiros acionistas no total de US\$ 169,4 milhões, sob o argumento de que a JBS S.A. teria investido esse montante de recursos na aquisição da Tasman Group, cuja compra, no momento da estruturação do aporte financeiro, seria realizada por meio de recursos próprios da JBS S.A.; e a aplicação dos recursos em finalidade não só diversa da qual a operação foi concebida, mas também sem destinação específica, em prazo exíguo, e baseados em pareceres precários, que não apresentavam nenhuma justificativa consistente para as propostas apresentadas;

1.103.1.6. aprovaram, por unanimidade, mediante a Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, relatório de análise da operação, que não demonstrava quais seriam os benefícios econômicos e sociais para o Brasil, em descumprimento do art. 12 do Regulamento Geral de Operações, anexo à Resolução BNDES 862/96, bem como da missão do BNDES e dos arts. 3º, 9º, II, e 10, I, do Estatuto Social do BNDES, c/c art. 4º, I, do Estatuto da BNDESPAR e, ainda, dos arts. 153 e 158, II, da Lei 6.404/76;

1.103.2. Sr. Luiz Fernando Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68:

1.103.2.1. aprovou, mediante a Decisão de Diretoria 034/2009-BNDESPAR, de 14/4/2009, dia seguinte após a elaboração da Instrução Padronizada IP AMC-DEPAC 060/2009, de 13/4/2009, o não exercício da opção de venda constante da cláusula 2.2 do Contrato de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças, celebrado pela BNDESPAR, o FIP PROT e os acionistas da JBS S.A.; a manutenção da autorização para a aplicação dos recursos até 28/10/2010; o abatimento da potencial dívida da JBS S.A., decorrente do *put*, com seus parceiros acionistas no total de US\$

169,4 milhões, sob o argumento de que a JBS S.A. teria investido esse montante de recursos na aquisição da Tasman Group, cuja compra, no momento da estruturação do aporte financeiro, seria realizada por meio de recursos próprios da JBS S.A.; e a aplicação dos recursos em finalidade não só diversa da qual a operação foi concebida, mas também sem destinação específica, em prazo exíguo, e baseado em pareceres precários, que não apresentavam nenhuma justificativa consistente para as propostas apresentadas;

1.103.3. Srs. Caio Britto de Azevedo, CPF 021.491.517-40, José Claudio Rego Aranha, CPF 261.866.247-49, Jaldir Freire Lima, CPF 244.727.001-15, Carlos Augusto Muller Ferreira, CPF 449.819.297-49, Jorge Eduardo Martins Moraes, CPF 550.770.307-82, Marcio Duarte de Medeiros, CPF 070.768.147-22 e Robson Wagner Oliveira Sarmento, CPF 004.985.777-08, que como signatários da Instrução de Enquadramento IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008:

1.103.3.1. recomendaram a operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., na modalidade de renda variável, no valor de até US\$ 640 milhões, sendo US\$ 450 milhões por meio do Fundo de Investimento em Participações e até US\$ 192 milhões diretamente, caso os acionistas minoritários não acompanhassem seu direito de preferência, com pareceres exarados em tempo exíguo, sem a profundidade necessária em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos, utilizando-se principalmente de informações praticamente fornecidas pelo postulante dos recursos, sem a efetiva análise criteriosa sobre a verificação da possibilidade de não aprovação pelas autoridades antitruste americanas da operação, contrariando o disposto nos arts. 153; 154, § 2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76.

1.103.3.2. recomendaram a operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., na modalidade de renda variável, no valor de até US\$ 640 milhões, sendo US\$ 450 milhões por meio do Fundo de Investimento em Participações e até US\$ 192 milhões diretamente, caso os acionistas minoritários não acompanhassem seu direito de preferência, com pareceres exarados sem a elaboração de quadros de usos e fontes com o detalhamento necessário para a análise criteriosa da operação, que se revestia de elevada complexidade e envolvia montante expressivo de recursos, contrariando o disposto nos arts. 153, 154, § 2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76;

1.103.4. Srs. Ricardo Luiz de Souza Ramos, CPF 804.112.237-04, Yolanda Maria Melo Ramalho, CPF 376.387.187-04, Jorge Kalache Filho, CPF 178.165.217-15, Julio Cesar Maciel Raimundo, CPF 003.592.857-32, Lucia Maria Coelho Weaver, CPF 549.997.077-72, Luiz Antonio Araújo Dantas, CPF 400.896.497-53, João Furtado de Aquino, CPF 345.581.607-04, Luis Carlos Schwarz, CPF 345.767.037-49, Roberto Zurli Machado, CPF 600.716.997-91, Mariane Sardenberg Sussekind, CPF 437.490.037-34, Paulo Todescan Lessa Mattos, CPF 188.745.248-62, Gil Bernardo Borges Leal, CPF 548.421.157-34, Fabio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, e Luiz Fernando Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68, que, na 148ª Reunião do Comitê de Enquadramento e Crédito - CEC. com base na IP AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008.

elaborada em prazo exíguo:

1.103.4.1. acolheram a proposta de recomendação de solicitação de apoio encaminhada pela JBS S.A. ao BNDES na modalidade de renda variável no valor de até US\$ 642 milhões para aquisição de participações acionárias em empresas, sendo US\$ 450 milhões por meio de Fundo de Investimento em Participações e até US\$ 192 milhões diretamente, caso os acionistas minoritários não acompanhassem seu direito de preferência, em prazo não compatível com o necessário para a análise de operação complexa;

1.103.4.2. acolheram a proposta de recomendação de solicitação de apoio encaminhada pela JBS S.A. ao BNDES na modalidade de renda variável no valor de até US\$ 642 milhões para aquisição de participações acionárias em empresas, sendo US\$ 450 milhões por meio de Fundo de Investimento em Participações e até US\$ 192 milhões diretamente, caso os acionistas minoritários não acompanhassem seu direito de preferência, com base em pareceres exarados sem a elaboração de quadros de usos e fontes com o detalhamento

necessário para a análise criteriosa da operação, que se revestia de elevada complexidade e envolvia montante expressivo de recursos;

1.103.5. Srs. Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Fabio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Caio Britto de Azevedo, CPF 021.491.517-40, Jorge Luiz Sozzi de Moraes, CPF 238.880.407-87, Jorge Eduardo Martins Moraes, CPF 550.770.307-82, Maria de Lourdes C. de Albuquerque, CPF 126.779.144-68, Marcio Duarte de Medeiros, CPF 070.768.147-22, e Ramom Dantas Rotta, CPF 220.871.978-65, que, como signatários da Informação Padronizada IP AMC-DEPAC 29/2008:

1.103.5.1. propuseram, e os diretores aprovaram, por unanimidade, mediante a Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, a operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., por meio da subscrição de ações da JBS S.A., no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, com pareceres exarados em tempo exíguo, sem a profundidade necessária em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos, utilizando-se principalmente de informações praticamente fornecidas pelo postulante dos recursos, sem a efetiva análise criteriosa sobre a verificação da possibilidade de não aprovação pelas autoridades antitruste americanas da operação, contrariando o disposto nos arts. 153; 154, § 2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76;

1.103.5.2. propuseram, e os diretores aprovaram, por unanimidade, mediante a Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, a operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., por meio da subscrição de ações da JBS S.A., no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, com pareceres

exarados utilizando exclusivamente as informações financeiras fornecidas pelo postulante dos recursos, sem a sua efetiva comprovação por meio de *due diligences*, o que contraria não só a prática do mercado, mas também o dever de cuidado e diligência a que estão obrigados, por força dos arts. 153; 155, II; e 160 da Lei 6.404/76;

1.103.5.3. propuseram, e os diretores aprovaram, por unanimidade, mediante a Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, a operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., por meio da subscrição de ações da JBS S.A., no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, com pareceres exarados sem a elaboração de quadros de usos e fontes com o detalhamento necessário para a análise criteriosa da operação, que se revestia de elevada complexidade e envolvia montante expressivo de recursos;

1.103.5.4. participaram da análise da operação, sem demonstrar quais seriam os benefícios econômicos e sociais para o Brasil, em descumprimento do art. 12 do Regulamento Geral de Operações, anexo à Resolução BNDES 862/96, bem como da missão do BNDES e dos arts. 3º, 9º, II, e 10, I, do Estatuto Social do BNDES, c/c art. 4º, I, do Estatuto da BNDESPAR e, ainda, dos arts. 153 e 158, II, da Lei 6.404/76;

1.103.6. Srs. Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, Renato Francisco Martins, CPF 361.028.737-34, Renata Bastos Maccacchero Victor, CPF 024.899.207-40, e Ramom Dantas Rotta, CPF 220.871.978-65, que, como signatários da Instrução Padronizada IP AMC/DEPAC 142/2008, de 27/10/2008, propuseram, e a diretoria acatou, o não exercício da opção de venda constante da cláusula 2.2 do Contrato de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças, celebrado pela BNDESPAR, o FIP PROT e os acionistas da JBS S.A., após o Department of Justice (DoJ) - órgão antitruste americano - ter emitido comunicado, em 20/10/2008, informando que havia protocolado, naquela data, uma ação judicial antitruste na Corte do Distrito Federal dos Estados Unidos em Chicago contestando a aquisição da National Beef Packing Company LLC pela JBS S.A., e que vários estados americanos estariam se juntando à ação, sugerindo, ainda, a celebração de aditivo ao referido contrato, estendendo o prazo do exercício da opção de venda nele constante por mais doze meses a partir 28/10/2008, com base em informações prestadas pela postulante dos recursos e sem considerar avaliar as reais possibilidades de aprovação da operação pelas autoridades antitruste americanas por meio de assessoria jurídica especializada no assunto;

1.103.7. Srs. Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Fabio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Jorge Eduardo Martins Moraes, CPF 550.770.307-82, Marcio Duarte Medeiros, CPF 070.768.147-22, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, CPF 071.918.857-18, e Renato Francisco Martins, CPF 361.028.737-34, membros da equipe técnica de acompanhamento da operação, após a primeira sinalização pelas autoridades antitruste americanas de que a operação poderia não ser autorizada, não tomaram nenhuma providência. durante o acompanhamento que deveria sido realizado sobre

a operação, para a construção de uma alternativa que preservasse os interesses do BNDES no caso da confirmação do insucesso da operação, deixando para tomar qualquer iniciativa sobre o assunto somente após a comunicação da JBS S.A. de que havia desistido da operação, além de não terem se posicionado pela realização imediata do *put*, quando houve desistência expressa da compra da National Beef pela JBS, conforme avençado com a empresa frigorífica desde o início da operação;

1.103.8. Srs. Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, Renato Francisco Martins, CPF 361.028.737-34, Renata Bastos Maccacchero VICTER, CPF 024.899.207-40, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, CPF 071.918.857-18, Marcio Duarte de Medeiros, CPF 070.768.147-22, e Ramom Dantas Rotta, CPF 220.871.978-65, como signatários da Instrução Padronizada IP AMC-DEPAC 060/2009, de 13/4/2009:

1.103.8.1. propuseram, e a diretoria acatou, o não exercício da opção de venda constante da cláusula 2.2 do Contrato de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças, celebrado pela

BNDESPAR, o FIP PROT e os acionistas da JBS S.A., sugerindo ainda a manutenção da autorização para a aplicação dos recursos até 28/10/2010; o abatimento da potencial dívida da JBS S.A., decorrente do *put*, com seus parceiros acionistas no total de US\$ 169,4 milhões, sob o argumento de que a JBS S.A. teria investido esse montante de recursos na aquisição da Tasman Group, cuja compra, no momento da estruturação do aporte financeiro, seria realizada por meio de recursos próprios da JBS S.A.; e a aplicação dos recursos em finalidade não só diversa da qual a operação foi concebida, mas também sem destinação específica.

1.103.9. Srs. Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Fabio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Jorge Eduardo Martins Moraes, CPF 550.770.307-82, Marcio Duarte Medeiros, CPF 070.768.147-22, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, CPF 071.918.857-18, e Renato Francisco Martins, CPF 361.028.737-34, como membros da equipe técnica de acompanhamento da operação, não efetuaram o acompanhamento da execução físico-financeira do projeto, resultando na ausência de documentação comprobatória de que a totalidade dos recursos aportados na JBS S.A. tenha sido despendida nas finalidades previstas, contrariando o disposto nos arts. 51, 52 e 55, inciso I e VI, das Normas Aplicáveis ao Fluxo das Operações Diretas e Indiretas Não-Automáticas do Sistema BNDES, anexas à Resolução BNDES 1.463/2007, e, ainda, nos arts. 153 e 158, II, da Lei 6.404/76;

337.5.1 realizar, com fundamento no art. 43, inciso II, da Lei 8.443/91 e art. 250, inciso IV, c/c o art. 237, parágrafo único, do RI/TCU, a audiência dos responsáveis a seguir apontados, para que no prazo de quinze dias, apresentem razões de justificativa pelas irregularidades indicadas, observadas no âmbito do projeto 1821764.0001/2008, referente à participação acionária da BNDESPAR na JBS S.A., visando à sua capitalização para adquirir a empresa americana National Beef Packing Co. e a divisão de carnes bovinas da Smithfield Foods Inc:

337.5.2 Sr. Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, que, como diretor responsável pela área de mercado de capitais, permitiu que o Sr. Jose Claudio do Rego Aranha, na condição de

membro do Conselho de Administração da JBS S.A. indicado pelo BNDES, participasse da análise de apoios financeiros de interesse da própria JBS S.A. e de sua concorrente Bertin, contrariando o disposto nos arts. 142, inciso I, 154, § 1º, 155, II; § 1º e II e 156 da Lei 6.404/76; e

337.5.3 Sr. Jose Claudio do Rego Aranha, CPF 261.866.247-49, na condição de membro do Conselho de Administração da JBS S.A. indicado pelo BNDES, participou da análise de apoios financeiros de interesse da própria JBS S.A. e de sua concorrente Bertin, contrariando o disposto nos arts. 142, inciso I, 154, § 1º, 155, II; § 1º e II e 156 da Lei 6.404/76;

1.104. determinar ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e ao BNDES Participações S.A, com fundamento no art. 250, inciso II, do RI/TCU, que, em 180 dias:

1.104.1. passem a inserir em seus sistemas informatizados registros de todos os documentos e reuniões realizadas no âmbito de suas operações de financiamento e de aquisição de participações acionárias, desde as tratativas preliminares até a conclusão da operação,

conforme os princípios constitucionais da publicidade e do controle dos atos da Administração Pública, insculpidos nos arts. 37, *caput*, e 70 da Constituição Federal de 1988;

1.104.2. incluam, em suas normas acerca da matéria, a necessidade de apresentação de relatório de *due diligence* para aprovação e acompanhamento de investimentos em projetos envolvendo aquisição, fusão, incorporação de empresas, considerando critérios de materialidade (valor do investimento) e risco (como a classificação de risco das empresas adquirentes e adquiridas, por exemplo) , bem como outros critérios que o Banco entender aplicáveis (parágrafo 93 da instrução) ;

1.104.3. definam, em seus normativos, o conteúdo mínimo para o relatório de *due diligence* que possibilite controle e acompanhamento do emprego dos recursos públicos investidos pelo Banco (parágrafo 93 da instrução) ;

337.7 determinar à Superintendência Nacional de Previdência Complementar - Previc, com fundamento no art. 43, I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 250, II do Regimento Interno do TCU, que realize, no prazo de noventa dias, trabalho de fiscalização nos Fundos de Pensão Petros e Funcef, objetivando apurar se a constituição do Fundo FIP PROT obedeceu às normas que regem a matéria, informando a esta Corte o resultado do trabalho;

337.8 apensar os presentes autos ao processo de tomada de contas especial que vier a ser autuado, na forma prevista no art. 41 da Resolução - TCU 259/2014;

337.9 dar ciência do acórdão que vier a ser proferido, assim como do relatório e do voto que o fundamentarem, ao Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados - CFFC, à Casa Civil da Presidência da República, ao Ministério da Fazenda, ao BNDES, à BNDESPAR, à JBS S.A., ao 11º Ofício da Procuradoria da República do Distrito Federal, e à Comissão de Valores Mobiliários - CVM.".

2. O Sr. Diretor da SecexEstataisRJ manifestou-se nos autos nos seguintes termos (peça 128) :

"Manifesto-me parcialmente de acordo com a proposta formulada por Luiz Sergio Madeiro da Costa.

Em primeiro lugar, cabe salientar que a Instrução Padronizada IP AMC/DEPAC 142/2008, de 27/10/2008, foi elaborada em virtude de a BNDESPar ter sido noticiada da existência de demanda judicial nos Estados Unidos, ainda não julgada em definitivo, de iniciativa do órgão antitruste americano, contestando a aquisição da empresa National Beef pela JBS.

Logo, à época, a questão referente à aprovação da compra em apreço ainda estava indefinida. De fato, havia grande probabilidade de a transação não ser aprovada pelas autoridades americanas. No entanto, a decisão final ainda não havia sido emitida.

Desta forma, não havia outra alternativa à BNDESPar a não ser aguardar o deslinde da aludida ação, para então realizar a opção de venda (*put*) .

Durante a gestação da operação, a BNDESPar não considerou a real possibilidade de a compra da empresa americana não se concretizar e, assim, não condicionou a liberação dos recursos do banco ao aval dos órgãos antitruste dos Estados Unidos; ao contrário, disponibilizou o numerário antes dessa autorização, ocorrendo, neste momento, portanto, a irregularidade.

Iniciada a operação com essa mácula, estando a questão em discussão em solo americano, mas ainda não resolvida em definitivo, àquela altura, cabia à BNDESPar apenas aguardar a decisão final.

Sendo assim, a responsabilização em relação a essa ocorrência deve recair sobre aqueles que realizaram as análises preliminares à operação, cuja audiência já está sendo proposta na instrução.

Em outras palavras, tendo sido os recursos da BNDESPar repassados à JBS em momento anterior à aprovação da compra da National Beef e não depois, como seria adequado ao caso, os analistas do banco, ao receberem a notícia do ingresso de ação judicial contrária àquela aquisição, apenas poderiam propor a extensão do prazo para a realização da opção de venda.

Afinal, realizar o *put* antes da decisão final dos órgãos antitruste redundaria na devolução dos recursos para a BNDESPar, mesmo podendo haver, embora a probabilidade fosse remota, parecer favorável das autoridades americanas no futuro.

Não seria razoável exigir dos gestores da entidade bancária que, naquele momento, desfizessem a operação, se a aquisição da National Beef ainda poderia ser realizada pela empresa JBS. Conforme antes anotado, o equívoco teria ocorrido na concepção da operação, devendo a responsabilidade recair sobre os analistas que efetuaram a análise inicial.

Importa ressaltar que o *put* seria de fato mandatário após a confirmação do veto à compra da companhia americana. Em relação à não efetivação desse *put*, os responsáveis da BNDESPar também estão sendo chamados em audiência.

Outro ponto relevante diz respeito aos benefícios econômicos e sociais para o país advindos da operação. Antes de ser um banco, que visa a ganhos financeiros, o BNDES é, segundo o art. 3º de seu Estatuto Social, 'o principal instrumento de execução da política de investimento do Governo Federal e tem por objetivo primordial apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País'.

melhorar os índices econômicos e sociais da nação e, por conseguinte, a qualidade de vida da população.

No entanto, a Resolução DIR BNDDES 2.201/2011 - que trata das normas aplicáveis ao fluxo das operações diretas e indiretas não automáticas do Sistema BNDES, no âmbito dos produtos FINEM, project finance, empréstimo-ponte e subscrição de valores mobiliários em ofertas privadas - não elenca, em seu Capítulo VII - DO ACOMPANHAMENTO, entre as obrigações da equipe técnica de acompanhamento, a atribuição de verificar os benefícios econômicos e sociais para o país das operações realizadas pelo banco, nem mesmo das mais expressivas (peça 79, p. 38 a 41) .

Outro ponto a ser denotado diz respeito à inclusão do débito concernente aos dividendos não recebidos em razão das ações da JBS não adquiridas pela BNDESPar em decorrência do débito apurado nestes autos.

Para se levantar o montante do aludido débito, somaram-se as ações não recebidas pela BNDESPar com o montante total de ações da JBS/SA, de maneira a recalcular o valor do dividendo por ação. Depois, apurou-se a diferença entre o valor que a BNDESPar deveria receber de dividendos, caso houvesse adquirido mais ações, e aquele efetivamente percebido pelo banco (peça 117) . Em seguida, os valores foram atualizados juntamente com aqueles indicados na instrução, resultando em débito total de R\$ 303.966.028,20 na data de 7/7/2017 (peça 118) .

Cabe colocar ainda que, na instrução, onde se lê 'Caio Britto de Azevedo, CPF 021.491.517-40', como signatário da Informação Padronizada IP AMC-DEPAC 29/2008, deve-se ler 'Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34' (peça 79, p. 14) .

Por fim, ressalte-se que o Acórdão 1411/2017-TCU-Plenário autorizou a citação do Sr. Joesley Mendonça Batista, CPF 376.842.211-91, preservando as competências constitucionais desta Corte de Contas, embora aquele responsável tenha formalizado colaboração premiada, o que corrobora a tese defendida na instrução.

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

21.1 conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014;

21.2 determinar, nos termos do art. 47 da Lei 8.443/1992, a conversão do presente processo em tomada de contas especial, autorizando, desde logo, as citações propostas a seguir;

21.3 realizar as citações solidárias dos Srs. Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, Armando Mariante Carvalho Junior, CPF 178.232.937-49, Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Elvio Lima Gaspar, CPF 626.107.917-04, João Carlos Ferraz, CPF 230.790.376-34, Mauricio Borges Lemos, CPF 165.644.566-20, e Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 337.026.597-49, na condição de diretores signatários da Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, Fabio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, Jorge Luiz Sozzi de Moraes, CPF 238.880.407-87, Jorge Eduardo Martins Moraes, CPF 550.770.307-82, Maria de Lourdes C. de Albuquerque, CPF 126.779.144-68, Marcio Duarte de Medeiros, CPF 070.768.147-22, Ramom Dantas Rotta, CPF 220.871.978-65, e Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, na condição de signatários da Informação Padronizada IP AMC-DEPAC 29/2008, em solidariedade com a empresa JBS S.A., CNPJ 02.916.265/0001-60, beneficiada pelos recursos, com fulcro nos arts. 10, § 1º, 12, inciso II, e 16, § 2º, b, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 202, inc. II, e 209, § 5º, II, e § 6º do Regimento Interno/TCU, para, no prazo de quinze dias, contados a partir da ciência da citação, apresentarem alegações de defesa e/ou recolherem aos cofres da BNDES Participações S.A. o montante de valor histórico R\$ 179.624.253,37, atualizado monetariamente a partir das datas indicadas, nos termos da legislação vigente, em decorrência da realização de aporte de capital na JBS S.A., com aumento de seu capital social por meio da subscrição de 139.753.320 ações ao valor nominal unitário de R\$ 7,07 (sete reais e sete centavos) , empregando-se a média das cotações das ações realizadas nos 120 últimos pregões daquela empresa na Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA como parâmetro para o cálculo do valor nominal da ação, referencial este que não é utilizado pelo banco, conforme se depreende de todas as operações de valor superior a R\$ 100 milhões realizadas pela BNDESPAR desde 2006, devendo-se ressaltar que restava consignado, no relatório de enquadramento, que havia negociação de compra das ações pelo 'preço médio de mercado entre as 30 e 90 últimas cotações, ou seja, entre R\$ 5,09

e R\$ 5,90 por ação, com afronta aos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e eficiência, previstos no art. 37 da CF, e da economicidade, estabelecido no art. 70 da CF, além de se terem violado os arts. 153, 154, § 2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76 (parágrafos 112 a 139) ;

Data da subscrição das ações	Quantidade de ações adquirida	Diferença no preço unitário das ações	Valor do Débito (R\$)
17/4/2008	88.810.308	R\$ 7,07 - R\$ 5,90 = R\$ 1,17	103.908.060,36
18/4/2008	47.421.190	R\$ 7,07 - R\$ 5,90 = R\$ 1,17	55.482.792,30
28/5/2008	3.522.222	R\$ 7,07 - R\$ 5,90 = R\$ 1,17	4.120.999,74
Data de recebimento dos dividendos		Valor dos dividendos não recebidos	
19/05/2008		262.053,57	
14/05/2009		191.376,55	
28/06/2010		527.712,94	
14/05/2013		1.300.803,40	
02/06/2014		1.575.022,21	
12/05/2015		3.512.486,65	
28/06/2016		8.742.945,65	

Valor atualizado até 7/7/2017: R\$ 303.966.028,20 (peça 118)

21.4 realizar as citações solidárias dos Srs. Joesley Mendonça Batista (CPF 376.842.211-91) , Victor Garcia Sandri (CPF 897.027.278-04) e Guido Mantega (CPF 676.840.768-68) , em solidariedade também com as pessoas físicas e jurídica referidas no item anterior, pelo dano ali especificado, com fulcro nos arts. 70 e 71, inciso II, da Constituição Federal, arts. 10, § 1º, 12, incisos I e II, e 16, § 2º, 'b', da Lei 8.443/1992 c/c o art. 202, incisos I e II, e 209, § 5º, II, e § 6º do Regimento Interno/TCU, para, no prazo de quinze dias, contados a partir da ciência da citação, apresentarem alegações de defesa e/ou recolherem aos cofres da BNDES Participações S.A. o montante de valor histórico R\$ 179.624.253,37, atualizado monetariamente a partir das datas indicadas, nos termos da legislação vigente, em decorrência de associação ilícita destinada a obtenção/concessão de vantagens indevidas ao Grupo JBS pelo BNDES, conforme descrição realizada pelo Sr. Joesley Mendonça Batista constante do Acordo de Colaboração Premiada celebrado com a Procuradoria Geral da República e homologado pelo Supremo Tribunal Federal, o que resultou na realização de aporte de capital na JBS S.A., com aumento de seu capital social por meio da subscrição de 139.753.320 ações ao valor nominal unitário de R\$

7,07 (sete reais e sete centavos) , empregando-se a média das cotações das ações realizadas nos 120 últimos pregões daquela empresa na Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA como parâmetro para o cálculo do valor nominal da ação, referencial este que não é utilizado pelo banco, conforme se depreende de todas as operações de valor superior a R\$ 100 milhões realizadas pela BNDESPAR desde 2006, devendo-se ressaltar que restava consignado, no relatório de enquadramento, que havia negociação de compra das ações pelo 'preço médio de mercado entre as 30 e 90 últimas cotações, ou seja, entre R\$ 5,09 e R\$ 5,90 por ação', com afronta aos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e eficiência, previstos no art. 37 da CF, e da economicidade, estabelecido no art. 70 da CF, além de se terem violado os arts. 153, 154, § 2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76 (parágrafos 112 a 391) ;

Data da subscrição das ações	Quantidade de ações adquirida	Diferença no preço unitário das ações	Valor do Débito (R\$)
17/4/2008	88.810.308	R\$ 7,07 - R\$ 5,90 = R\$ 1,17	103.908.060,36
18/4/2008	47.421.190	R\$ 7,07 - R\$ 5,90 = R\$ 1,17	55.482.792,30
28/5/2008	3.522.222	R\$ 7,07 - R\$ 5,90 = R\$ 1,17	4.120.999,74
Data de recebimento dos dividendos		Valor dos dividendos não recebidos (R\$)	
19/05/2008		262.053,57	
14/05/2009		191.376,55	
28/06/2010		527.712,94	
14/05/2013		1.300.803,40	
02/06/2014		1.575.022,21	
12/05/2015		3.512.486,65	
28/06/2016		8.742.945,65	

Valor atualizado até 7/7/2017: R\$ 303.966.028,20 (peça 118)

21.5 realizar, com fundamento no art. 43, inciso II, da Lei 8.443/91 e art. 250, inciso IV, c/c o art. 237, parágrafo único, do RI/TCU, a audiência dos responsáveis a seguir apontados, para que, no prazo de quinze dias, apresentem razões de justificativa pelas irregularidades indicadas, observadas no âmbito do projeto 1821764.0001/2008, referente à participação acionária da BNDESPAR na JBS S.A., visando à sua capitalização para adquirir a empresa americana National Beef Packing Co. e a divisão de carnes bovinas da Smithfield Foods Inc:

21.5.1 Srs. Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, Armando Mariante Carvalho Junior, CPF 178.222.027-40, Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 227.026.507-40, Eduardo Roth,

CPF 178.232.937-49, Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 337.026.597-49, Eduardo Katn Fingerl, CPF 373.178.147-68, João Carlos Ferraz CPF 230.790.376-34, Elvio Lima Gaspar, CPF 626.107.917-04, e Mauricio Borges Lemos, CPF 165.644.566-20, que, como membros da diretoria do BNDES e da BNDESPAR à época dos fatos:

21.5.1.1 aprovaram, por unanimidade, pela Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, a operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., por meio da subscrição de ações da JBS S.A., no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, em prazo não compatível com a realização da análise que seria necessária para o deferimento da operação, baseando-se ainda em pareceres exarados em tempo exíguo, sem a profundidade adequada em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos e sem o efetivo exame criterioso da possibilidade de não aprovação pelas autoridades antitruste americanas da operação, contrariando o disposto nos arts. 153; 154, § 2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76;

21.5.1.2 aprovaram, por unanimidade, pela Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, a operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., por meio da subscrição de ações da JBS S.A., no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, com base em pareceres exarados que utilizaram exclusivamente as informações financeiras fornecidas pelo postulante dos recursos, sem a sua efetiva comprovação por meio de *due diligences*, o que contraria não só a prática do mercado, mas também o dever de cuidado e diligência a que estão obrigados, por força dos arts. 153; 155, II; e 160 da Lei 6.404/76;

21.5.1.3 aprovaram, por unanimidade, pela Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, a operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., por meio da subscrição de ações da JBS S.A., no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, com base em pareceres exarados sem a elaboração de quadros de usos e fontes com o detalhamento necessário para a análise criteriosa da operação, que se revestia de elevada complexidade e envolvia montante expressivo de recursos;

21.5.1.4 aprovaram, por unanimidade, mediante a Decisão de Diretoria 034/2009-BNDESPAR, de 14/4/2009, dia seguinte após a elaboração da Instrução Padronizada IP AMC-DEPAC 060/2009, de 13/4/2009, o não exercício da opção de venda constante da cláusula 2.2 do Contrato de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças, celebrado pela BNDESPAR, o FIP PROT e os acionistas da JBS S.A.; a manutenção da autorização para a aplicação dos recursos até 28/10/2010; o abatimento da potencial dívida da JBS S.A., decorrente do *put*, com seus parceiros acionistas no total de US\$ 169,4 milhões, sob o argumento de que a JBS S.A. teria investido esse montante de recursos na aquisição da Tasman Group. cuja compra. no

momento da estruturação do aporte financeiro, seria realizada por meio de recursos próprios da JBS S.A.; e a aplicação dos recursos em finalidade não só diversa da qual a operação foi concebida, mas também sem destinação específica, em prazo exíguo, e baseados em pareceres precários, que não apresentavam nenhuma justificativa consistente para as propostas apresentadas;

21.5.1.5 aprovaram, por unanimidade, mediante a Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, relatório de análise da operação, que não demonstrava quais seriam os benefícios econômicos e sociais para o Brasil, em descumprimento do art. 12 do Regulamento Geral de Operações, anexo à Resolução BNDES 862/96, bem como da missão do BNDES e dos arts. 3º, 9º, II, e 10, I, do Estatuto Social do BNDES, c/c art. 4º, I, do Estatuto da BNDESPAR e, ainda, dos arts. 153 e 158, II, da Lei 6.404/76;

21.5.2 Sr. Luiz Fernando Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68:

21.5.2.1 aprovou, mediante a Decisão de Diretoria 034/2009-BNDESPAR, de 14/4/2009, dia seguinte após a elaboração da Instrução Padronizada IP AMC-DEPAC 060/2009, de 13/4/2009, o não exercício da opção de venda constante da cláusula 2.2 do Contrato de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças, celebrado pela BNDESPAR, o FIP PROT e os acionistas da JBS S.A.; a manutenção da autorização para a aplicação dos recursos até 28/10/2010; o abatimento da potencial dívida da JBS S.A., decorrente do *put*, com seus parceiros acionistas no total de US\$ 169,4 milhões, sob o argumento de que a JBS S.A. teria investido esse montante de recursos na aquisição da Tasman Group, cuja compra, no momento da estruturação do aporte financeiro, seria realizada por meio de recursos próprios da JBS S.A.; e a aplicação dos recursos em finalidade não só diversa da qual a operação foi concebida, mas também sem destinação específica, em prazo exíguo, e baseado em pareceres precários, que não apresentavam nenhuma justificativa consistente para as propostas apresentadas;

21.5.3 Srs. Caio Britto de Azevedo, CPF 021.491.517-40, José Claudio Rego Aranha, CPF 261.866.247-49, Jaldir Freire Lima, CPF 244.727.001-15, Carlos Augusto Muller Ferreira, CPF 449.819.297-49, Jorge Eduardo Martins Moraes, CPF 550.770.307-82, Marcio Duarte de Medeiros, CPF 070.768.147-22, e Robson Wagner Oliveira Sarmento, CPF 004.985.777-08, que, como signatários da Instrução de Enquadramento IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008:

21.5.3.1 recomendaram a operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., na modalidade de renda variável, no valor de até US\$ 640 milhões, sendo US\$ 450 milhões por meio do Fundo de Investimento em Participações e até US\$ 192 milhões diretamente, caso os acionistas minoritários não acompanhassem seu direito de preferência, com pareceres exarados em tempo exíguo, sem a profundidade necessária em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos, utilizando-se principalmente de informações praticamente fornecidas pelo postulante dos recursos, sem a efetiva análise criteriosa sobre a verificação da possibilidade de não aprovação pelas autoridades antitruste americanas da

... e a utilização dos recursos para a operação, contrariando o disposto nos arts. 153; 154, § 2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76;

21.5.3.2 recomendaram a operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., na modalidade de renda variável, no valor de até US\$ 640 milhões, sendo US\$ 450 milhões por meio do Fundo de Investimento em Participações e até US\$ 192 milhões diretamente, caso os acionistas minoritários não acompanhassem seu direito de preferência, com pareceres exarados sem a elaboração de quadros de usos e fontes com o detalhamento necessário para a análise criteriosa da operação, que se revestia de elevada complexidade e envolvia montante expressivo de recursos, contrariando o disposto nos arts. 153; 154, § 2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76;

21.5.4 Srs. Ricardo Luiz de Souza Ramos, CPF 804.112.237-04, Yolanda Maria Melo Ramalho, CPF 376.387.187-04, Jorge Kalache Filho, CPF 178.165.217-15, Julio Cesar Maciel Raimundo,

CPF 003.592.857-32, Lucia Maria Coelho Weaver, CPF 549.997.077-72, Luiz Antonio Araújo Dantas, CPF 400.896.497-53, João Furtado de Aquino, CPF 345.581.607-04, Luis Carlos Schwarz, CPF 345.767.037-49, Roberto Zurli Machado, CPF 600.716.997-91, Mariane Sardenberg Sussekind, CPF 437.490.037-34, Paulo Todescan Lessa Mattos, CPF 188.745.248-62, Gil Bernardo Borges Leal, CPF 548.421.157-34, Fabio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, e Luiz Fernando Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68, que, na 148ª Reunião do Comitê de Enquadramento e Crédito - CEC, com base na IP AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, elaborada em prazo exíguo:

21.5.4.1 acolheram a proposta de recomendação de solicitação de apoio encaminhada pela JBS S.A. ao BNDES na modalidade de renda variável no valor de até US\$ 642 milhões para aquisição de participações acionárias em empresas, sendo US\$ 450 milhões por meio de Fundo de Investimento em Participações e até US\$ 192 milhões diretamente, caso os acionistas minoritários não acompanhassem seu direito de preferência, em prazo não compatível com o necessário para a análise de operação complexa;

21.5.4.2 acolheram a proposta de recomendação de solicitação de apoio encaminhada pela JBS S.A. ao BNDES na modalidade de renda variável no valor de até US\$ 642 milhões para aquisição de participações acionárias em empresas, sendo US\$ 450 milhões por meio de Fundo de Investimento em Participações e até US\$ 192 milhões diretamente, caso os acionistas minoritários não acompanhassem seu direito de preferência, com base em pareceres exarados sem a elaboração de quadros de usos e fontes com o detalhamento necessário para a análise criteriosa da operação, que se revestia de elevada complexidade e envolvia montante expressivo de recursos;

21.5.5 Srs. Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Fabio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, Jorge Luiz Sozzi de Moraes, CPF 238.880.407-87, Jorge Eduardo Martins Moraes, CPF 550.770.307-82, Maria de Lourdes C. de Albuquerque, CPF 126.779.144-68, Marcio Duarte de Medeiros, CPF

070.768.147-22, e Ramom Dantas Rotta, CPF 220.871.978-65, que, como signatários da Informação Padronizada IP AMC-DEPAC 29/2008:

21.5.5.1 propuseram, e os diretores aprovaram, por unanimidade, mediante a Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, a operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., por meio da subscrição de ações da JBS S.A., no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, com pareceres exarados em tempo exíguo, sem a profundidade necessária em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos, utilizando-se principalmente de informações praticamente fornecidas pelo postulante dos recursos, sem a efetiva análise criteriosa sobre a verificação da possibilidade de não aprovação pelas autoridades antitruste americanas da operação, contrariando o disposto nos arts. 153; 154, § 2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76;

21.5.5.2 propuseram, e os diretores aprovaram, por unanimidade, mediante a Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, a operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., por meio da subscrição de ações da JBS S.A., no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, com pareceres exarados utilizando exclusivamente as informações financeiras fornecidas pelo postulante dos recursos, sem a sua efetiva comprovação por meio de *due diligences*, o que contraria não só a prática do mercado, mas também o dever de cuidado e diligência a que estão obrigados, por força dos arts. 153; 155, II; e 160 da Lei 6.404/76;

21.5.5.3 propuseram, e os diretores aprovaram, por unanimidade, mediante a Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, a operação de aquisição da empresa americana National Beef Packing Co. e da divisão de carnes bovinas da também americana Smithfield Beef Group pela JBS S.A., por meio da subscrição de ações da JBS S.A., no montante de até R\$ 335.267.813,30, diretamente, e de R\$ 774.000.000,00, correspondentes a 45% de sua participação no Fundo de Investimento em Participações que seria constituído, com pareceres exarados sem a elaboração de quadros de usos e fontes com o detalhamento necessário para a análise criteriosa da operação, que se revestia de elevada complexidade e envolvia montante expressivo de recursos;

21.5.5.4 participaram da análise da operação, sem demonstrar quais seriam os benefícios econômicos e sociais para o Brasil, em descumprimento do art. 12 do Regulamento Geral de Operações, anexo à Resolução BNDES 862/96, bem como da missão do BNDES e dos arts. 3º, 9º, II, e 10, I, do Estatuto Social do BNDES, c/c art. 4º, I, do Estatuto da BNDESPAR e, ainda, dos arts. 153 e 158, II, da Lei 6.404/76;

21.5.6 Srs. Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Fabio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Jorge Eduardo Martins Moraes, CPF 550.770.307-82, Marcio Duarte Medeiros,

CPF 070.768.147-22, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, CPF 071.918.857-18, e Renato Francisco Martins, CPF 361.028.737-34, que, como membros da equipe técnica de acompanhamento da operação:

21.5.6.1 após a primeira sinalização pelas autoridades antitruste americanas de que a operação poderia não ser autorizada, não tomaram nenhuma providência, durante o acompanhamento que deveria sido realizado sobre a operação, para a construção de uma alternativa que preservasse os interesses do BNDES no caso da confirmação do insucesso da operação, deixando para tomar qualquer iniciativa sobre o assunto somente após a comunicação da JBS S.A. de que havia desistido da operação, além de não terem se posicionado pela realização imediata do *put*, quando houve desistência expressa da compra da National Beef pela JBS, conforme avençado com a empresa frigorífica desde o início da operação;

21.5.6.2 não efetuaram o acompanhamento da execução físico-financeira do projeto, resultando na ausência de documentação comprobatória de que a totalidade dos recursos aportados na JBS S.A. tenha sido despendida nas finalidades previstas, contrariando o disposto nos arts. 51, 52 e 55, incisos I e VI, das Normas Aplicáveis ao Fluxo das Operações Diretas e Indiretas Não-Automáticas do Sistema BNDES, anexas à Resolução BNDES 1.463/2007, e, ainda, nos arts. 153 e 158, II, da Lei 6.404/76;

21.5.7 Srs. Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, Renato Francisco Martins, CPF 361.028.737-34, Renata Bastos Maccacchero Vicer, CPF 024.899.207-40, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, CPF 071.918.857-18, Marcio Duarte de Medeiros, CPF 070.768.147-22, e Ramom Dantas Rotta, CPF 220.871.978-65, como signatários da Instrução Padronizada IP AMC-DEPAC 060/2009, de 13/4/2009:

21.5.7.1 propuseram, e a diretoria acatou, o não exercício da opção de venda constante da cláusula 2.2 do Contrato de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças, celebrado pela BNDESPAR, o FIP PROT e os acionistas da JBS S.A., sugerindo ainda a manutenção da autorização para a aplicação dos recursos até 28/10/2010; o abatimento da potencial dívida da JBS S.A., decorrente do *put*, com seus parceiros acionistas no total de US\$ 169,4 milhões, sob o argumento de que a JBS S.A. teria investido esse montante de recursos na aquisição da Tasman Group, cuja compra, no momento da estruturação do aporte financeiro, seria realizada por meio de recursos próprios da JBS S.A.; e a aplicação dos recursos em finalidade não só diversa da qual a operação foi concebida, mas também sem destinação específica;

21.5.8 Sr. Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, que, como diretor responsável pela área de mercado de capitais, permitiu que o Sr. Jose Claudio do Rego Aranha, na condição de membro do Conselho de Administração da JBS S.A. indicado pelo BNDES, participasse da análise de apoios financeiros de interesse da própria JBS S.A. e de sua concorrente Bertin, contrariando o disposto nos arts. 142, inciso I, 154, § 1º, 155, II; § 1º e II e 156 da Lei 6.404/76; e

21.5.9 Sr. Jose Claudio do Rego Aranha, CPF 261.866.247-49, na condição de membro do Conselho de Administração da JBS S.A. indicado pelo BNDES, participou da análise de apoios

financeiros de interesse da própria JBS S.A. e de sua concorrente Bertin, contrariando o disposto nos arts. 142, inciso I, 154, § 1º, 155, II; § 1º e II e 156 da Lei 6.404/76;

21.6 determinar ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e ao BNDES Participações S.A, com fundamento no art. 250, inciso II, do RI/TCU, que, em 180 dias:

21.6.1 passem a inserir em seus sistemas informatizados registros de todos os documentos e reuniões realizadas no âmbito de suas operações de financiamento e de aquisição de participações acionárias, desde as tratativas preliminares até a conclusão da operação, conforme os princípios constitucionais da publicidade e do controle dos atos da Administração Pública, insculpidos nos arts. 37, *caput*, e 70 da Constituição Federal de 1988;

21.6.2 incluam, em suas normas acerca da matéria, a necessidade de apresentação de relatório de *due diligence* para aprovação e acompanhamento de investimentos em projetos envolvendo aquisição, fusão, incorporação de empresas, considerando critérios de materialidade (valor do investimento) e risco (como a classificação de risco das empresas

adquirentes e adquiridas, por exemplo) , bem como outros critérios que o Banco entender aplicáveis (parágrafo 93 da instrução) ;

21.6.3 definam, em seus normativos, o conteúdo mínimo para o relatório de *due diligence* que possibilite controle e acompanhamento do emprego dos recursos públicos investidos pelo Banco (parágrafo 93 da instrução) ;

21.6.4 definam, em seus normativos, que, entre as obrigações da equipe técnica de acompanhamento, esteja a de verificar os benefícios econômicos e sociais para o país das operações realizadas pelo banco, especialmente das mais expressivas;

21.7 determinar à Superintendência Nacional de Previdência Complementar - Previc, com fundamento no art. 43, I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 250, II do Regimento Interno do TCU, que realize, no prazo de noventa dias, trabalho de fiscalização nos Fundos de Pensão Petros e Funcef, objetivando apurar se a constituição do Fundo FIP PROT obedeceu às normas que regem a matéria, informando a esta Corte o resultado do trabalho;

21.8 apensar os presentes autos ao processo de tomada de contas especial que vier a ser autuado, na forma prevista no art. 41 da Resolução - TCU 259/2014;

21.9 dar ciência do acórdão que vier a ser proferido, assim como do relatório e do voto que o fundamentarem, ao Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados - CFFC, à Casa Civil da Presidência da República, ao Ministério da Fazenda, ao BNDES, à BNDESPAR, à JBS S.A., ao 11º Ofício da Procuradoria da República do Distrito Federal, e à Comissão de Valores Mobiliários - CVM.”.

3. O Sr. Secretário de Controle Externo da SecexEstataisRJ manifestou-se nos autos nos seguintes termos (peça 129) :

“1. Manifesto concordância, em essência, com a instrução técnica e os apontamentos da

subunidade técnica. Registro, apenas, algumas considerações acerca do tratado nestes autos. Ao final, restam consignadas proposições adicionais.

Considerações Gerais

2. Inicialmente, de modo a obter uma visão sistêmica, que propiciará uma melhor compreensão dos atos de gestão praticados, cabe efetuar uma análise conjunta destes autos com o tratado nos Processos 007.527/2014-4, cuja resultante foi o Acórdão 3.011/2015-TCU-Plenário, e 034.930/2015-9 (Swift) , objeto do Acórdão 800/2017-TCU-Plenário, ambos de relatoria do Exmº Sr. Ministro Augusto Sherman, que cuidaram, dentre outras matérias, da aquisição, pela BNDESPAR, de participações acionárias nas empresas do grupo JBS. Cabe frisar, nessa linha, que os indícios de irregularidades ora tratados estão relacionados à condução do processo decisório no âmbito da citada instituição. Neste contexto, importante trazer algumas reflexões de caráter estratégico, que poderão subsidiar futuras avaliações das políticas públicas implementadas, bem como decisões governamentais, a exemplo das seguintes questões:

2.1. O BNDES, instituição que visa apoiar o desenvolvimento econômico e social, tem avaliado se os postulantes a recursos, seja por intermédio de operações de renda fixa ou variável, teriam condições de captá-los no mercado privado?

2.2 As decisões de conceder créditos, em condições mais favoráveis (financiamento de longo prazo; taxa de juros inferiores, se comparadas ao livre mercado) , dada a natureza da instituição de fomento, estão levando em consideração projetos que visem um alto retorno social, ainda que com previsão de baixo retorno financeiro?

2.3 As negociações estariam apoiadas em oportunidades de investimento para o País em áreas de manifesto desinteresse da iniciativa privada?

2.4 A política adotada pelo Sistema BNDES (considerado aqui sua subsidiária integral - BNDESPAR) de manter, em seu portfólio de negócios, linhas de financiamento para a reestruturação de empresas privadas, da forma como estão sendo estruturadas, estariam condizentes com os objetivos de fomentar o crescimento econômico e social do Brasil?

2.5 A estratégia que vem sendo adotada pelo Sistema BNDES, por intermédio da BNDESPAR, de direcionar vultosos aportes financeiros em operações de renda variável está condizente com a melhor prática observada nos principais bancos de fomento internacionais, considerando-se o elevado percentual de recursos públicos que são captados para esses fins (hoje, a origem pública do funding supera os 90% - fonte: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/fontes-de-recursos>) ?

3. Essas reflexões, dentre outras, são fundamentais para se avaliar a condução da política pública que está sendo instrumentalizada pelo BNDES, face sua importante missão institucional.

4. Nunca é demais lembrar que o Sistema BNDES financia/empresta recursos a taxas abaixo do mercado, encargo esse suportado, em sua grande maioria, por fontes públicas. No caso do

Tesouro Nacional (grande volume de recursos) , há captação no mercado, pelo Tesouro, a taxas de juros mais altas. A utilização desses recursos (espécie de 'subsídio') há que obedecer estritamente à finalidade pública; no caso do BNDES, este deve justificar sua utilização mediante a comprovação do desenvolvimento econômico e social do País. Do contrário, não estando sendo aferida a efetiva destinação desses montantes em prol da Sociedade, empresas beneficiárias desses recursos podem até estar auferindo ganhos financeiros às custas do erário, mediante desvio de finalidade.

5. Raciocínio similar pode ser observado na utilização de outras fontes públicas (FAT; FMM; FI-FGTS; dentre outros) no que pertine ao custo de oportunidade na utilização do recurso (poderia ser aplicado em outras opções de rendimento mais rentáveis disponíveis no mercado ou em outras ações governamentais de maior retorno social) .

6. Com base nas evidências levantadas por esta unidade técnica nos processos que se encontram em tramitação tratando das concessões de recursos, por parte da BNDESPAR, por intermédio de participações acionárias, inclusive nestes autos, e buscando traçar um paralelo com as considerações expostas, verifica-se que os critérios adotados na seleção das empresas beneficiárias desses recursos não estão suficientemente claros, haja vista não estarem sustentados em estudos prévios acerca dos potenciais impactos nas esferas econômico-sociais. A falta ou insuficiência dessa análise tende a maximizar a possibilidade da produção de efeitos contrários, tais como reduzir, no médio e longo prazo, a competitividade no mercado interno setorial, por conta da sua consequente concentração, e, como resultado, trazer um possível prejuízo social, bem como, no presente caso, gerar empregos fora do País.

7. A abordagem dessas questões, evidentemente, não será tratada nestes autos, que cuidam, especificamente, da operação da BNDESPAR junto à empresa JBS visando às aquisições das empresas norte-americanas National Beef Packing Company e da divisão de carnes da Smithfield Foods Incorporated. Não obstante, estes apontamentos não estão alheios ao Controle Externo, em vista de outras ações deste tribunal em curso (a exemplo da recente comunicação plenária deste tribunal na sessão de 5/7/2017 - autorizada a realização de uma auditoria no BNDES para avaliar o real impacto dos empréstimos concedidos pelo banco na economia) que objetivam tratar de aspectos mais estruturantes da ação do Sistema BNDES, de modo a suportar possíveis propostas de melhorias do modelo até então praticado, com vistas ao aperfeiçoamento da Administração Pública em benefício da Sociedade.

Aportes financeiros ao Grupo JBS

8. Tratando, especificamente, da colaboração financeira em tela, concedida pelo sistema BNDES, por meio da BNDESPAR, na forma de operação de renda variável, via garantia à subscrição de valores mobiliários, no caso, ações (inciso V, artigo 12, Resolução BNDES 1.467/2007) , tem-se que o objetivo declarado da negociação era fornecer à empresa JBS os recursos necessários para as aquisições das empresas norte-americanas National Beef Packing Company e da divisão de carnes da Smithfield Foods Incorporated. Portanto, tratou-se de motivo vinculante (v. a teoria dos motivos determinantes) da concessão de apoio financeiro, elemento esse que não se perderá de vista no prosseguimento da análise.

9. Abaixo, apresento tabela contendo o montante de recursos transferidos (i.e., sua magnitude) na operação. A depender do índice de correção que se adote, entre R\$ 2,6 e R\$ 3 bilhões, uma vez que a operação ocorreu em 2008:

Correção pela Selic		
Data	Montante Histórico	Montante Corrigido
17/04/2008	R\$ 635.400.000,00	R\$ 1.679.062.429,81
18/04/2008	R\$ 335.267.813,30	R\$ 885.566.371,85
28/05/2008	R\$ 25.200.000,00	R\$ 65.840.319,47
TOTAL	R\$ 995.867.813,30	R\$ 2.630.469.121,13

10. O volume de recursos federais transferido nessa operação atinge, em 3/8/2017, o valor de quase R\$ 2,63 bilhões, considerando-se a variação da Selic no período, que é uma das referências adotadas para atualização de valores no tempo no Brasil, tanto pelo Tesouro (para correção de tributos) , como pelo mercado.

11. Mantendo em perspectiva essa materialidade, prossigo na análise do contexto geral em que as diversas irregularidades apontadas na instrução foram constatadas. Acima de tudo, trata-se de um conjunto de irregularidades que devem ser compreendidas como elementos interligados, de modo a não se perderem os elos causais e a noção do todo.

12. Para compreender o contexto dessa operação, é preciso registrar que a JBS, desde a abertura de seu capital (em 2007) , via oferta pública inicial de ações - comumente conhecida pela sigla IPO (Initial Public Offering) , aderiu voluntariamente ao segmento de listagem do 'Novo Mercado'. De acordo com as explicações contidas no sítio da bolsa de valores B3, anteriormente denominada de BM&FBOVESPA, o Novo Mercado estabeleceu desde sua criação um padrão altamente diferenciado de governança corporativa. 'A partir da primeira listagem, em 2002, ele se tornou o padrão de transparência e governança exigido pelos investidores para as novas aberturas de capital e é recomendado para empresas que pretendem fazer ofertas grandes e direcionadas a qualquer tipo de investidor (investidores institucionais, pessoas físicas, estrangeiros etc.) ' (B3) . Dentre algumas regras do Novo Mercado relacionadas à estrutura de governança e direitos dos acionistas (fonte: http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/) estão as seguintes:

9.1 O capital deve ser composto exclusivamente por ações ordinárias com direito a voto;

9.2 No caso de venda do controle, todos os acionistas têm direito a vender suas ações pelo mesmo preço (tag along de 100%) ;

9.3 Em caso de deslistagem ou cancelamento do contrato com a BM&FBOVESPA, a empresa deverá fazer oferta pública de aquisição. para recomprar as ações de todos os acionistas pelo

deve manter certa percentagem de ações, para recomprar as ações de todos os acionistas pelo valor econômico, no mínimo;

9.4 O conselho de administração deve ser composto por pelo menos cinco membros, sendo 20% dos conselheiros independentes, com mandato máximo de dois anos;

9.5 A empresa também se compromete a manter, no mínimo, 25% das ações em circulação (free float) ;

9.6 A empresa se compromete com a divulgação de dados financeiros mais completos, incluindo relatórios trimestrais com demonstração de fluxo de caixa e relatórios consolidados revisados por um auditor independente;

9.7 A empresa deve disponibilizar relatórios financeiros anuais em um padrão internacionalmente aceito; e

9.8 A empresa se compromete com a divulgação mensal das negociações com valores mobiliários da empresa pelos diretores, executivos e acionistas controladores.

13. Ou seja, a JBS havia se comprometido espontaneamente com o mais alto padrão de governança corporativa entre as empresas listadas em bolsa de valores brasileira, na época, a Bolsa de Mercadorias e Futuros - BM&F Bovespa, hoje, B3. Nesse compromisso, estava implícito o comportamento mais transparente possível com o mercado em suas negociações de valores mobiliários, como ações e debêntures. Com efeito, as companhias que aderem a esse nível diferenciado de listagem em bolsa assumem obrigações que vão além daquelas previstas na Lei 6.404/76, porque têm como objetivo melhorar a avaliação que recebem do mercado (isto é, a valorização de suas ações) , enquanto que os participantes do mercado esperam reduzir seus riscos, dadas a exigência de divulgação de informações mais completas e a concessão de maiores direitos e garantias aos acionistas minoritários.

14. De outro lado, nossa regulação de mercado de capitais é regida pelo princípio denominado full disclosure (total transparência) , com o objetivo de permitir aos investidores e potenciais investidores tomar decisões de compra, venda ou manutenção de posições a partir do fornecimento de informações completas, iguais e disponibilizadas simultaneamente para todos. Por isso, as sociedades anônimas de capital aberto brasileiras são obrigadas a observar a relevância dos fatos que têm potencial de impacto sobre os valores mobiliários negociados em bolsa ou mercado de balcão organizado.

15. Nesse contexto, cabe também observar o papel desempenhado pela BNDES Participações S.A. - BNDESPAR. A BNDESPAR, controlada integralmente pelo BNDES, foi constituída como sociedade anônima, que ostenta a peculiaridade de possuir um único acionista (sociedade por ações com uma única ação, detida pelo BNDES) . É sociedade anônima de capital aberto, porque tem valores mobiliários regularmente registrados e emitidos publicamente (debêntures) .

16. De fato, em 13/1/1998, a BNDESPAR obteve junto a Comissão de Valores Mobiliários - CVM o registro de companhia aberta, o que permite à instituição negociar títulos de sua emissão tanto em bolsa como no mercado de balcão organizado. Em virtude dessa qualificação, os gestores da BNDESPAR assumem todos os deveres fiduciários adicionais, impostos pela legislação societária, em particular, pela Lei 6.404/76.

17. Segundo as Notas Explicativas às Demonstrações Financeiras, a ação da BNDESPAR concretiza-se, principalmente, por meio de participações societárias de caráter minoritário e transitório e, ainda, pelo fortalecimento e modernização do mercado de valores mobiliários. Dentre os objetivos institucionais está o de contribuir para o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro.

18. Ora, o fortalecimento e a modernização do mercado de capitais passam necessariamente por dois eixos fundamentais: a transparência para com o mercado e o estímulo à participação do mercado, ou seja, o fortalecimento institucional e a democratização do acesso dos agentes econômicos ao mercado. O fortalecimento do mercado de capitais, a seu turno, é

imprescindível para alavancar a eficiente transferência de recursos privados para novos projetos de investimento e, conseqüentemente, estimular o crescimento econômico e social do País.

19. Adentrando no contexto operacional, tem-se que, oficialmente, o marco inicial de qualquer pleito de colaboração financeira junto ao sistema BNDES deveria ser a entrega da Carta-Consulta ao banco (neste caso, a data de protocolo da consulta foi 11/2/2008, segunda-feira) . A partir do protocolo, iniciar-se-ia o processo de tramitação do pedido de apoio financeiro, mais especificamente, a fase de enquadramento do pleito num dos tipos de operações (simplificadas ou clássicas, atualmente) e numa das várias modalidades de colaboração financeira (abertura de crédito, mútuo, prestação de garantia, participação societária, garantia de subscrição de valores mobiliários) , desde que houvesse linhas de financiamento disponíveis e adequação aos programas e políticas institucionais.

20. Essa fase de análise tem por objetivo enquadrar o pleito sob a perspectiva ampla do Sistema, de modo a colocá-lo lado a lado com os demais pleitos, presentes, avaliá-lo frente aos passados, verificar a compatibilidade com as linhas disponíveis, levantar e atualizar informações cadastrais da postulante e de seu grupo empresarial, etc., e termina com uma decisão colegiada, que pode acolher a solicitação até determinado valor (neste caso, a decisão de enquadrar ocorreu no dia 20/2/2008, quarta-feira, decorridos sete dias úteis da apresentação da consulta) . Já a fase de análise, a mais complexa, em que deveriam ser realizados estudos aprofundados sobre a operação, levou apenas 5 dias úteis. Finalmente, a diretoria colegiada, no exato dia útil seguinte, aprovou a operação financeira (itens 12-24 da instrução técnica) .

21. Vale mencionar que, na fase inicial, compete ao Comitê de Enquadramento e Crédito decidir sobre a prioridade específica do empreendimento, como condição para o estudo dos projetos relacionados às operações clássicas. No entanto, nesse caso, constatou-se a existência - admitida pela própria entidade (item 24 da instrução) - de uma fase negocial informal,

portanto precedente ao protocolo da Carta-Consulta, o que traz em si uma irregularidade, por vários motivos, que procuro contextualizar a seguir.

22. Como visto, a JBS pretendeu financiar as aquisições das empresas norte-americanas National Beef Packing Company e da divisão de carnes da Smithfield Foods Incorporated mediante nova emissão de ações, a ocorrer menos de um ano após sua emissão inicial (IPO) e poucos meses após outra emissão privada, grandemente integralizada pelo próprio BNDES, cujo objetivo havia sido financiar a aquisição da Swift Foods. O argumento utilizado para respaldar a operação é que se tratava de uma oportunidade de potencializar a JBS, que buscava adquirir empresas no mercado americano em dificuldades financeiras.

23. Em termos de estratégia empresarial de financiamento, isso significou optar por capital próprio em vez de dívida onerosa, para financiar seus investimentos de longo prazo (quanto à alternativa, é preciso questionar se a JBS poderia alavancar-se ainda mais nesse momento, em que o passivo já representava 64% do ativo total (peça 122) , mesmo após o aporte de capital do BNDES ocorrido meses antes) . No entanto, esse 'capital próprio' ainda não estava disponível, ou seja, ainda teria que ser atraído, captado, para a Companhia. Seria natural que, figurando no segmento do Novo Mercado e tendo se comprometido com as melhores práticas do mercado, como já visto, a JBS tivesse optado por uma emissão pública de ações, ainda mais se os negócios fossem bons e atraentes, porque garantiriam o fornecimento de recursos bastantes e a disputa pela subscrição poderia elevar o valor das ações da JBS.

24. Não foi esse o caso. Pelo contrário, a JBS optou por solicitar a colaboração financeira do sistema BNDES mediante garantia à subscrição a uma emissão privada de ações, isto é, procurou antecipadamente a garantia do BNDES à subscrição e não ofereceu ao público a oportunidade da subscrição das novas ações, a serem emitidas. Preferiu negociar diretamente com a BNDESPAR uma emissão privada de ações, sem valor nominal. Desse modo, a JBS estabeleceria o montante de recursos financeiros que queria receber e, depois, a BNDESPAR forneceria tal montante em troca das ações a serem subscritas na operação. As ações seriam emitidas e subscritas pelo valor a ser livremente negociado entre as partes, sem a participação do mercado e o recurso aos meios tradicionais de precificação como, por exemplo, os mecanismos denominados de road show e *bookbuilding*, conjugado com as devidas diligências prévias sobre as empresas investidas. E assim foi feito. O mercado foi mantido à distância, no sentido de que não participou da precificação das ações, tampouco, da garantia a sua subscrição.

25. Concomitantemente, a emissão privada foi colocada para um grupo restrito, formado pela BNDESPAR, pela empresa Antigua Investments LLC e pelos Fundos PETROS e FUNCEF, que negociaram a constituição, a qual delegariam à DTMV Mellon Serviços Financeiros Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. (administradora) , de um Fundo de Participação em Investimento (FIP) por intermédio do qual subscreveriam cotas equivalentes ao valor econômico de 66% das ações a serem emitidas (isto é, a 66% de R\$ 1,72 bilhão em aporte na Companhia) .

26. Para tanto, a BNDESPAR firmou 'Instrumento Particular de Compromisso de Subscrição de

Quotas de Fundo de Investimento em Participações', com o PROT - Fundo de Investimento em Participações, personalidade jurídica distinta, ainda em processo de registro perante a CVM, representada por sua administradora, a Mellon (peça 6, p. 69) . Devo pontuar que a Decisão de Diretoria BNDESPAR 32/2008, datada de 4/3/2008, que aprovou a operação, tanto a subscrição de ações ordinárias de emissão da JBS S.A. como a subscrição de quotas de emissão do Fundo PROT, em seu item '2', expressamente aludiram aos 'termos do Regulamento constante como Anexo II a presente Decisão de Diretoria'. No entanto, o regulamento somente foi aprovado em 6/3/2008 e registrado no 4º Cartório de Registro de Títulos e Documentos do Rio de Janeiro, sob o número 753051 (peça 1, p. 69) .

27. Esse contexto negocial acabou por violar os princípios da impessoalidade e da publicidade, além da inobservância das melhores práticas de mercado. Consequentemente, ao terem negociado privada, antecipada e informalmente a colaboração financeira que interessava exclusivamente à empresa JBS, concederam-lhe tratamento diferenciado. As próprias normas

internas vedam tal tipo de procedimento, uma vez que estabelecem a formalização dos pedidos de colaboração financeira via protocolo de carta-consulta.

28. Referida negociação informal, juntamente com a célere análise e aprovação da operação, atestam que houve inobservância dos inúmeros deveres de cuidado e de diligência que deveriam ter norteado a tramitação da concessão dos vultosos recursos para um objetivo tão complexo e arriscado, segundo as palavras dos próprios autores do relatório de enquadramento ('apesar da operação ser operacionalmente complexa e possuir riscos elevados associados' - peça 1, p. 16) , e com o agravante da operação implicar na aquisição de participação acionária de empresas sediadas no exterior.

29. Esses indícios podem ensejar o aprofundamento de investigações pela autarquia federal responsável pela regulação do mercado de capitais, a CVM, no que se refere à divulgação tempestiva de fatos relevantes.

30. Retomando a operação de colaboração financeira em análise, constatou-se que a Carta-Consulta foi recebida pelo BNDES no dia 11/2/2008, uma segunda-feira, após o feriado de Carnaval. Em 20/2/2008, foi produzida a Instrução Conjunta AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008, que serviu como relatório de enquadramento da operação. Portanto, esse relatório foi produzido em nove dias úteis, se considerarmos que a Carta-Consulta começou a ser analisada imediatamente após seu protocolo.

31. Como registrado na instrução técnica (itens 12-16 e 25) , o resultado, a despeito dos elementos faltantes na Carta-Consulta, foi a produção de um relatório (uma instrução) de enquadramento incompleto e insuficiente (ao menos em grande parte copiado de outras fontes, especialmente as fornecidas pela própria contratada; incompleto quanto ao apontamento dos riscos de queda do valor das ações ou desempenho operacional abaixo do esperado; não levantamento de todas as operações do Sistema BNDES com o Grupo JBS; não verificação das restrições cadastrais - execuções fiscais, dívidas trabalhistas, passivos

ambientais e contingentes) , omissos em relação a exigência de garantias; incompleto quanto a inexistência de '*valuation*' e '*due diligence*', além da não evidenciação analítica do cálculo dos limites de exposição ao risco frente ao grupo econômico e ao setor econômico específico.

Resultado da operação financeira

32. De fato e de direito, como visto, tem-se que o pleito de colaboração financeira foi dirigido ao Sistema BNDES, empresa pública federal integralmente controlada pela União, sendo a principal empresa do grupo, que tem a BNDES Participações S.A. - BNDESPAR como sua subsidiária integral. Portanto, no Sistema BNDES estão presentes vasos comunicantes, que transferem fluxos financeiros entre as empresas do grupo, liderada pelo banco estatal.

33. Inequivocamente, a principal fonte de financiamento (de funding) do sistema BNDES desde 2008 foram os empréstimos contraídos da União, com contrapartida na emissão, pela União, de títulos públicos representativos da dívida mobiliária federal.

34. Essa perspectiva deve ser analisada no contexto da operação, que integrou o conjunto de apoios financeiros concedidos sob a égide da 'Política de Desenvolvimento Produtivo - PDP', que começou a ser estruturada em 2007 e foi divulgada em maio de 2008, tendo estabelecido setores estratégicos a serem apoiados, a exemplo do agronegócio e pecuário, em que o Grupo JBS se insere. Importa ressaltar que esta e outras operações de colaboração financeira têm sido instrumentalizadas pela BNDESPAR a partir de subsídios da União, aproveitando-se da enorme disponibilidade de funding proporcionado pela União, de forma direta.

35. Antes de adentrar na análise do indício de dano ao patrimônio público decorrente da aplicação da média dos últimos 120 pregões para a definição do preço da ação, metodologia esta que destoou, inclusive, do padrão até então adotado para outras operações análogas (média dos 30, 60 ou 90 pregões) , cabe trazer uma avaliação estimada do atual valor de mercado da ação do Grupo JBS, de modo a situar o aspecto econômico da operação.

36. Emprega-se, para isso, o conceito fundamental de custo de oportunidade dos recursos públicos. Com efeito, se utilizarmos como índice de correção o indicador do custo médio da DMPFi (Dívida Pública Mobiliária Federal interna) , conforme regularmente calculado e divulgado pela Secretaria do Tesouro Nacional - STN, o custo estimado da operação atinge hoje o valor de aproximados R\$ 2,84 bilhões, conforme demonstrado abaixo:

Correção pelo Custo Médio da
DPMFi

Data da Transferência	Montante Financeiro Histórico	Montante Atualizado até 17/8/2017
17/04/2008	R\$ 635.400.000,00	R\$ 1.810.024.726,83
18/04/2008	R\$ 335.267.813,30	R\$ 955.056.707,88

28/05/2008	R\$ 25.200.000,00	R\$ 71.785.683,22
TOTAL	R\$ 995.867.813,30	R\$ 2.836.867.117,92

37. À título de ilustração, e considerando-se informações de mercado no presente exercício (2017) , a ação da JBS está cotada na B3 na faixa entre R\$ 4,44 e R\$ 9,17, com média dos últimos 30 pregões, base 17/8/2017, em R\$ 7,49 (peça 123) , encontrando resistência frequente a R\$ 6,60 em muitos rallies, o que implica, a valores presentes, a seguinte situação, considerando-se o valor de mercado da participação acionária da União na empresa, caso as ações compradas na operação não tivessem sido negociadas e fossem vendidas, nesta data, no mercado, decorrente da multiplicação do número de ações adquiridas nessa operação pelo preço unitário médio da ação em bolsa nos últimos 30 pregões:

Valor da transferência federal corrigido pelo custo médio da DPMFi	R\$ 2.836.867.117,92
(-) Valor de mercado das 139.753.720 ações *	R\$ 1.046.755.362,80
(-) Dividendos Corrigidos #	R\$ 139.659.022,83
(=) Estimativa de Dano Patrimonial	R\$ 1.650.452.732,30

*resultante da multiplicação de R\$ 7,49 - média dos últimos 30 pregões pelo quantitativo de 139.753.720 ações

fonte: <http://jbss.foinvest.com.br/static/ptb/dividendos.asp?idioma=ptb> e peça 124

38. Como visto, subtraindo-se os dividendos realizados e os juros sobre o capital próprio eventualmente recebidos no período, calculados por estimativa, atualizados pelo mesmo indicador do custo médio da DPMFi, ter-se-ia uma perda de valor hoje na ordem de R\$ 1,65 bilhão.

39. Esses dados acerca do resultado, até então, da operação em análise, passados cerca de 9 anos do início dos aportes financeiros, pretende apenas ilustrar que esta transação não se mostraria benéfica ao BNDES, sob o ponto de vista estritamente econômico. É sabido que o mercado de renda variável tem em si o risco inerente ao negócio, e que este mercado possui volatilidade. Em contraponto, inexistem elementos convincentes acerca da promoção do desenvolvimento econômico e social para o País decorrente dessa operação. Há que se registrar que esses cálculos em nada se relacionam com os indícios de dano identificados, que serão tratados em seguida.

Dano ao Patrimônio Público

40. Neste capítulo busca-se corroborar os indícios de dano ao patrimônio público constantes da instrução técnica a partir de uma perspectiva mais ampla, indicando, inclusive, que a metodologia de cálculo se sustentou em análise bastante conservadora, utilizando-se da média de noventa dias dos últimos pregões realizados, limite superior do padrão adotado pela

BNDESPAR nas demais operações similares.

41. Segundo o relatório de enquadramento da operação - Instrução Conjunta AP/DEPRI-AMC/DEPAC-AI/DEAICO 1/2008, o preço médio da ação da JBS, já ponderado por volume negociado em bolsa, era de R\$ 5,09, considerando-se os trinta pregões anteriores ao dia 15/2/2008 (inclusive) , haja vista que a fase de análise do enquadramento ocorreu entre os dias 12 e 20/2. Logo, o dia 15/2/2008 corresponde à data da análise pela equipe responsável pelo enquadramento. Ademais, trinta pregões, por exemplo, corresponderiam a aproximadamente um mês e meio de atividade registrada no mercado (de fato, retroagiria ao primeiro pregão do ano de 2008, no dia 2/1/2008) , ou seja, constituiria retrato bastante fiel e o mais atual possível do quanto o mercado avaliava a ação no ano em curso.

42. Como dito, a instrução técnica considerou, por critério extremamente conservador, os últimos 90 pregões como referência de valor médio da ação, em contraponto aos 120 utilizados pela BNDESPAR para o cálculo, no presente caso (itens 114-132 da instrução técnica) . Isto porque a BNDESPAR, em resposta à diligência efetuada, demonstrou que, historicamente, em suas análises, os prazos considerados para fins de definição do valor da ação situavam-se nos limites entre 30 a 90 pregões. A adoção de um valor médio para o cálculo do valor da ação de uma empresa para fins de negociação, e não o valor do dia em que está sendo efetuada a análise técnica, pode ser considerada razoável, na medida em que pode vir a minimizar os efeitos de possíveis flutuações do seu valor derivadas, muitas das vezes, de externalidades, que acabam por não condizer com a realidade do mercado.

43. Contudo, no presente caso, salvo prova em contrário, a utilização de um prazo acima dos 30 pregões (limite inferior da prática utilizada) deveria evidenciar vantagens competitivas para a BNDESPAR, sendo que, no aporte financeiro tratado nestes autos, o que se observou foi o inverso. Quanto mais elástico o prazo, maior ficava o preço médio da ação, até por conta do observado comportamento de queda do valor da ação naquela oportunidade. Na hipótese de a JBS não concordar com a utilização de prazo inferior, teria a opção de buscar, alternativamente, o mercado, de modo a viabilizar seus propósitos, tendo em vista que à BNDESPAR compete zelar pelo interesse público, que é indisponível.

44. Sobre esse aspecto, releva ressaltar que a BNDESPAR não demonstrou suficientemente que a metodologia utilizada na definição do cálculo da ação teria algum fundamento lógico, visto que, ao contrário, observou-se que essa negociação não adotou prática rotineiramente utilizada, diante dos interesse antagônicos que encerram essas definições de preço pelas partes envolvidas (cada um busca proteger da melhor maneira os seus interesses - quem compra quer baixar o preço e quem vende almeja aumentá-lo).

45. Como se trata de recursos públicos, os empregados e gestores da BNDESPAR devem sempre se pautar pelos princípios constitucionais e legais positivados, em especial, neste caso, os relativos à eficiência, economicidade e impessoalidade. Trazendo ao presente caso, caberia identificar atos praticados nesse intuito, buscando-se escolher, dentre as alternativas disponíveis, a mais vantajosa para a preservação do patrimônio público, conjugada com o objetivo de fortalecer o mercado de capitais e promover o desenvolvimento social do País.

46. A seleção da melhor alternativa parece não ter correspondido à realidade, conforme veremos abaixo. Repise-se, inexistem nos autos justificativas razoáveis para a adoção dos últimos 120 pregões em vez dos últimos 30, por exemplo, afora a possibilidade de até ter sido negociado um deságio, uma vez que a JBS não se propusera previamente à subscrição pública, como deveria, por seu compromisso com as melhores práticas do mercado de capitais, conforme já pontuado neste despacho.

47. Isto posto, segue abaixo cálculo da diferença entre o valor negociado (média dos últimos 120 pregões) e o valor da média dos últimos 30 pregões (referência a partir da data da fase de enquadramento da operação pela BNDESPAR - dia 15/2/2008), para se ter uma dimensão do potencial dano ao patrimônio federal na hipótese de adotar-se os últimos 30 dias, e não os últimos 90 dias, como considerado pela instrução técnica (repita-se, prazo adotado por conservadorismo, dentre os limites de 30 a 90 dias então praticados pela BNDESPAR em demais operações similares):

	Diretamente	Indiretamente	Total
N. de Ações Subscritas	47.421.190	92.332.530	139.753.720
Preço Pago - R\$ 7,07 (base média dos últimos 120 pregões)	R\$ 335.267.813,30	R\$ 652.790.987,10	R\$ 988.058.800,40
Preço Justo - R\$ 5,09 (base média dos últimos 30 pregões)	R\$ 241.373.857,10	R\$ 469.972.577,70	R\$ 711.346.434,80
Diferença - Dano	R\$ 93.893.956,20	R\$ 182.818.409,40	R\$ 276.712.365,60
Fator Selic Acumulado	2,632209104	Dano Corrigido (Selic)	R\$ 728.364.807,83

48. Se a referência adotada fosse os últimos 60 pregões, a diferença ficaria da seguinte forma:

	Diretamente	Indiretamente	Total
N. de Ações Subscritas	47.421.190	92.332.530	139.753.720
Preço Pago - R\$ 7,07	R\$ 335.267.813,30	R\$ 652.790.987,10	R\$ 988.058.800,40
Preço Pago - R\$ 5,49	R\$ 260.342.333,10	R\$ 506.905.589,70	R\$ 767.247.922,80
Diferença - Dano	R\$ 74.925.480,20	R\$ 145.885.397,40	R\$ 220.810.877,60
Fator Selic Acumulado	2,632209104	Dano Corrigido (Selic)	R\$ 581.220.402,21

49. Partindo-se dessa premissa, o dano provocado adotando-se como parâmetro os últimos

30 e 60 pregões estaria estimado em valores atualizados em, respectivamente, em R\$ 728,4 e R\$ 581,2 milhões. Esses cálculos ainda seriam conservadores em relação ao dano efetivamente verificado caso a base adotada fosse a do dia da negociação (cotação de fechamento ou a média das cotações do dia referentes às ações ordinárias de emissão da companhia na bolsa - antiga BM&FBOVESPA na data de fixação do preço por ação) , em 15/2/2008, uma vez que o preço da ação da JBS fechou a R\$ 4,74 nesse dia. A propósito, no dia 14/2/2008, o preço por ação em mercado ficou em R\$ 4,59, ou seja, o dano seria ainda maior se considerássemos o dia de referência da análise de enquadramento, escolhido pela BNDESPAR.

50. Além desses pontos, deve mencionar-se que a ação da JBS estava listada em bolsa de valores desde março de 2007, integrava o segmento do Novo Mercado (de máxima transparência) , apresentava liquidez diária em todos os pregões e, já em 2008, passava a integrar o Índice BOVESPA (IBOVESPA) , o indicador do desempenho médio das cotações dos ativos de maior negociabilidade e representatividade do mercado de ações brasileiro, que atende a rígidos critérios de seleção, padronizados internacionalmente.

51. Esse fato tornava a cotação de preço da ação da JBS consistente e de domínio público, refletindo, com exatidão, o preço justo praticado no mercado. As ações integrantes da carteira teórica do Índice Bovespa respondiam por mais de 80% do número de negócios e do volume financeiro verificados no mercado à vista (lote-padrão) da BOVESPA. Segundo o Comunicado ao Mercado do então Diretor de Finanças e de Relações com Investidores da JBS (peça 125) , o peso da companhia no índice era de 0,61%, o que representava a 49ª posição na carteira do índice, no dia 2 de maio de 2008.

52. À guisa de ilustração, o Banco do Brasil, sociedade de economia mista federal, cuja participação do capital privado atinge quase a metade do capital social do banco, adotou como preço de emissão a média aritmética de quatro dias em bolsa, incluindo o dia do edital de subscrição privada de ações (isto é, o dia da publicação do edital de subscrição privada de ações) - peça 126.

53. Cabe ainda registrar que a participação do Sistema BNDES após essa operação atingiu 19,42% do capital social da JBS, índice este que se situa ligeiramente abaixo daquele a partir do qual a legislação societária considera o investimento relevante, cujo percentual é de 20%, nos termos da Lei das SA, abaixo transcrita:

Lei 6.404/76

art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos em coligadas sobre cuja administração tenha influência significativa, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante, em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial, de acordo com as seguintes normas: (Redação dada pela Lei 11.638, de 2007)

I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da

companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III - a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente; somente será registrada como resultado do exercício:

a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;

b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivas;

c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

54. Por fim, impende notar que a análise particular desta negociação não traz a comprovação dos potenciais benefícios que possa ter gerado ao Brasil, particularmente diante da ausência de informações nos autos nesse sentido.

Desvio de finalidade

55. Carece igualmente de comprovação que os recursos federais transferidos foram aplicados nos objetos contratados, conforme registrado na instrução técnica no subtítulo 'As consultas, as análises, os contratos, e os quadros de usos e fontes não deixam claro o destino a ser dado a parcelas consideráveis do capital aportado (item VI, parágrafo 122) '.

56. Segundo o quadro de Usos e Fontes constante na IP AMC-DEPAC 29/2008 - peça 1, p. 15, entre os usos, estaria o pagamento de US\$ 410 milhões para quitar dívidas preexistentes da National Beef e US\$ 50 milhões para quitar dívidas preexistentes da Tasman Group. Como visto, a aquisição da National Beef não se concretizou, tendo depois sido substituída pela aquisição parcial da empresa de frangos Pilgrim's Pride, que contou com mais um aporte financeiro do Sistema BNDES. Ou seja, houve superposição de aportes com a mesma justificativa de finalidade. Nesse sentido, cabe trazer excerto do Acórdão 3.011/2015-TCU-Plenário, de relatoria do Exmº Sr. Ministro Augusto Sherman, que cuidou especificamente desse ponto:

Em dezembro de 2009, o BNDESPAR aprovou novo suporte financeiro para a JBS, com vistas a reforçar a estrutura de capital de companhia, de modo a consolidar o processo de associação com outra empresa brasileira do ramo de carne, a Bertin S.A., e viabilizar a conclusão de mais uma etapa do seu processo de internacionalização, mediante a aquisição da companhia americana Pilgrim's Pride Corporation pela JBS USA.

Tal apoio financeiro consistiu na aquisição, pelo BNDESPar, de debêntures da JBS, conversíveis em ações, em moeda corrente nacional, equivalentes ao valor de até US\$ 2.000.000.000,00. Nessa operação, o BNDESPar investiu um total de R\$ 3.477.568.000,00.

Cabe informar que a JBS havia investido R\$ 2,5 bilhões em ações da Bertin S.A. e detinha 26,62 % de participação acionária nessa companhia. Com a incorporação da Bertin pela JBS, as ações da Bertin que pertenciam à BNDESPar foram transformadas em ações da JBS, na razão 1:32,45518835, aumentando a participação acionária da BNDESPar na JBS.

57. A Pilgrim' s Pride ostentava grande dívida e, supostamente, os recursos não utilizados na aquisição da National Beef, especificamente os destinados ao resgate de dívidas, juntamente com os novos recursos concedidos pelo BNDES, foram aplicados no pagamento dessas dívidas.

58. Esse ponto está sendo tratado no âmbito do Processo 034.932/2015-1, que cuida da operação financeira para a aquisição da citada empresa Pilgrim' s, de modo a verificar se houve, de fato, a efetiva aplicação dos recursos no pagamento de dívidas da empresa posteriormente adquirida ou se essas dívidas foram simplesmente refinanciadas, o que implicaria em desvio de finalidade.

59. Tem-se, ainda, conforme bem apontado na instrução técnica, a decisão do não exercício da opção de venda (itens 199 e seguintes da instrução técnica) . Como visto, o aporte de capital concedido pelo sistema BNDES teve como justificativa (motivo vinculante) propiciar os recursos necessários para a aquisição das empresas estrangeiras predefinidas. Portanto, essa foi a condição para a aprovação da colaboração financeira. Para que serviria a opção de venda? Para resguardar a empresa pública federal do desvio de finalidade na aplicação dos recursos. Logo, deveria ser exercida, caso a beneficiária (JBS) não adquirisse as empresas-alvo.

60. Isso implicou na manutenção, pela JBS, de recursos em caixa, o que acabou gerando para esta enorme benefício, pois não necessitou aplicar esses recursos na aquisição pretendida, além de diminuir seu grau de alavancagem, vis-à-vis seu custo de oportunidade. Ora, não é objetivo social do BNDES prover caixa gratuito para empresas privadas, muito menos quando a União, controladora integral, tem que se financiar no mercado a taxas muito mais altas. Esse apontamento assoma-se aos indícios de irregularidades tratados nos presentes autos, que corroboram os indícios de dano apontados.

O Fundo FIP-PROT

61. Conforme ressaltou a instrução técnica (p. 8, 37, 41, 42, 44, 46 e 82) , na estruturação da operação de apoio financeiro, houve a criação de um Fundo de Investimento em Participações (FIP) , denominado de PROT (FIP-PROT) - no sítio da CVM, consta que a data de constituição deste fundo foi 25/3/2008 e a data de cancelamento foi 28/8/2013. Evidentemente, o Controle deve perquirir o porquê de a criação de tal fundo ter sido necessária à operação, uma vez que, em sendo uma colaboração financeira dada pelo Sistema BNDES sob a forma de compra de participação societária, o mais lógico teria sido a compra direta das ações ordinárias da JBS.

62. Os Fundos de Investimento em Participação são entidades reguladas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e somente se tornam valores mobiliários se forem previamente registrados pela autarquia federal. De forma geral, são utilizados como veículos de capitalização de empresas pequenas e médias, em operações de seed capital ou venture capital. São também utilizados na estruturação de private equity, quando há situações de recuperação empresarial. Nos termos da então vigente Instrução CVM 391, de 16/7/2003, que dispunha sobre constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento em Participações, a definição de FIP era a seguinte:

art. 2º O Fundo de Investimento em Participações (fundo) , constituído sob a forma de condomínio fechado, é uma comunhão de recursos destinados à aquisição de ações, debêntures, bônus de subscrição, ou outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas, participando do processo decisório da companhia investida, com efetiva influência na definição de sua política

estratégica e na sua gestão, notadamente através da indicação de membros do Conselho de Administração. [meus grifos]

63. Infere-se da então vigente definição que os fundos FIP eram entidades que serviam de veículo para congregar recursos de várias pessoas em condomínio fechado e essas investidoras, ao subscreverem cotas, integralizavam uma parte do patrimônio do fundo, que seria, posteriormente, aplicada em ações ou debêntures conversíveis. O investimento foi efetivado por meio de um compromisso, mediante o qual a investidora - BNDESPAR - ficou obrigada a integralizar o valor do capital comprometido à medida que o administrador do fundo fizesse chamadas, de acordo com prazos, processos decisórios e demais procedimentos estabelecidos no respectivo compromisso de investimento.

64. A questão da motivação vinculante, exercer efetiva influência, parece redundante no caso da BNDESPAR, que já possuía participação relevante no capital da JBS à época, após ter financiado a aquisição da Swift, e já tinha acordo de acionistas e direito à indicação de membro do Conselho.

65. De acordo com a normatização da CVM, a constituição dos FIP exigiria a adoção de diversas providências para seu registro, que seria concedido automaticamente mediante o protocolo na CVM dos documentos abaixo listados:

I - ato de constituição e o inteiro teor de seu regulamento, em 3 (três) vias, devidamente rubricadas e assinadas, acompanhado de certidão comprobatória de seu registro em cartório de títulos e documentos;

II - declaração do administrador do fundo de que firmou os contratos mencionados no § 4º do art. 9º, se for o caso (instituição legalmente habilitada para execução dos serviços de distribuição de cotas e de tesouraria) ;

III - declaração indicando o nome do auditor independente;

IV - informação quanto ao número máximo e mínimo de cotas a serem distribuídas, o valor da emissão, todos os custos incorridos, e outras informações relevantes sobre a distribuição;

V - material de divulgação a ser utilizado na distribuição de cotas do fundo, inclusive prospecto, se houver;

VI - qualquer informação adicional que venha a ser disponibilizada aos potenciais investidores;

VII - breve descrição da qualificação e da experiência profissional do corpo técnico do administrador e do gestor, se houver, na função de gestão ou administração de carteira.

66. O documento constitutivo do Fundo é o seu respectivo regulamento. Lendo-se a cópia do regulamento do fundo, anexada aos autos, observam-se passagens relacionadas à política de investimento e aos riscos de mercado, de crédito, de liquidez e de concentração, das quais transcrevo as seguintes:

art. 17 - Parágrafo Primeiro: O Fundo deverá observar as seguintes regras, que também integram a Política de Investimentos:

até 100% (cem por cento) da carteira do Fundo poderá ser representada por investimento, através da aquisição de ações emitidas pela JBS.

(...)

Parágrafo Segundo - O investimento em ativos da JBS pode representar até 100% (cem por cento) do Patrimônio Líquido do Fundo. (...)

art. 18 - Devem ser observados os seguintes fatores quanto às possibilidades de risco inerentes aos ativos que comporão a carteira do Fundo:

I - (...)

II - as aplicações do Fundo nos ativos previstos no Artigo 17 deste Regulamento poderão incorrer em diferentes espécies de risco, sendo os principais fatores os seguintes:

Risco de Mercado: (...)

Risco de Crédito: (...)

Risco de Concentração: consiste no risco do Fundo aplicar 100% (cem por cento) do Patrimônio Líquido do Fundo em ações da JBS.

Risco de Liquidez: o volume inicial de aplicações no Fundo e a inexistência de tradição no mercado de capitais brasileiro de negociações envolvendo quotas de fundos fechados fazem prever que as quotas de emissão do Fundo não apresentarão liquidez satisfatória. [Meus grifos]

67. Dois questionamentos a respeito: Primeiramente, se o Fundo deveria aplicar 100% de seu

patrimônio em ações da JBS, então por que a BNDESPAR não comprou diretamente as ações? Além disso, se as quotas de fundos fechados não apresentavam liquidez, então o investimento em quotas do FIP PROT apresentava desvantagens em relação à compra direta das ações da JBS. Desta forma, por que os gestores da BNDESPAR, conhecedores dessas restrições, optaram por estruturar a operação de colaboração financeira usando esse instrumento FIP?

68. No presente caso, a BNDESPAR estruturou a operação adquirindo cotas do Fundo de Investimento em Participações - FIP PROT, modalidade esta que alcançou 66% (139.753.720) do total das ações, em detrimento da aquisição de forma direta das ações da JBS, que fez um total de 33% (47.421.190) .

69. Destacam-se as desvantagens dos fundos de investimento, em geral, e deste FIP, em particular. Elas decorrem da falta de autonomia na tomada de decisão pelo investidor, que é delegada ao gestor do fundo, além das necessidades de adesão a regras previamente estabelecidas no regulamento do fundo e de aderência a regras supervenientes definidas por

uma maioria, com quórum qualificado, em uma Assembleia Geral de Cotistas. Nesse caso, poderíamos citar também custos desnecessariamente maiores, impossibilidade de resgate das cotas do FIP, diversificação nula da carteira de investimentos e desnecessidade de pagar taxa de performance ao gestor (Angra Partners) para gerir um único ativo-alvo (pelo Regulamento - artigo 21 - as decisões de investimento do gestor excetuavam as ações representativas do Fundo na JBS) , cobrando 10% sobre a rentabilidade das cotas.

70. Cabe mencionar que a Instrução CVM 391 previa que não haveria resgate das cotas e o regulamento do fundo deveria explicitar o critério para amortização de suas cotas. No caso do FIP-PROT, o regulamento do Fundo previa expressamente que não haveria resgate de cotas (art. 36) e que as cotas não seriam negociadas em bolsa de valores ou em mercado de balcão organizado (art. 38) .

71. Apesar dessas especificidades, como não havia outro ativo no fundo que não fosse a ação da JBS, tais ações não deveriam ser negociadas em bolsa. A JBS considerou também que tais ações compunham o float obrigatório de 25% de ações em circulação, exigência do Novo Mercado para assegurar liquidez e negociação em bolsa. Dessa forma, a titularidade formal das ações subscritas pertence ao patrimônio do referido Fundo, representado judicial e extrajudicialmente por sua administradora, que tinha poderes para exercer todos os direitos inerentes aos títulos e valores mobiliários integrantes da carteira do fundo, no caso, a Mellon Serviços Financeiros Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A., que pôde, inclusive, contratar um gestor para gerir a carteira de ativos resultante da aplicação dos recursos coletados dos condôminos (Angra Partners) .

72. Segundo a doutrina, 'A administração compreende o conjunto de serviços relacionados direta ou indiretamente ao funcionamento e à manutenção do fundo, que podem ser prestados pelo próprio administrador ou por terceiros por ele contratados, por escrito, em nome do Fundo' (Daniel Walter Maeda Bernardo, Bruno de Freitas Gomes e Thiago de Sampaio-Ferraz) . À administradora, pela prestação dos serviços de administração do Fundo, é

devida uma taxa de administração sobre o total dos recursos investidos pelo Fundo. Consultando o regulamento do FIP-PROT, observou-se que a taxa de administração devida pelos cotistas à Mellon era de 0,19% ao ano incidente sobre o total dos recursos investidos pelo Fundo. Consultando também as demonstrações financeiras do FIP-PROT, levantaram-se as seguintes despesas com taxa de administração e despesas totais:

2008: R\$ 1,96 milhões e R\$ 2,43 milhões;

2009: R\$ 2,74 milhões e R\$ 2,89 milhões;

2010: R\$ 2,75 milhões e R\$ 2,9 milhões;

2011: R\$ 2,23 milhões e R\$ 2,39 milhões;

2012: R\$ 1,55 milhões e R\$ 1,79 milhões;

2013: R\$ 497 mil e R\$ 572 mil.

73. Ou seja, a intermediação do Fundo teve um custo, que foi pago pelo BNDESPAR na proporção das cotas que subscreveu, equivalentes a 45% do patrimônio do FIP-PROT (peça 3, p. 55). Esse custo de intermediação não teria sido incorrido se a empresa pública federal tivesse comprado diretamente as ações da JBS.

74. Finalmente, cabe registrar que, quando da liquidação do Fundo, a BNDESPAR recebeu o número de ações que poderia ter comprado diretamente da JBS, isto é, a liquidação não se deu em dinheiro, o que teria feito parte do principal financiado ter retornado aos cofres da entidade estatal federal. Em retrospecto, sob esse ponto de vista, não fazia sentido contratar uma administradora e uma gestora para cuidarem de um único ativo, qual fosse, a ação da JBS. Considerando que o BNDES declarou ter participado de negociações prévias para a estruturação da operação durante meses antes da entrega da carta-consulta, chamo ainda atenção para o contido no artigo 36 da supracitada Instrução da CVM:

art. 36. Salvo aprovação da maioria dos cotistas reunidos em assembleia geral, é vedada a aplicação de recursos do fundo em títulos e valores mobiliários de companhias nas quais participem:

I - o administrador, o gestor, os membros de comitês ou conselhos criados pelo fundo e cotistas titulares de cotas representativas de 5% (cinco por cento) do patrimônio do fundo, seus sócios e respectivos cônjuges, individualmente ou em conjunto, com porcentagem superior a 10% (dez por cento) do capital social votante ou total;

II - quaisquer das pessoas mencionadas no inciso anterior que:

a) estejam envolvidas, direta ou indiretamente, na estruturação financeira da operação de emissão de valores mobiliários a serem subscritos pelo fundo, inclusive na condição de agente de colocação, coordenação ou garantidor da emissão; ou

b) façam parte de conselhos de administração, consultivo ou fiscal da companhia emissora dos

valores mobiliários a serem subscritos pelo fundo, antes do primeiro investimento por parte do fundo.

75. Dado esse contexto fático, considero oportuna a remessa dessas informações para a SecexPrevidência, assim como para a Comissão de Valores Mobiliários, para que tomem ciência dos fatos e, se julgarem pertinente, tomem as medidas sob suas respectivas alçadas.

Limites de Endividamento

76. A presente estruturação financeira constituiu, a exemplo de outras, uma transferência de recursos federais com o propósito de financiar um objeto empresarial, qual seja, a aquisição das empresas norte-americanas National Beef Packing Co. e da Smithfield Foods Inc. (apenas sua divisão de carnes bovinas) .

77. O BNDES, ao estruturar a operação de colaboração financeira à JBS, considerou que os parâmetros para estabelecer limites de risco de crédito com empresas e grupos econômicos

não financeiros, como o do grupo J&F/JBS, não se aplicariam ao caso, dada a omissão, tanto na instrução de enquadramento como no relatório de análise da operação, na análise desses limites de risco com o grupo econômico.

78. À época, segundo os autores da instrução de enquadramento, a classificação de risco da JBS era B+. Sendo essa classificação adequada, a Resolução BNDES 1.318/2006 dispunha que deveria prevalecer o menor dos seguintes parâmetros:

Grupamento de Nível de Risco	Ativo Total da Empresa ou Grupo	Patrimônio Líquido da Empresa ou Grupo	Patrimônio de Referência do BNDES
B	20%	45%	10%

79. Para o cômputo do limite de exposição, devem ser levadas em consideração ambas as operações - tanto de renda fixa como variável - já aprovadas (Resolução BNDES 1.318/2006, art. 4) , considerando aquelas em análise no sistema BNDES no momento do enquadramento. Igualmente, devem ser consideradas as operações com as demais empresas integrantes do grupo econômico, inclusive a controladora. De acordo com as informações constantes na instrução de enquadramento e no relatório de análise, havia, naquele momento, as seguintes operações no âmbito do Sistema BNDES, em valores históricos (que deveriam ser corrigidos a uma data-base) :

Operações de Renda Variável

Aquisição da Swift (EUA) :

Data Valor Histórico (R\$) Forma de Investimento

06/07/2007: 1.137.006.240,00 (Subscrição privada / aquisição direta de ações)

Subtotal: R\$ 1,14 bilhão

Operações de Renda Fixa

Finame/FINEM (TJLP, cesta de moedas do BNDES + 3% a.a.) : R\$ 227,6 milhões (saldo em 31/12/2007 - Demonstrações auditadas, Nota Explicativa 13, p. 45)

EXIM - Fomento à exportação (TJLP + 3% a.a.) : R\$ 426,9 milhões (saldo em 31/12/2007 - Demonstrações auditadas, Nota Explicativa 13, p. 45)

Capital de Giro: valor não especificado

Outras operações: R\$ 8,49 milhões (Agropecuária Friboi Ltda.)

Subtotal: R\$ 665 milhões

80. Os dados do Balanço Patrimonial auditado da JBS, relativos à data de 31/12/2007, portanto, de dois meses antes do enquadramento, mostravam um Ativo Total de R\$ 5,909 bilhões e um Patrimônio Líquido de R\$ 3,054 bilhões (peça 100) . Consequentemente, o menor dos dois parâmetros de referência para o limite de exposição seria de R\$ 1,2 bilhão, que já estava estourado antes, mas foi grandemente ultrapassado pela operação, em desacordo com a Resolução BNDES 1.318/2006.

81. A aplicação dos limites de risco de exposição do sistema BNDES a grupo econômico, no meu entender, se aplica às operações de participação societária, porque os normativos preveem que as participações societárias devem ser consideradas no somatório dos ativos de risco. Logo, se os limites não foram computados nem observados, houve violação aos normativos aplicáveis.

82. Como visto, a compreensão que surge do conjunto fático e indiciário é que o pleito da JBS, no que tange a esta operação, perante o Sistema BNDES não poderia ter sido atendido através de uma operação de renda fixa (abertura de crédito em conta corrente ou mútuo) , uma vez que os índices de alavancagem financeira (na casa dos 65%) da empresa já não davam margem a novos endividamentos (passivos onerosos, que elevariam o índice Dívida Líquida sobre EBITDA e comprometeriam parcelas significativas do fluxo operacional de caixa futuro da empresa) .

83. Por outro lado, também já não havia como o Sistema BNDES fornecer a totalidade dos recursos demandados pela JBS por intermédio de mais uma operação de compra de participação acionária, uma vez que, como demonstrado, os limites de exposição ao risco de crédito com a JBS já se encontravam ultrapassados. Ao que tudo indica, a solução encontrada pelos gestores do BNDES foi, portanto, a de criar o Fundo de Investimento em Participações - o FIP-PROT - para suplantar o óbice, porque, como vimos, as cotas a serem adquiridas não representariam a compra direta de mais participação acionária da JBS, mas, tão somente, investimento em renda variável em cotas de um fundo de investimento (outro CNPJ) , sob a

responsabilidade de outra instituição administradora (Mellon) .

84. Devemos observar, ainda, que a introdução do Fundo nessa forma de estruturar a operação pode ter servido para evitar a adoção de providências adicionais, impostas pela legislação societária e por regras estatutárias, que uma participação do BNDESPAR na JBS acima de 20% traria tanto à JBS como à BNDESPAR.

Garantias

85. A exigência de garantias em operações de renda variável é um aspecto que deve ser considerado. Identicamente ao tratado no que tange ao limite de exposição ao risco empresarial, ocorre em relação às garantias, porque o Regulamento Geral de Operações - RGO (peça 3, p. 29) expressamente prevê que as garantias a serem exigidas aplicam-se às colaborações financeiras do sistema BNDES de modo geral, inclusive, por via de consequência lógica, às de renda variável (que são uma das modalidades de colaboração financeira, conforme art. 12 do RGO) . As hipóteses de dispensa, elencadas no artigo 22 do RGO, não preveem as operações de participação societária. A propósito, o parágrafo primeiro do artigo 22 do RGO, expressamente dispõe que o valor da garantia prestada por empresa de cujo capital votante participe instituição integrante do Sistema BNDES poderá ser reduzido, desde que fundamentadamente, proporcionalmente ao valor da respectiva participação.

86. Ainda com relação às garantias, a BNDESPAR, a fim de evitar o desvio de finalidade na aplicação dos recursos federais transferidos, instituiu um contrato de opção de venda da participação acionária. Esse contrato contou com uma garantia colateral, sob a forma de fiança dos controladores da JBS, a J&F e o fundo ZMF. No entanto, além de não ter sido exercida tal opção ou executada a garantia fidejussória, a BNDESPAR não exigiu outras garantias, alegando, exatamente, tratar-se de operação de renda variável, de modo a se precaver contra perdas do principal e de uma remuneração minimamente compatível com o custo de oportunidade dos recursos públicos federais.

87. Ademais, importa registrar que os gestores da BNDESPAR, dada a natureza pública dos recursos e considerando-se o princípio da prudência, deveriam ter regulado o aporte de recursos à prévia autorização da autoridade antitruste norte-americana. Aplicando-se a norma que rege o Sistema BNDES, portanto, a priori, aderente às suas subsidiárias, caberia à BNDESPAR condicionar as liberações de recursos ao atingimento de determinadas etapas, após a certificação de certos requisitos. De acordo com as Disposições Aplicáveis aos Contratos do BNDES, em seu art. 6º:

Constituem Condições de Liberação de cada parcela da Colaboração Financeira ou de cada Efetivação parcial da Garantia, sem prejuízo de outras contratualmente estabelecidas ou decorrentes de disposição legal:

I - ter sido aplicada no projeto a parcela do crédito anteriormente utilizada;

II - permanecerem regularmente constituídas as garantias e serem consideradas suficientes, a juízo do BNDES:

.....

V - estar a Beneficiária e as demais sociedades integrantes do Grupo Econômico em dia com todas as obrigações contratuais perante o Sistema BNDES.

88. A característica fundamental que distingue uma aplicação de recursos federais via empréstimo bancário de outra via participação acionária é que, nesta última, a entidade federal concedente não auferirá um fluxo pré-determinado, certo e regular de juros nem sabe ao certo se e quando resgatará o principal transferido ao beneficiário. Em outras palavras, diferentemente dos empréstimos, as ações não prometem rendimentos pré-definidos e não têm prazo de amortização ou de resgate.

89. Além disso, dado o potencial de oscilação e de perda, intrínseco ao mercado, as ações podem perder valor até 'virarem pó', segundo o jargão do mercado, tornando o retorno do principal impossível, o que aumenta consideravelmente os riscos associados a tais aplicações.

90. Isto posto, entendo que, no presente momento, inexistem nos autos documentação suficiente para pronunciamento conclusivo acerca da exigência de garantias nas operações de renda variável, inclusive uma discussão no que concerne à aplicação do que dispõe a Resolução BNDES 1.573/2008, artigo 2º, a essas operações (dispõe que a não exigência de garantias só poderia ser aplicada caso a empresa estivesse listada no Novo Mercado e fosse enquadrada em nível de classificação de risco igual ou superior a BB+ - superior àquele em que se encontrava enquadrada a JBS, na ocasião B+) , não obstante a importância de manter registrado esse ponto.

Propostas Adicionais

91. Diante do exposto, e em concordância com o despacho da subunidade técnica, propõe-se, adicionalmente:

a) o envio de cópia do relatório, voto e acórdão que vier a ser proferido à Comissão de Valores Mobiliários - CVM, para a adoção das providências de sua competência, em especial no que tange à constituição do Fundo de Investimento em Participações (FIP) , denominado de PROT (FIP-PROT) , na composição da negociação em análise, e, igualmente, quanto à aderência às Leis 10.303/2001 e 6.404/76 e aos artigos 36 e 41 da Instrução CVM 391, de 16/7/2003, vigente, à época, dentre outros normativos referentes à operação financeira ora examinada; e,

b) o envio de cópia do relatório, voto e acórdão que vier a ser proferido à SecexPrevidência, para que, por critérios de conveniência e oportunidade, avalie a participação dos fundos de previdência PETROS e FUNCEF na composição do Fundo de Investimento em Participações (FIP) , denominado de PROT (FIP-PROT) , em vista dos indícios de irregularidades tratados nestes autos.”.

4. O Ministério Público não se manifestou nos autos.

É o relatório.

Voto:

Tratam os autos de representação instaurada em decorrência do Acórdão 3011/2015-Plenário, prolatado em relatório de auditoria (TC 007.527/2014-4) cujo objeto foi o de examinar, a pedido da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados - CFFC, as operações de crédito e de mercado de capitais realizadas pelo BNDES e pelo BNDESPar com o Grupo JBS, de 2005 a 2014, com vistas a esclarecer os aspectos financeiros das operações, os critérios utilizados na escolha das empresas do setor e as vantagens sociais geradas por essas operações. As operações realizadas pelo BNDES e BNDESPar com o Grupo JBS no período de 2005 a 2014, por meio da aquisição de participação no capital da JBS, atingiram o total de R\$ 8,11 bilhões.

2. O item 9.2 do referido acórdão determinou a autuação de três apartados em cujos âmbitos seriam analisados os indícios de dano e demais irregularidades relacionadas a três operações de aporte de capital do BNDESPar na JBS:

- 034.930/2015-9 – operação de aporte de capital (aquisição de ações da JBS) para a aquisição da empresa Swift Foods e Co., realizada em 2007;

- 034.931/2015-5 – operação de aporte de capital (aquisição de ações da JBS) para aquisição das empresas National Beef Packing Co. e Smithfield Foods Inc., realizada em 2008;

- 034.932/2015-1 – operação de aporte de capital (aquisição de debentures conversíveis em ações) para aquisição da empresa Pilgrins's Pride Co., realizada em 2009;

3. O item 9.3 do referido acórdão determinou a autuação de apartado adicional em cujo âmbito seriam analisados os indícios de dano e demais irregularidades relacionadas à operação de participação acionária na empresa Bertin S.A. e sua posterior incorporação pela empresa JBS S.A.

4. O item 9.6 do referido acórdão 3011/2015-Plenário determinou à SecexEstataisRJ que aprofundasse a análise dos achados relacionados a cada operação, procedesse à qualificação das irregularidades, à precisa quantificação dos débitos, onde fosse o caso, à identificação de todos os responsáveis, aí incluída a empresa JBS S.A., cujas condutas tivessem relação de causa e efeito com os indícios de irregularidades existentes em cada achado. Tal determinação deu ensejo a que o BNDES fosse diligenciado, em cada processo, para que fornecesse informações adicionais.

5. O primeiro apartado retro referido (representação TC 034.930/2015-9) foi julgado por meio do Acórdão 800/2017-Plenário, de 26/04/2017, que, em razão do conjunto de elementos contidos nos autos, determinou a conversão do mesmo em tomada de contas especial (item 9.2) e a citação e audiência dos responsáveis, a serem individualizados em momento posterior (em razão do determinado no item 9.6), pelos indícios de dano e irregularidades especificados (itens 9.3 a 9.5). Nessa tomada de contas especial, que recebeu o número de **010.398/2017-1**, já foram citados e ouvidos em audiência os responsáveis, individualizados por meio do despacho do Ministro Relator, de 23/05/2017, e do Acórdão 1411/2017-Plenário, de

05/07/2017.

6. Tratam os presentes autos do segundo apartado retro referido (representação 034.931/2015-5) . Com o objetivo de lembrar aos integrantes desse colegiado as características e peculiaridades da operação sob apreciação, transcrevo resumo apresentado pela unidade técnica como Anexo 3 à instrução que constou do relatório do referido Acórdão 3011/2015-Plenário (vide peça 3, pp. 51-58) :

“Projeto 1821764.0001/2008 - Participação acionária na empresa JBS S.A. visando à sua capitalização com a finalidade de adquirir a empresa americana National Beef Packing Co. e a divisão de carnes bovinas da Smithfield Beef Group.

Em março de 2008, poucos meses antes do estouro da crise financeira nos Estados Unidos, ocorreu o segundo investimento do BNDES na JBS S.A., quando o Frigorífico realizou nova oferta privada de ações, no montante de R\$ 2,55 bilhões (US\$ 1,5 bilhão à cotação de 1 US\$/ R\$ 1,70) , visando à aquisição das empresas National Beef Packing Company LLC e Smithfield Beef (incluindo a Five Rivers Ranch) , com sede nos Estados Unidos, mediante a emissão para subscrição pública de 360.678.926 de novas ações ordinárias.

Na Carta Consulta enviada pela JBS S.A. solicitando o apoio financeiro da BNDESPAR na operação, o Frigorífico menciona que a melhor estruturação para o negócio se daria por meio de um novo aporte de capital na JBS S.A., via emissão privada de ações, e que haveria a necessidade de nova colocação de recursos na Companhia para fazer frente às aquisições em curso, que já se encontravam em adiantada fase de negociações. Conforme consta da solicitação, o aporte deveria ser de aproximadamente US\$ 1,5 bilhão sendo que a participação do BNDES somaria US\$ 1,0 bilhão.

Isso posto, foi estruturada a operação para capitalizar a JBS S.A., o que permitiria as aquisições das empresas norte-americanas por US\$ 1,5 bilhão, respectivamente a 4ª e a 5ª empresa de carnes no mercado dos Estados Unidos, e da Tasman, 6ª maior empresa de carne bovina australiana.

De acordo com a modelagem definida para a operação, a BNDESPAR teria participação direta e indireta no aumento de capital da JBS S.A., além do exercício do direito de preferência. A participação indireta seria levada a efeito por meio da integralização de cotas do Fundo de Investimento em Participações PROT (FIP PROT) , fundo constituído exclusivamente para viabilizar o aumento de capital da JBS S.A.

A participação indireta da BNDESPAR, via Fundo PROT, se daria juntamente com outros investidores institucionais, principalmente os Fundos de Pensão Petros e Funcef. Como os acionistas controladores não dispunham do montante necessário para a realização do negócio, além de solicitarem o apoio financeiro do BNDES, também o solicitaram junto a investidores institucionais. De modo a viabilizar a participação dos dois Fundos, em 6/3/2008, foi criado o FIP PROT, com o objetivo único e específico de participar da operação. O FIP PROT consistiu, portanto, no instrumento financeiro utilizado para permitir a alavancagem dos recursos junto aos fundos de pensão e viabilizar, dessa forma, o aumento de capital.

O Fundo foi constituído sob a forma de condomínio fechado e prazo determinado (duração de 3 anos, prorrogável por mais 3) para a aquisição de ações da JBS S.A. emitidas para a compra da National Beef e da Smithfield Beef, sendo suas quotas direcionadas exclusivamente a investidores qualificados. Foi composto originalmente por cinco quotistas - BNDESPAR, Petros, Funcef, Antígua Investments LLC e Angra Partners, gerido pela Angra Partners e administrado pela BNY Mellon Asset Servicing.

A Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, aprovou a subscrição de ações ordinárias de emissão da JBS S.A.; a subscrição de quotas de emissão do PROT Fundo de Investimento em Participações; a cessão gratuita ao Fundo PROT do direito de preferência da

BNDESPAR às sobras do aumento de capital da JBS S.A.; a celebração de Acordo de Investimento e Contrato de Opção de Venda de Ações com acionistas controladores da JBS S.A. e PROT Fundo de Investimento em Participações;

O Contrato de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças, o Acordo de Investimento e o Acordo de Acionistas, celebrados em razão da operação pela J&F e ZMF, de um lado, e pela BNDESPAR e FIP PROT, de outro, estabeleceram dentre outros pontos que:

a) as partes se obrigavam a subscrever e a integralizar, em moeda corrente nacional, até 360.678.926 de novas ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal, ao preço de R\$ 7,07 por ação, a serem emitidas pela JBS S.A. em decorrência de aumento de capital da JBS S.A. (Acordo de Investimento) ;

b) sem prejuízo do investimento por parte da BNDESPAR no FIP PROT, a BNDESPAR se obrigava a subscrever e integralizar 47.421.190 de ações ordinárias, correspondentes ao valor total de R\$ 335.267.813,30 (Acordo de Investimento) ;

c) os acionistas fundadores (J&F e ZMF) obrigavam a subscrever e integralizar 35.586.600 de ações ordinárias, correspondente ao valor total de R\$ 251.597.262,00 (Acordo de Investimento) ;

d) a BNDESPAR se comprometia a ceder, gratuitamente, ao FIP PROT, a totalidade do direito de preferência da BNDESPAR às sobras das ações não subscritas no aumento de capital da JBS S.A. (Acordo de Investimento) ;

e) o FIP PROT se obrigava a subscrever e integralizar, no mínimo, 197.352.651 de ações de emissão da JBS S.A., correspondentes ao valor total de R\$ 1.395.283.242,57 (minoritários exercendo 100% do direito de preferência) , e, no máximo, até 240.452.616 de ações, correspondentes ao valor total máximo de R\$ 1.699.999.995,12 (minoritários exercendo 0% do direito de preferência) . A diferença se referia à subscrição e integralização pelo FIP PROT de eventuais sobras de ações dos acionistas minoritários, após o aumento de capital da JBS S.A., em razão do exercício do seu direito de preferência para subscrição das sobras (Acordo de Investimento) ;

f) os recursos relacionados ao aumento de capital da JBS S.A. deveriam ser aplicados em

investimento a ser realizado nas empresas Smithfield Beef Group, no valor total de aproximadamente US\$ 565 milhões, incluindo sua subsidiária integral, Five Rivers Ranch Cattle Feeding, e National Beef Packing Company, no valor total de aproximadamente US\$ 970 milhões, companhias que operavam no mesmo segmento de atuação da JBS S.A.; e

g) a J&F e a ZMF outorgariam à BNDESPAR e ao PROT, de forma irrevogável e irretratável, uma Opção Venda de ações de emissão da JBS S.A., para que estes últimos vendessem aos primeiros até a totalidade das ações da Opção, nos termos do Acordo de Investimento e do Contrato de Opção de Venda de Ações, ficando J&F e a ZMF obrigadas a adquiri-las.

Em função da representatividade das empresas norte-americanas, e da possibilidade de não aprovação, no todo ou em parte, da operação pelos órgãos de defesa de concorrência dos Estados Unidos, as aquisições só seriam finalizadas após análise e aprovação do órgão antitruste americano (Department of Justice – DoJ) . Portanto, para garantir que o montante desembolsado pela BNDESPAR, direta ou indiretamente por meio do Fundo PROT, fosse efetivamente utilizado na aquisição das empresas americanas, foi firmado em 18 de março de 2008 um contrato de opção de venda de ações (Contrato de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças) .

O referido Contrato possibilitaria à BNDESPAR e ao Fundo alienarem parte ou a totalidade das ações de emissão da JBS S.A. aos acionistas fundadores (controladores) – J&F Participações e ZMF Fundo de Investimento em Participações –, caso as duas aquisições ou mesmo uma das duas aquisições fossem vetadas pelos órgãos de defesa de concorrência norte-americanos. A Opção de Venda teve ainda como garantidores pessoais (fiadores) os acionistas fundadores, i.e., as pessoas físicas que controlavam indiretamente a Companhia.

O Contrato de Opção de Venda, dispunha que a opção poderia ou não ser exercida, na hipótese de o processo de aprovação das aquisições, perante as autoridades antitruste estadunidenses, não ser finalizado no Prazo de Opção, fixado como sendo 180 dias contados da data da integralização das ações da JBS S.A. pela BNDESPAR e pelo PROT, caso as autoridades norte-americanas não solicitassem informações adicionais para a condução das investigações antitruste relativas às aquisições (second request) . Este prazo poderia ser estendido para 9 meses, em face da ocorrência do second request, contados da data em que a J&F e a ZMF comunicassem, por escrito, à BNDESPAR e ao PROT, que as autoridades antitruste haviam solicitado informações adicionais para a condução das investigações antitruste.

A opção de venda também poderia ser exercida, ou não, pela BNDESPAR e pelo PROT, se durante o Prazo da Opção, as autoridades antitruste rejeitassem integralmente uma ou ambas as aquisições. Caso as autoridades antitruste rejeitassem integralmente apenas uma das aquisições, a quantidade das ações objeto da opção de venda seria proporcional ao valor investido no aumento de capital social da JBS S.A. em relação ao valor da aquisição que tenha sido integralmente rejeitada.

O preço de aquisição das ações da opção foi definido como sendo resultante do produto do

número de ações pelo preço R\$ 7,07 por ação, corrigido monetariamente pela variação de 100% da Taxa CDI.

Em síntese, a BNDESPAR, o PROT, a J&F e o ZMF acordaram realizar investimento de até R\$ 2.550.000.006,82, por meio de um aumento do capital social da JBS S.A. A BNDESPAR e o Fundo PROT contribuiriam com um investimento de até R\$ 2.035.267.808,42, via subscrição e integralização de ações a serem emitidas no âmbito do aumento de capital. Adicionalmente, o Contrato de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças estipulou uma opção de venda à BNDESPAR e ao PROT em razão da presente operação, caso as autoridades antitruste americanas rejeitassem uma ou ambas as aquisições, sendo o valor da referida venda proporcional ao montante investido no aumento de capital social da JBS S.A. em relação ao valor da aquisição que tenha sido integralmente rejeitada pela autoridade antitruste (p. 6 e 7 do contrato de opção de venda de ações e outras avenças). Logo, os acordos formalizados para possibilitar a realização do negócio condicionaram a realização do aumento de capital à aplicação dos recursos na aquisição das empresas Smithfield Beef Group (incluindo a Five Rivers Ranch Cattle Feeding) e National Beef Packing Company. Ambas as aquisições foram contratadas por meio de Membership Interest Purchase Agreement e os contratos previam a efetiva aquisição das ações e a formalização da compra, bem como a transferência dos recursos para os acionistas vendedores somente após aprovação dos órgãos de defesa da concorrência estadunidenses.

Uma vez finalizado o aumento de capital da JBS S.A. (JBS S.A. Mercosul), esta realizaria um aumento de capital na JBS S.A. USA (ex Swift & Co.) de aproximadamente US 1.490 milhões. A estruturação financeira da operação, para a aquisição das empresas, foi inicialmente prevista para ocorrer da seguinte forma:

- i) aumento de capital na JBS S.A. de US\$ 1,5 bi;
- ii) aumento de capital da JBS S.A. na JBS S.A. USA de US\$ 1,5 bi;
- iii) pagamento de US\$ 95 milhões em ações da JBS S.A. para aquisição da National Beef aos atuais acionistas da Companhia adquirida;
- iv) pagamento de aproximadamente US\$ 465 milhões em dinheiro para a aquisição da National Beef, aos atuais acionistas da Companhia;
- v) repactuação do endividamento líquido da National Beef de aproximadamente US\$ 410 milhões;
- vi) pagamento de US\$ 435 milhões em dinheiro para aquisição da Smithfield Beef aos atuais acionistas; e
- v) pagamento de US\$ 130 milhões em dinheiro para aquisição da Five Rivers aos atuais acionistas e aumento de capital de US\$ 200 milhões na Companhia adquirida.

A aquisição da Tasman pela JBS S.A. USA se daria junto com a presente operação por US\$ 150 milhões utilizando recursos do caixa da empresa, sendo US\$ 100 milhões destinados à compra

de ações e US\$ 50 milhões à assunção de dívidas.

Para a efetivação do negócio, o Banco aportou mais R\$ 995,87 milhões na Companhia, por meio da compra direta de ações e da integralização de cotas do Fundo de Investimento em Participações PROT. A BNDESPAR subscreveu e integralizou 47.421.190 ações ordinárias de emissão da JBS S.A., correspondente a R\$ 335.267.813,30, e adquiriu, via Fundo PROT, mais 92.332.530 ações, correspondente a R\$ 660.600.000,00, ao preço de R\$ 7,07 por ação, passando a deter, direta e indiretamente, mais 139.753.720 ações (6,47% do capital da JBS S.A.). Ao final, a soma das participações direta e indireta do Banco Público no capital da Companhia alcançou 19,42%.

O Fundo PROT investiu R\$ 1,469 bilhão (correspondente a 205.365.101 de ações) na operação passando a deter 14,3% da Empresa. A BNDESPAR participou com 45% do Fundo, os Fundos de Pensão Petros e Funcef entraram com 25% cada (limite de participação dos fundos de pensão nos FIPs) e o Fundo de Investimentos Antigua Investments LLC ficou com os 5% restantes.

O preço das ações foi definido como a média ponderada por volume de negociação das cotações de fechamento das ações ordinárias apuradas nos 120 pregões da Bolsa de Valores de São Paulo – Bovespa, realizados no período de 16 de agosto de 2007 até 15 de fevereiro de 2008, perfazendo o valor de R\$ 7,07, conforme constou da Nota Técnica AMC/DEINV 23/2009 e AMC/DEPAC 34/2009.

Cada quotista realizou dois aportes no Fundo, com a respectiva integralização e subscrição de ações da JBS S.A. A tabela a seguir apresenta o montante aportado por quotista, as ações adquiridas a cada subscrição e a participação final do FIP na JBS S.A.:

(...)

Em 20/10/2008, o Department of Justice (DoJ) – órgão antitruste americano – emitiu comunicado, informando que havia protocolado, naquela data, uma ação judicial antitruste na Corte do Distrito Federal dos Estados Unidos em Chicago contestando a aquisição da National Beef Packing Company, LLC pela JBS S.A., e que vários estados americanos estariam se juntando à ação. O DoJ alega, em seu relatório, que a transação reestruturaria a indústria de frigoríficos e reduziria a competitividade de forma significativa, colocando mais de 80% da capacidade de processamento de carne do mercado doméstico nas mãos de três empresas: JBS S.A., Tyson Foods e Cargil. Segundo o Department of Justice, a aquisição resultaria, por um lado, na redução da concorrência entre frigoríficos na produção e comercialização, e de outro, na redução da concorrência na compra do gado para abate.

No comunicado, o DoJ informou que não se opunha à aquisição da Smithfield Beef Group Inc. No mesmo dia, a JBS S.A. emitiu Comunicado ao Mercado informando que planejava concluir imediatamente a aquisição das operações de processamento de carne e de confinamento de gado da Smithfield Beef, por aproximadamente US\$ 565 milhões, em dinheiro, que a transação seria levada a efeito utilizando recursos da Companhia, e que a aquisição incluía 100% da Five Rivers Ranch Cattle Feeding LLC, que anteriormente era uma joint venture 50/50 com a

Rivers Ranch Cattle Feeding LLC., que anteriormente era uma joint venture 50/50 com a Continental Grain Company. No mesmo Comunicado, informou que pretendia defender vigorosamente o processo da National Beef, na esfera judicial, não obstante o firme posicionamento dos órgãos de defesa da concorrência americanos.

Note-se que a BNDESPAR já havia identificado potenciais dificuldades junto aos órgãos de defesa da concorrência norte americanos no que se refere à aquisição da quarta e quinta empresas do setor nos EUA por um grande *player* do setor, já que a JBS S.A. havia adquirido a terceira maior empresa do mercado americano, conforme relatado na IP AMC-DEPAC 29/2008:

Após a normalização das atividades da Swift USA, a JBS S.A. identificou a possibilidade de consolidação no mercado norte americano. Após a aquisição da terceira empresa do setor nos EUA (Swift) , identificou a quarta e quinta colocadas como alvos potenciais de aquisição, o que a levaria à condição de maior empresa do setor nos Estados Unidos. Essa aquisição não seria permitida pelo órgão norte-americano que regula a concorrência caso a primeira e a segunda maiores tentassem a compra, o que reduziu o número de interessados nessas aquisições.

Em 23/10/2008, a JBS S.A. emitiu Fato Relevante, anunciando a conclusão da aquisição da Smithfield Beef e da Five Rivers. O montante total pago foi de US 565 milhões, em dinheiro e sem apropriação de dívida. O processo da National Beef prosseguiu tramitando na Corte do Distrito Federal dos Estados Unidos em Chicago.

No entanto, para o Presidente da JBS S.A. esse não era o caso, conforme excerto do Comunicado:

Não concordamos com a decisão do Departamento de Justiça que tenta impedir a transação. (...) Essa transação favorece altamente a competitividade e irá gerar eficiências e sinergias significantes que beneficiarão nossos fornecedores de gado e consumidores de carne. Acreditamos que o governo está equivocado e pretendemos defender essa questão na corte.

Conforme alegado pela JBS S.A., o processo de obtenção da aprovação da aquisição da National Beef possuía fases administrativa e judicial, que não estavam claramente definidas e contempladas no Contrato de Opção de Venda, o que poderia requerer alguns meses para seu desfecho, já que ainda encontrava-se em fase de discussão judicial, não concluída. Devido à falta de clareza do Contrato, o exercício da opção de venda pela BNDESPAR ou pelo PROT poderia ficar comprometido, pois o item 2.3 do texto original do referido Contrato previa o exercício da opção em dez dias úteis a partir da comunicação da negativa da aquisição da empresa, que havia se dado em 20/10/2008 (p. 7 do contrato de opção de venda de ações e outras avenças e IP AMC/DEPAC 142/2008, de 27/10/2008) .

Por outro lado, como as autoridades antitruste americanas já haviam emitido forte sinalização no sentido de que a compra da National Beef seria rejeitada, a própria BNDESPAR propôs a celebração de aditivo ao Contrato de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças, visando a estender o prazo da opção de venda, resultando no primeiro de três aditivos ao Contrato de Opção. O aditivo foi aprovado pela Dec. Dir. 118/2008, de 28/10/2008, posteriormente,

Opção. O aditivo foi aprovado pela Dec. Dir. 110/2008, de 20/10/2008, posteriormente ratificada pela Dec. Dir. 144/2008, de 23/12/2008 (IPs AMC/DEPAC 142/2008, de 27/10/2008 e 167/2008, de 17/12/2008, respectivamente) .

No 1º Aditivo ao Contrato de Opção de Venda, formalizado em 28/10/2008, ficou acordado que, se o processo de aprovação da aquisição da National Beef não fosse finalizado no prazo de um ano, a partir daquela data, a BNDESPAR e o FIP PROT poderiam exercer a opção de venda, em até quinze dias úteis da comunicação da decisão definitiva (p. 5 do 1º aditivo ao contrato de opção de venda e outras avenças) .

No entanto, se a decisão definitiva dos órgãos antitrustes americanos fosse pela negação integral ou parcial do pleito e emitida antes do referido prazo de um ano, a opção poderia ser exercida no prazo de quinze dias úteis, a partir da comunicação da impossibilidade de aquisição da National Beef (p. 5 do 1º aditivo ao contrato de opção de venda e outras avenças) .

Na hipótese de aprovação parcial da compra da National Beef, a BNDESPAR e o FIP PROT e reservavam o direito de exercer a opção de venda em valor proporcionalmente ao valor efetivamente investido (p. 6 do 1º aditivo ao contrato de opção de venda e outras avenças) .

No caso de não aprovação pela autoridade antitruste americana das aquisições da National Beef e da Smithfield pela JBS S.A. USA, caberia ao BNDES e ao FIP PROT o direito de vender até a totalidade das ações aos acionistas fundadores (J&F Participações e o Fundo ZMF) .

Assim, o 1º Aditivo ao Contrato ampliou o prazo para exercício da opção de venda e regulou a possibilidade de exercício da opção de venda em questão nas hipóteses de: (a) não aquisição da National Beef pela JBS S.A. no prazo de até doze meses a partir de 28/10/2008; (b) aquisição parcial da National Beef; e (c) extinção do contrato de aquisição celebrado entre a JBS S.A. e a National Beef (Membership Interest Purchase Agreement) , que tinha como prazo final e validade o dia 23/2/2009.

O processo da National Beef permaneceu tramitando na Corte em Chicago até que, em 20/2/2009, a JBS S.A. emitiu Fato Relevante informando ao mercado que havia desistido da aquisição. Além disso, em carta enviada à BNDESPAR e ao FIP PROT, em 26/2/2009, comunicou a celebração do Termination Agreement ao Membership Interest Purchase Agreement, em 23/2/2009, encerrando formalmente a aquisição da National Beef.

Por sua vez, nos termos da cláusula 2.8 do Contrato de Opção de Venda, caso o Membership Interest Purchase Agreement fosse extinto ou rescindido, antes da finalização do processo pendente de decisão definitiva, ensejaria a hipótese para o início da contagem do prazo de 15 dias úteis, a partir da comunicação por escrito, para o exercício da opção de venda, cujo prazo se encerraria em 16/3/2009.

A BNDESPAR resolveu, então, formalizar um segundo termo aditivo para estender o prazo de exercício da opção de venda de 29.966.485 ações pertencentes à BNDESPAR e de 129.774.689

ações pertencentes ao Fundo FIP-PROT ao preço de aquisição (R\$ 7,07 por ação) corrigido pelo CDI, até o dia 17/4/2009. Justificou a celebração do instrumento jurídico sob a alegação de que o exercício da opção, naquele momento de crise financeira mundial, em que havia restrições de liquidez em diversos setores da economia, e notadamente no setor de carnes, poderia piorar a percepção de risco dos agentes em relação à JBS S.A., redundando em perda de valor das ações da Companhia para seus acionistas. Alegou ainda que a manutenção de folga de caixa, naquela conjuntura, favoreceria a percepção de risco da Companhia por seu baixo grau de alavancagem (p. 5 e 6 da IP AMC-DEPAC 033/2009 e p. 5 do 2º aditivo ao contrato de opção de venda e outras avenças) .

Com base nos mesmos argumentos e alegando preservar o direito da BNDESPAR e do FIP PROT, bem como possibilitar à JBS S.A. empregar os recursos transferidos pelo Banco e pelo Fundo na compra de outros ativos que valorizassem a Companhia, foi negociado com os controladores da JBS S.A. a celebração de um terceiro aditivo ao Contrato de Opção de Venda.

A IP AMC-DEPAC 060/2009 analisou a questão e propôs mais uma prorrogação do prazo, até a data de 28/7/2010, condicionando a não realização da opção à aquisição de uma ou mais empresas com atuação predominante no mesmo ramo econômico da JBS S.A., no valor de aproximadamente US\$ 800,6 milhões. O descumprimento da condição no prazo determinado abriria a possibilidade de exercício da opção de venda de 24.733.163 de ações pertencentes à BNDESPAR e 107.110.944 de ações pertencentes ao FIP PROT, quantitativo este divergente do especificado na IP AMC-DEPAC 33/2009, sob o argumento de que a compra da Tasman Group Australia deveria ser considerada no abatimento do valor da opção (p. 6 e 7 da IP AMC-DEPAC 060/2009) .

(...)

Conforme consignado na IP AMC-DEPAC 29/2008 (p. 17 e 27) , que analisou a proposta de capitalização da JBS S.A. e propôs a aprovação da operação, por ocasião da solicitação do apoio financeiro e da estruturação do negócio, a JBS S.A. USA iria adquirir o total das ações da Tasman Group, por cerca de US\$ 100 milhões, e assumiria seu endividamento líquido, no montante de US\$ 50 milhões, utilizando recursos de seu caixa, ou seja, recursos que não estariam vinculados ao aumento de capital. Além disso, conforme consta do mesmo documento, a Tasman sequer foi incluída na análise realizada pela BNDESPAR. De fato, a AMC-DEPAC só tomou conhecimento de sua aquisição momentos antes da conclusão da IP AMC-DEPAC 29/2008 (p. 20) .

Ficou também estabelecido que, se não fosse despendido o valor integral de US\$ 800,6 milhões na aquisição de outras empresas do setor, mas um montante inferior, a opção de venda seria exercida considerando um quantitativo menor de ações, proporcional ao valor não efetivamente utilizado, i.e., proporcional à diferença entre o valor total da National Beef (aproximadamente US\$ 970 milhões) e os valores totais das companhias (ativos) adquiridas (p. 8 da IP AMC-DEPAC 060/2009) .

A JBS S.A. concluiu a operação de compra da australiana Tasman Group, em 2/3/2008, por aproximadamente US\$ 169,4 milhões, operação que foi anunciada, em 4/3/2008, juntamente com o anúncio de aquisição da National Beef. Com base nesse fato, e sob o argumento de que o investimento estaria em linha com a finalidade do aporte realizado pela BNDESPAR e pelo PROT, foi negociado um ajuste ao valor original da Opção de Venda de abatimento de modo que a companhia australiana foi utilizada para fins de abatimento do valor da Opção. Note-se, no entanto, que essa transação nada tinha a ver com a proposta negociada e aprovada originalmente para fins de obtenção do apoio financeiro para o aumento de capital.

Desta forma, o 3º Aditivo, em que se formalizou a alteração da finalidade do investimento mencionada, passou para o dia 28/7/2010 o vencimento do prazo para aquisição de outras empresas pela JBS S.A., para o dia 28/8/2010 o fim do prazo de exercício da opção de venda pela BNDESPAR e para o dia 28/10/2010 o efetivo pagamento do valor equivalente às ações à venda (p. 8 da IP AMC-DEPAC 060/2009 e p. 7 do 3º aditivo ao contrato de opção de venda e outras avenças) .

Conforme mencionado no Relatório de Análise da Operação 2.231.068.0001 (p. 102) , o Contrato de Opção de Venda de Ações operaria como uma garantia de que os recursos desembolsados seriam efetivamente utilizados na aquisição das empresas norte-americanas:

Com o objetivo de garantir que o montante desembolsado pela BNDESPAR, diretamente ou indiretamente por meio do FIP PROT, fosse efetivamente utilizado na aquisição das empresas americanas, foi firmado em 18/03/2008 o documento denominado Contrato de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças ('Contrato de Opção') .

No entanto, após três aditivos que prorrogaram o prazo para o exercício da opção e alteraram a finalidade do investimento, a BNDESPAR argumentou que a aquisição da Pilgrim's Pride e a associação com a Bertin, operações que envolveriam valores superiores a US\$ 10 bilhões, seriam suficientes para o Banco entender que a JBS S.A. teria cumprido a obrigação prevista no referido Contrato de Opção de adquirir outras companhias com atuação no mesmo ramo econômico da JBS S.A. e no valor total aproximado de US\$ 800,6 milhões, sendo desnecessário o exercício de opção de venda (p. 102 do Relatório de Análise da Operação 2.231.068.0001) .

Apesar de a BNDESPAR já ter entendido que a JBS S.A. havia cumprido a obrigação prevista na opção de venda, foi negociado que o Acordo de Investimento da nova operação 2.231.068.0001, a ser celebrado entre as partes, além de fixar os termos e condições precedentes ao investimento da BNDESPAR na operação, versaria sobre a rescisão do Contrato de Opção celebrado entre a J&F, ZMF, BNDESPAR e Fundo PROT.”.

I – Considerações iniciais

7. Antes de adentrar o mérito do processo, eu gostaria de ressaltar o excelente trabalho realizado pela equipe da SecexEstataisRJ, em vista do que quero agradecer aos auditores federais de controle externo Luiz Sérgio Maceiro da Costa, Bruno Hartz e a Carlos Borges, respectivamente auditor encarregado da instrução de mérito, diretor e secretário da SecexEstataisRJ.

8. Antecipo que incorporo o conteúdo da instrução realizada pela unidade técnica (peça 127) , assim como as complementações apresentadas pelo Diretor e pelo Secretário da SecexEstataisRJ (peças 128 e 129) , às minhas razões de decidir no presente voto. Uma vez que todas foram transcritas para o relatório que precede este voto, não tratarei detalhadamente de todas as questões suscitadas. Concentrarei minhas considerações naqueles pontos que reputo essenciais destacar a respeito de cada achado, ou em complementações que considero necessário fazer, ou para me posicionar naqueles pontos em que ocorreu divergência entre os referidos pareceres, ou, ainda, para retificar as análises e conclusões nas poucas divergências que tenho com o trabalho realizado.

9. Passo, assim, a analisar os achados de auditoria na ordem em que analisados na instrução da unidade técnica transcrita para o relatório que precede este voto, à exceção da análise de ocorrência de dano na operação, que deixo para analisar ao final do voto. Em todos os casos apresentarei remissão à seção do voto condutor do referido Acórdão 3011/2015-Plenário na qual as irregularidades já haviam sido preliminarmente analisadas.

10. Para perfeito entendimento dos acontecimentos, chamo a atenção deste Colegiado para o cronograma dos eventos que estarão referenciados neste voto:

Data	Evento
Outubro/2007	Apresentações intituladas "Reunião do Conselho de Administração da JBS Oportunidades de Aquisições: Empresas Alvo" e "Proposta de Consolidação do Setor de Carne Bovina Americano e Mundial, por uma empresa brasileira".
Dezembro/2007	Apresentação intitulada "Aquisição nos Estados Unidos".
1/2/2008	Aumento de capital na JBS USA
11/2/2008	Apresentação intitulada "Projeto Proteína".
11/2/2008	Entrega da carta Consulta ao BNDES
20/2/2008	Instrução Conjunta AP/DEPRI - AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008
22/2/2008	Aumento de capital na JBS USA
28/2/2008	Aumento de capital na JBS USA
3/3/2008 (data estimada)	Apresentação intitulada "Estrutura Financeira das Aquisições".
3/3/2008	Conclusão do relatório de análise IP AMC-DEPAC 29/2008
4/3/2008	Aprovação da operação pela diretoria do BNDES

18/4/2008	Aporte direto do BNDES na JBS S.A. (R\$ 335.267.000,00)
28/5/2008	2º aporte do FIP PROT (R\$ 56.000.000,00)

Fonte: elaborado pelo autor[footnoteRef:2] [2: Elaborado a partir do Quadro 11, constante do § 250 da instrução da unidade técnica transcrita para o relatório que precede este voto, sobre a qual foram acrescentadas outras informações.]

11. Importante lembrar que, conforme constou da seção IV do voto condutor do referido Acórdão 3011/2015-Plenário, os itens a seguir analisados representam, em seu conjunto, um outro achado de auditoria, mais amplo, classificado como “tratamento privilegiado conferido à JBS pelo BNDES/BNDESPar”.

II - Enquadramento, análise e aprovação de operação de grande porte, complexa e de alto risco, em tempo consideravelmente inferior ao tempo médio indicado pelo próprio BNDES

12. Tal irregularidade havia sido tratada na seção IV do voto condutor do referido acórdão 3011/2015-Plenário, nos seguintes termos:

“Indício – 4: enquadramento, análise e aprovação de uma operação de grande porte, complexa e de alto risco, em tempo consideravelmente inferior àquele indicado pelo próprio BNDES. (...) .

28. Essa operação teve início formal em 11/02/2008 (segunda-feira) , data em que a JBS deu entrada em carta consulta, solicitando o apoio financeiro do BNDES, no valor de US\$ 1 bilhão, para aquisição das empresas Smithfield Beef Co. e National Beef Packing, ambas com sede nos Estados Unidos da América. Em sua consulta, a JBS, novamente de forma bastante sumária e superficial, após traçar uma panorâmica do mercado mundial de carne, analisa a aquisição das referidas empresas especialmente em relação a seu próprio crescimento no mercado mundial. Justificando o valor solicitado, e concluindo a consulta, a JBS afirma genericamente que ‘após criteriosas análise e engenharias financeiras, combinando os números da JBS S.A. com o capital necessário para fazermos frente às necessidades de caixa para os projetos acima e mantendo adequada estrutura de capital, zelando pela saúde financeira de nossa empresa e obtendo retorno adequado aos nossos acionistas, entendemos que a melhor estrutura seria um novo aporte de capital (...)’ .

29. Importante registrar que a aquisição da Swift & Co. no exercício anterior não se encontrava ainda consolidada, a teor de informações prestada pela própria JBS no sentido de que a JBS USA ‘ainda tem baixa geração de caixa, devido ao seu processo operacional, que deveremos estar mudando gradativamente, buscando melhores margens, redução substancial de despesas e qualificação de seus profissionais’ em processo que deveria durar 2 anos para total implantação (pág. 24 de sua consulta) . O relatório de enquadramento ressalta a proximidade entre os dois aportes de capital e sugere que o BNDES se mantenha em ‘stand by’ em relação a eventuais futuras pedidos de apoio financeiro pela JBS

a eventuais futuros pedidos de apoio financeiro pela JBS.

30. Em 20/02/2008 (quarta-feira) , o BNDES concluiu o enquadramento da operação, em documento assinado por três gerentes, um engenheiro, e três chefes de departamento.

31. Os elementos constantes dos autos não deixam claro o dia de apresentação do projeto e o dia da conclusão de sua análise, mas sabe-se que em 03/03/2008 a informação padronizada da operação, dirigida à diretoria, foi concluída, com a assinatura de 1 engenheiro, um advogado e dois gerentes. A operação foi aprovada pela diretoria do BNDES no dia seguinte, em 04/03/2008.

32. Em resumo, e novamente, em 15 dias úteis, em um prazo ainda menor que o da operação anterior (22 dias úteis) , foi realizada uma operação ainda mais complexa, que envolveu a criação de um fundo específico com outras quatro entidades, entre elas dois fundos de pensão de estatais, a avaliação de duas empresas sediadas nos EUA, uma reavaliação do mercado nacional, americano e mundial de carne, e que apresentava elementos de dúvida (proximidade entre dois aportes de capital, ainda não estando consolidados os resultados do primeiro) . Novamente aqui, o indício de favorecimento consiste em que a compatibilização de tal prazo com a tarefa de análise de operação tão complexa e com a elaboração e aprovação do documento final em tantas instâncias em tão pouco tempo pode ter sido obtida com comprometimento da qualidade e profundidade da análise por técnicos e gestores. ”.

13. Relativamente a essa irregularidade, a unidade técnica concluiu que as informações prestadas não conseguiram afastar o indício de favorecimento observado.

14. Conforme descrito, entre a apresentação da carta consulta solicitando que o BNDESPar analisasse a possibilidade de conceder o apoio financeiro, em 11/02/2008, e a aprovação da operação, em 04/03/2008, transcorreram apenas 15 dias úteis (também consta dos §§ 12 a 15 da instrução) . No voto por mim apresentado quando do julgamento da representação referente à operação de apoio financeiro à aquisição da Swift Foods pela JBS (TC 034.930/2015-9) , apresentei a informação de que a unidade técnica havia levantado os prazos de processamento dos pedidos de apoio financeiro, no BNDES Participações, em 236 operações ocorridas entre 2006 e 2016, obtendo um prazo médio de 116 dias, inferior àquele informado pelo BNDES em seu portal eletrônico - em torno de 210 dias -, mas de qualquer forma muito superior ao prazo de 22 dias (15 dias úteis) no qual a operação sob análise foi integralmente processada. Tal análise indica, a princípio, que a operação em foco foi aprovada em tempo muito inferior ao tempo médio de outras operações realizadas no mesmo período.

15. Em sua resposta à diligência que lhe foi dirigida, o BNDES parece ter optado por reconhecer que era necessário um prazo efetivamente maior. O banco informou que muitas vezes, por razões de sigilo e complexidade, a análise de uma operação inicia-se antes mesmo do encaminhamento formal de uma carta consulta, com apresentações pela empresa pretendente do apoio financeiro e com reuniões e análises prévias por parte dos técnicos do banco, resultando, ao final, em um apenas aparente menor prazo de processamento e análise.

16. Em sentido contrário a essa colocação inicial, entendo que a necessidade de sigilo da operação não é razão para ausência de registro formal da solicitação de uma empresa em obter apoio financeiro, até porque todas as solicitações de apoio devem ser tratadas pelo banco como sigilosas. Da mesma forma, entendo que a elevada complexidade da operação imporia adoção de cuidado em sentido oposto, ou seja, no sentido de que fossem formalmente registradas todas as informações apresentadas e todas as análises efetuadas. A apreciação de um pedido de apoio financeiro de grande porte, envolvendo a associação com outros investidores institucionais (para constituição do Fundo Prot) , em uma operação complexa envolvendo aquisição de empresa no exterior, que exige a participação de diversos departamentos da instituição, contrariamente ao afirmado pelo banco, demandaria a

constituição imediata de um procedimento formal de análise técnica e de registro de decisões interdepartamentais e interinstitucionais.

17. Prosseguindo em suas justificativas, e objetivando demonstrar que a operação sob análise foi examinada pela equipe técnica desde o ano anterior, o BNDES encaminhou informações acerca de cinco apresentações que teriam sido realizadas pela JBS, sobre a operação de que se cuida, a partir de outubro de 2007 (§ 20 da instrução) .

18. Analisando a documentação relacionada a essas apresentações, a unidade técnica concluiu que a primeira, datada de outubro de 2007, se constitui em um resumo para o Conselho de Administração da JBS S.A. sobre oportunidades de negócios espalhadas pelo mundo, elaborado em 49 lâminas, das quais as empresas Smithfield e National, objeto do presente processo, teriam sido mencionadas em uma, e apenas superficialmente (§ 22.1 da instrução) . A segunda, também em outubro de 2007, que aparentemente foi elaborada para ser apresentada a técnicos do BNDES, trata mais especificamente de uma eventual aquisição das referidas empresas, mas apresenta uma estrutura apenas preliminar para o negócio, contendo, por exemplo, valores subestimados (§ 22.2 da instrução) . A terceira, datada de dezembro de 2007, constitui-se de 11 lâminas, das quais apenas 2 tratam de informações econômicas das empresas pretendidas (§ 22.3 da instrução) . A quarta apresentação, elaborada pela empresa de consultoria Angra Partners, e, apesar de aparentemente ter sido um documento importante, descrito pela unidade técnica como "peça fundamental" para a análise da operação, foi apresentada ao BNDES apenas em 11/02/2008, mesma data da apresentação da carta consulta (§ 22.4 da instrução) . A quinta apresentação, constituída de apenas duas lâminas, não contém registro de data, e aparentemente, segundo a unidade técnica, teria sido entregue às vésperas da reunião de diretoria que aprovou a operação (§§ 22.5 e 22.6 da instrução) . Observo, a partir da descrição oferecida pela unidade técnica, que as três primeiras apresentações, as únicas alegadamente ocorridas antes da apresentação da carta consulta, não contém informações suficientes para que a equipe do BNDES efetivamente analisasse a operação, ou sequer iniciasse a análise (§ 23 da instrução) . A apresentação de maior substância só foi realizada em 11/02/2008, e, portanto, não se presta a demonstrar que o BNDES já vinha analisando a matéria antes dessa data.

19. Complementando a posição da unidade técnica, entendo que haveria meios de o Banco demonstrar que houve um procedimento de análise iniciado a partir das apresentações

efetuadas, bastando para tanto que fossem apresentados a este Tribunal, por exemplo, documentos com a designação dos técnicos para análise da operação e com a convocação dos mesmos para reuniões; cópias dos papéis de trabalho, das memórias de cálculo, das atas de reunião das equipes ou interdepartamentais, dos e-mails com informações e análises de opções, dos e-mails ou correspondências trocados com o cliente em razão da necessidade de informações adicionais, etc. Enfim, poderiam ter sido apresentados os rastros materiais que todo trabalho intelectual, especialmente quando institucional, produz ao longo de seu percurso, mesmo em etapas informais. Mas nada disso foi apresentado pelo banco em sua resposta.

20. Concluo, portanto, não ter restado demonstrado, pelos elementos trazidos aos autos pelo BNDES, que a análise da operação de que se cuida iniciou-se efetivamente antes de 11/02/2008.

21. Por outro lado, restou admitido pelo BNDES que contatos relacionados à operação foram realizados, alegadamente sem registro formal, anteriormente à apresentação formal de solicitação de apoio financeiro. Sobre isso, conforme bem apontou o Sr. Secretário da SecexEstataisRJ, tais contatos podem ter representado violação aos princípios da impessoalidade e da publicidade, além de boas práticas de mercado, pelas razões que detalha (§§ 12 a 18, em relação ao mercado, e 19 a 28, em relação à operação de que se cuida, todos do parecer do Secretário da SecexEstataisRJ) . Entendo, entretanto, que as questões retro referidas deverão ser aprofundadas juntamente com as outras tratadas nesta seção.

22. Sob outro enfoque, poder-se-ia aventar a possibilidade de os 15 dias úteis serem suficientes para análise da operação de que se cuida. Não obstante, e quanto a isso, os aspectos relacionados ao porte, ao valor e à complexidade da operação já foram bem destacados na descrição transcrita para o item 6 deste voto. Complementando, passo a destacar as constatações, registradas nos autos, que corroboram os indícios de que as análises sobre a operação foram realizadas de forma sumária, superficial, pouco detalhada, tecnicamente falha e, por todos os indícios, apressada.

23. Conforme já apontado, a carta consulta apresentada pela JBS em 11/02/2008 é um documento de 27 páginas, descrito pela unidade técnica como "singelo" (§ 28 da instrução) , cujas 23 primeiras páginas são constituídas de informações e descrições não econômicas da empresa, que podem ser encontradas na homepage do Grupo JBS, e dados sobre o mercado mundial de carne bovina, transcritos de informações da Secretaria de Comércio Exterior do MDIC e do Departamento de Agricultura dos Estados Unidos – USDA, entre outros órgãos (§ 25 da instrução) . Apesar de a conclusão da carta consulta fazer referência a "criteriosas análises e engenharias financeiras", as mesmas não foram incluídas para que pudessem ser analisadas pela equipe técnica do BNDES (§ 27 da instrução) . Também não constam da carta consulta as razões pelas quais o valor estimado nas apresentações, da ordem de US\$ 950 milhões, havia passado então para US\$ 1,5 bilhão (§ 27 da instrução) .

24. Analisando a primeira peça produzida pelo BNDES, 8 dias após a entrega da carta consulta,

a Instrução Conjunta (para enquadramento da operação) AP/DEPRI-AMC/DEPAC-AI/DEAICO 001/2008, de 20/02/2008, a unidade técnica destaca (a) que “parágrafos inteiros foram transcritos da mesma forma como constavam da carta consulta sem, em nenhum momento, haver menção de que aquela informação foi transcrita de um documento encaminhado pelo interessado na operação” (§ 30 da instrução) ; (b) que outras informações foram copiadas de outros documentos de autoria da JBS (§ 31 da instrução) ; (c) que relativamente a impactos das aquisições na percepção de risco de crédito, várias informações utilizadas pelos técnicos do banco espelham apenas transcrição de notícias publicadas nos sites UOL Notícias e Standard & Poor’s (§ 32 da instrução) ; (d) que o histórico das empresas e contexto operacional é uma mera transcrição de informações e gráficos das lâminas 2 e 3 de uma das apresentações (§ 34

da instrução) ; entre outros aspectos. A unidade técnica conclui que “um leitor que não tenha acesso ao conjunto dos documentos simultaneamente poderá ser levado a acreditar que todas as informações foram produzidas por técnicos do BNDES” (§ 35 da instrução) .

25. O documento seguinte produzido pelo BNDES, o relatório de análise da operação IP AMC/DEPAC 29/2008, contém 28 páginas e, na mesma linha do anterior, demonstra que grande percentual do seu conteúdo foi meramente transcrito de outras fontes, novamente sem que as mesmas tenham sido apontadas. Tabela elaborada pela unidade técnica demonstra as seguintes coincidências nos 14 itens que compõe o referido documento (§ 41 da instrução) :

Item da IP AMC- DEPAC 29/2008	Documento semelhante
1	Item 1.1 da IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008
2	Item 1.4 da IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008
3	Item 1.2 da IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008
4	Release publicado pela JBS S.A. em 6/11/2007
5	Item 1.8 da IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008
6	Apresentação realizada em 12/2/2007 do ‘Projeto Proteína’ pela Angra Partners
7	Release publicado pela JBS S.A. em 6/11/2007
9	Lâminas 2 e 3 da apresentação ‘Aquisição nos Estados Unidos’ elaborada pela JBS S.A.
10	Item 2.3 da IC AP/DEPRI /AMC/DEPAC - AI/DEAICO 1/2008
12.5	Lâmina 2 da apresentação ‘Estrutura financeira das aquisições’ elaborada pela JBS S.A.

13

A coluna méritos praticamente resume as afirmações positivas encontradas nos documentos produzidos pela JBS S.A.

26. Com base nessas constatações, a unidade técnica aponta que uma parte considerável dos relatórios retro referidos não foi produzida por técnicos do BNDES, mas pela JBS S.A. e por consultoria por ele contratada, e que tais informações foram simplesmente tomadas como verdadeiras, "até porque, pelo curto espaço de tempo em que foi feita a análise do apoio financeiro, não seria possível verificar sua real aderência ao escopo da operação" (§ 48 da instrução) .

27. Além disso, a instrução da unidade técnica e os pareceres acostados aos autos destacam vários outros indícios no sentido de que a análise e aprovação da operação foram realizadas de forma bastante deficiente, possivelmente em razão da exiguidade de prazo. São exemplos de tais deficiências:

- a) análise e aprovação de uma operação complexa, de alto risco, envolvendo a aquisição de empresas sediadas no exterior, em prazo exíguo de tempo, muito aquém do prazo médio indicado pelo próprio BNDES e daquele levantado pela secretaria deste Tribunal, sem justificativa até o momento;
- b) ausência de análise da possibilidade de as autoridades antitruste norte-americanas não permitirem a conclusão das aquisições (§§ 50 a 57 da instrução, e §§ 1º a 10 do parecer do diretor) ;
- c) alteração substancial de valor a ser aportado na operação entre o enquadramento e a análise da operação, sem justificativas claras (§§ 93 a 96 da instrução) ;
- d) ausência de informações detalhadas sobre a constituição do Fundo FIP Prot, tanto na instrução de enquadramento quanto no relatório de análise, com exceção de um expediente datado de 03/03/2008 - dia em que o relatório de análise foi concluído, imediatamente *anterior* ao da aprovação da operação pela diretoria do banco – encaminhado ao BNDESPar pela Petros, cujo conteúdo, estranhamente intempestivo, noticiava ao Banco a ideia de constituição do referido fundo e convidava o banco a participar do mesmo (§§ 100 e 101 da instrução) ;
- e) ausência de levantamento de todas as operações do Sistema BNDES com o Grupo JBS e de evidenciação analítica do cálculo dos limites de exposição frente ao grupo econômico e ao setor econômico específico, contrariando normas internas e boas práticas de mercado (§31 do parecer do Secretário da SecexEstataisRJ) ;
- f) ausência de análise de possíveis implicações da vedação, pelos regulamentos então vigentes no BNDESPar, de aporte de capital em empresas sediadas no exterior, uma vez que os recursos, primariamente aportados na JBS S.A., encontravam-se efetivamente destinados a aumentar o capital da JBS USA, empresa que expressamente faria a aquisição das duas empresas norte americanas especificadas na presente operação (item 12.5 do relatório de

análise da operação) ;

g) ausência de análise da situação financeira da JBS S.A., objetivando determinar a real necessidade de aporte de capital por parte do BNDESPar para a consecução dos objetivos especificados, frente às evidências no sentido de que a transferência de recursos da JBS S.A. para a JBS USA, objetivando a aquisição da empresa Smithfield, foi realizado antes da aprovação da operação sob análise nos presentes autos (vide seção IV do presente voto) ;

h) ausência de evidenciação da metodologia, de demonstrações, negociações ou de qualquer análise ou tratativa que demonstre as razões pelas quais o preço de aquisição das ações da

JBS a serem adquiridas foi estabelecido em R\$ 7,07 e não em outro valor qualquer (§§ 119 a 121 da instrução) ;

i) ausência de atuação do BNDES no sentido de analisar criteriosamente a operação e buscar as condições mais adequadas para sua concretização, tendo em vista seu papel tanto de banco de investimento (interessado no resultado financeiro da operação e na mitigação dos riscos da mesma) quanto de agente fomentador do desenvolvimento nacional (interessado, portanto, em aportar recursos em projetos viáveis, de retornos previsíveis, de interesse público) ;

j) ausência de negociação do valor de aquisição das ações em prol da lucratividade e segurança da operação para o Banco considerando a posição privilegiada do Banco como concedente dos recursos financeiros na negociação da operação;

k) ausência de indicação das fontes das informações adotadas como premissas nas análises realizadas a respeito da operação e/ou utilização exclusiva de fontes apresentadas pela JBS S.A. em sua carta-consulta (§ 31 do parecer do Secretário da SecexEstataisRJ) ;

l) análise sumária dos dados econômicos e financeiros relativos às quatro empresas integrantes da operação (Smithfield Beef, National Beef, JBS USA e JBS S.A.) , sem especificar fontes e referências para as premissas adotadas (itens 9 e 11 do relatório de análise da operação) ;

m) ausência de análise de cenários alternativos, relacionados ao mercado de carne e às performances operacionais das empresas envolvidas na operação, no curto prazo, no médio e longo prazo, objetivando produzir segurança ao banco relativamente aos riscos relacionados a seu investimento;

n) não comprovação da adequação do valor econômico das empresas estimado pelo BNDES, tendo em vista a ausência de (i) de detalhamento das metodologias que foram utilizadas como balizadoras da aceitação da proposta da JBS; (ii) indicação de origem das premissas e parâmetros utilizados na referida metodologia para o cálculo do valor econômico das empresas envolvidas na operação; e (iii) da análise e validação dessas premissas e parâmetros

o) análise sumária e com presença de erros de mera aritmética, resultando em conteúdo

informativo falho em aspectos essenciais à estruturação do negócio a ser realizado, consistente no erro de cálculo da projeção do valor econômico da ação da JBS após incorporação das empresas a serem adquiridas (primeiro parágrafo no item 11.2 - Valores Econômicos, do relatório de análise) ;

p) aprovação pelos colegiados (Comitê de Enquadramento e Diretoria Executiva) nos dias imediatamente seguintes ao da conclusão da instrução de enquadramento e do relatório de análise da operação, não deixando tempo suficiente para que seus membros efetivamente analisassem a operação (§ 47 da instrução) ;

q) ausência de evidenciação da forma como as empresas a serem adquiridas produziram os efeitos preconizados na Política de Desenvolvimento Produtivo – PDP, especialmente aumento das exportações brasileiras, política essa que, segundo alega o BNDES, daria fundamento e autorização para a realização da operação sob análise;

r) concessão de tratamento privilegiado à empresa JBS S.A. consistente no conjunto de indícios retro descritos, que permitiram lhe fossem concedidos recursos acima de suas necessidades em condições injustificadamente vantajosas;

28. Sopesados os elementos contidos nos autos, concordo com as análises e conclusões apresentadas pela unidade técnica em sua instrução, no sentido de que **as novas informações prestadas pelo BNDES**, em resposta às diligências encaminhadas pela unidade técnica, **não conseguiram demonstrar que (a) a análise da operação teve início meses antes da apresentação da carta consulta, como pretendeu; ou que (b) o prazo de 22 dias (15 dias úteis) era suficiente para a análise da operação de que se cuida com o cuidado, detalhamento e profundidade necessários**, pelo que **não conseguiram afastar os indícios de favorecimento injustificado à JBS** consistente no “**enquadramento, análise e aprovação de operação de grande porte, complexa e de alto risco, em tempo consideravelmente inferior ao tempo médio indicado pelo próprio BNDES**”. Modo contrário, as informações e análises realizadas pela unidade técnica em sua instrução demonstraram ausência de cuidado, de detalhamento e de profundidade nos trabalhos de enquadramento, análise e deliberação, o que corrobora e reforça os indícios de que tais etapas foram realizadas em prazo incompatível com o porte e complexidade da operação de que se cuida (§§ 61 e 62 da instrução) .

29. Em relação à irregularidade sob análise, a unidade técnica argumenta que “*não há como não incluir suas responsabilidades de forma homogênea e integral*” haja vista que “*todos tiveram acesso às apresentações das quais foram transcritas as informações constantes dos documentos*”, pelo que “*todos sabiam que o documento como um todo estava fundamentado em informações fornecidas pela JBS S.A.*” e não em levantamentos e análises próprias. Em outras palavras, a ausência de detalhamento, de aprofundamento, de conferência das informações fornecidas pela JBS e de discussão sobre a operação sob enquadramento e análise revelou-se uma característica de todas as partes dos referidos documentos, não sendo possível afirmar, nessa análise preliminar, se algum dos membros das equipes de elaboração dos documentos efetivamente desincumbiu-se integralmente de sua tarefa individual e não

tenha de alguma forma contribuído para as falhas observadas. Concordo com tal raciocínio.

30. Assim, procedendo à análise de responsabilização individual com fundamento nos esclarecimentos prestados pelo BNDES na Nota AJ/COJIN 026-2017 (peça 94) concluo que, relativamente à instrução de enquadramento (IC AP/DEPRI – AMC/DEPAC – AI/DEAICO 001/2008) , **todos os signatários do documento devem ser ouvidos em audiência** pelas falhas retro descritas. De igual forma, os membros do Comitê de Enquadramento também deverão ser responsabilizados.

31. De igual forma quanto ao relatório de análise da operação (IP AMC-DEPAC 29/2008) , entendo que as falhas observadas na elaboração do mesmo, retro descritas, não podem ser atribuídas a signatários específicos do documento, uma vez que a ausência de cuidado, de aprofundamento, de detalhamento, de atribuição de referências e origens às informações, denotadoras da pressa na qual o documento foi elaborado, distribuem-se por toda a extensão do mesmo. Ademais, tratando-se de tarefa inexequível perante o prazo utilizado, qualquer um deles poderia ter exigido mais tempo para a consecução de suas tarefas individuais ou grupais. Tais falhas de elaboração e a inexecutabilidade do trabalho no prazo utilizado deveriam ter sido detectadas por qualquer dos membros da diretoria ao analisarem os documentos relativos à operação.³¹. Em razão do exposto, **proporei que todos os signatários da instrução de enquadramento e do relatório de análise da operação sejam ouvidos em audiência relativamente aos indícios retro referidos, cada um deles em relação ao escopo do documento que produziu e assinou, especificamente sobre à insuficiência do intervalo de tempo utilizado em relação à complexidade da tarefa - do que são indícios não só as informações sobre os prazos médios necessários ao enquadramento e análise de uma operação, mas também as demais falhas retro descritas -, representando favorecimento injustificado à JBS S.A.** (§ 63.1 da instrução) .

32. Em sentido convergente, **proporei que os membros do comitê de enquadramento e da diretoria executiva sejam ouvidos em audiência em razão de terem aprovado o enquadramento e a realização da operação, sem questionamentos acerca dos prazos de elaboração, do detalhamento, da profundidade e dos erros de análise dos referidos documentos, retro descritos e contidos na instrução da unidade técnica, representando favorecimento injustificado à JBS S.A.**

III – Ausência de realização de “due diligence” e de análise criteriosa da operação

33. Tal irregularidade havia sido tratada na seção VIII do voto condutor do referido acórdão 3011/2015-Plenário, nos seguintes termos:

“VIII – AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE ‘DUE DILIGENCE’ E DE ANÁLISE CRITERIOSA DAS TRÊS OPERAÇÕES ANALISADAS, E OUTRAS.

33. A equipe de auditoria apresentou proposta no sentido de que seja determinado ao BNDES que inclua em suas normas a necessidade de realização de ‘due diligence’ em casos de aquisição de participação acionária de empresas, que estabeleça o conteúdo mínimo para essa diligência.

urgência.

34. Estou de acordo com a análise da equipe de auditoria, mas proporei alteração no encaminhamento.

35. O procedimento de 'due diligence', considerado imprescindível no mercado de fusões e aquisições segundo levantamento da equipe de auditoria, tem por objetivo conceder certeza ao adquirente da real situação da empresa a ser adquirida, especialmente para que se afaste a possibilidade de existência de 'esqueletos nos armários' não detectáveis pelo exame dos documentos contábeis. Com esse objetivo tal procedimento investiga, além das informações econômicas e financeiras existentes nos demonstrativos financeiros, a existência de passivos

judiciais, trabalhistas, fiscais e ambientais, as relações com clientes e fornecedores, as tendências de market share, etc., sendo comum que tenha efeito na elevação do passivo da empresa investigada e, com isso, a redução do valor do ativo.

36. Não obstante isso, no achado descrito no item 3.4, a equipe de auditoria destacou que apenas a operação de apoio à aquisição da empresa Pilgrim's contou com a realização de 'due diligence', sob o argumento de que tal empresa encontrava-se em liquidação judicial, e que tal procedimento seria desnecessário nos demais casos, vez que as empresas envolvidas encontram-se em operação normal.

37. Pelo menos no caso da Swift USA tal argumento não procede, vez que a própria análise do BNDES suscitou vários riscos relacionados à saúde financeira e operacional da empresa, afastando-a, assim, da normalidade.

38. Concordo com a unidade técnica no sentido de que apoiar a aquisição de empresas sediadas em outro país, tendo como base para decisão apenas informações fornecidas pela empresa solicitante do apoio, pode ser considerada atitude temerária, não recomendada pelas melhores práticas de mercado, que recomendam fortemente a realização prévia do procedimento de 'due diligence'. Mas sugiro alteração em sua proposta.

39. Entendo que as análises relacionadas à concessão de aportes de capital pelo BNDESPar podem ter se mostrado frágeis em todas as cinco operações analisadas pela equipe de auditoria (duas das quais ainda serão tratadas neste voto), quais sejam, as três operações de aquisição de empresas americanas pela JBS, a operação de apoio à Bertin e a operação de apoio ao Independência. Os resultados dessas duas últimas operações são indícios de que a análise procedida pelo BNDES, sem a realização de 'due diligence', encontrava-se falha.

40. Com exceção da operação de apoio ao Independência, de menor porte, duas das operações montam a R\$ 1 bilhão individualmente, outra a R\$ 2,5 bilhões e a última a R\$ 3,5 bilhões, não se podendo afirmar que o montante de recursos envolvidos não justificaria o cuidado necessário. Antes o contrário.

41. Assim, entendo que a questão da qualidade das análises efetuadas pelo BNDES, nas três operações de apoio para as quais sugerirei a criação de processos conexos a este processo de auditoria e nas outras duas operações, que também serão melhor analisadas

em processos específicos (Bertin e Independência) , deve ser analisada com mais profundidade, averiguando-se em cada operação se procedimentos de ‘due diligence’, e outros, eram necessários, recomendáveis ou dispensáveis a partir de boas práticas de mercado e das necessidades e riscos de cada operação.”.

34. Relativamente a essa irregularidade, a unidade técnica novamente concluiu que as informações prestadas pelo BNDES não conseguiram afastar o indício de favorecimento observado.

35. Conforme consta da instrução da unidade técnica, as informações prestadas pelo BNDES restringiram-se a apontar que as empresas norte-americanas adquiridas eram todas auditadas por consultorias de renome internacional e/ou tinham ações ou títulos negociados no mercado norte-americano, pelo que seriam acompanhadas pelas autoridades locais, e que, nessas condições, seria frequente a não realização de *due diligence*, pelo que os normativos do banco não exigiam tal procedimento (§§ 68 a 71 da instrução) .

36. A unidade técnica, divergindo dessas informações ou de suas consequências, transcreve análises já integrantes da apreciação inicial das operações, realizada no TC 007.527/2014-4, que já afastavam essas afirmações (§ 72 da instrução) , especialmente em razão de o procedimento de *due diligence* ter a função precípua de confirmar, ou não, as informações constantes dos documentos públicos a que se refere o banco, e não de substituí-los caso estejam ausentes. Aponta, adicionalmente, que o referido procedimento foi especificado ou solicitado em outras ocasiões, tanto pelo BNDES quanto pela JBS S.A., inclusive relacionadas ao prosseguimento da operação de que se cuida (§§ 73 a 75 da instrução) . Com relação ao formulário 10-K da Securities and Exchange Commission – SEC norte-americana – que traz informações detalhadas sobre as empresas norte-americanas -, a unidade técnica aponta que não há qualquer indício de que tal documento tenha sido utilizado pelo BNDES em suas análises da operação sob enfoque, conforme por ele alegado, uma vez que não há na instrução de enquadramento, no relatório de análise ou no documento submetido à diretoria qualquer referência a esse documento (§§ 80 e 81 da instrução) . A conclusão da unidade técnica é no sentido de que as informações prestadas pela JBS foram aceitas pelo BNDES sem qualquer averiguação (§ 82 da instrução) , conforme já analisado na seção anterior.

37. Ressalto que a alegação do BNDES - no sentido de que, desde a celebração da operação, não se descortinou qualquer evidência de que os valores de *equity* tenham sido superavaliados ou de que dívidas tenham sido subavaliadas - não se prestam a afastar a irregularidade. O que aqui se discute é a necessidade de realização de procedimentos de análise detalhada e aprofundada do objeto da operação de aporte de capital (*due diligence*) em operações complexas e de grande porte, e não se a ausência de tal procedimento demonstrou ter sido prejudicial. Sobre a referida necessidade, é interessante observar que, conforme já havia sido apontado no voto condutor do referido acórdão 3011/2015-Plenário, pelo menos duas – Independência e Bertin – entre as cinco operações analisadas (40%) demonstraram com clareza que as análises das operações pela equipe técnica do BNDES deixaram a desejar em termos de disponibilidade das informações necessárias à perfeita apreciação da saúde econômica e financeira das empresas pleiteantes de apoio financeiro.

apreensão da saúde econômica e financeira das empresas preterentes de apoio financeiro, talvez exatamente pela ausência de procedimentos de "*due diligence*".

38. Importante ressaltar que a ausência de realização de procedimento de "*due diligence*" insere-se em um contexto maior relacionado à ausência de análise criteriosa, detalhada e profunda, de uma operação que, considerando seu porte, valor e complexidade, exigiria grande esforço analítico por parte do banco. A lista de indícios de achados e falhas relacionados à operação de que se cuida, apresentada na seção anterior deste voto, é bastante significativa de tal contexto. Em outro sentido, observo, ainda, que várias dessas falhas - como, por exemplo, a ausência de análise da possibilidade de as autoridades antitruste norte-americanas não permitirem a conclusão das aquisições (§§ 50 a 57 da instrução) ; a ausência de análise de possíveis implicações da vedação, pelos regulamentos então vigentes no BNDESPar, de aporte de capital em empresas sediadas no exterior, uma vez que os recursos, primariamente aportados na JBS S.A., encontravam-se efetivamente destinados a aumentar o capital da JBS USA, empresa que faria a aquisição das duas empresas norte americanas especificadas na presente operação; a ausência de avaliação e determinação da real necessidade de aporte de capital por parte do BNDESPar para a consecução dos objetivos especificados; a ausência de demonstrações ou de qualquer análise que demonstre as razões pelas quais o preço de aquisição das ações da JBS a serem adquiridas foi estabelecido em R\$ 7,07, entre outras -, poderiam ter sido evitados se houvesse sido realizado um procedimento de "*due diligence*" ou qualquer outro tipo de trabalho de análise mais criteriosa da operação.

39. Sopesados os elementos contidos nos autos, concordo com as análises e conclusões apresentadas pela unidade técnica em sua instrução, no sentido de que **as novas informações prestadas pelo BNDES**, em resposta às diligências que lhe foram encaminhadas, **não conseguiram demonstrar (a) que o procedimento de "*due diligence*" não era tecnicamente exigível ou recomendado no caso da operação sob análise; (b) que as informações utilizadas pela equipe de análise e pela diretoria (ao decidir) eram suficientemente detalhadas, profundas e confiáveis, pelo que dispensariam a realização de procedimento de *due diligence* ou equivalente;** em razão do que **não conseguiram afastar os indícios de favorecimento injustificado à JBS consistente na "ausência de realização de "*due diligence*" e de análise criteriosa da operação".**

40. Com relação à ausência de análise criteriosa da operação, entendo necessário referir-me aos indícios de omissões, falhas e irregularidades descritas no item anterior, as quais não repetirei aqui, mas que demonstram exatamente a ausência de detalhamento e profundidade de trabalho de análise da operação de que se cuida.

41. Procedendo à análise de responsabilização individual com fundamento nos esclarecimentos prestados pelo BNDES na Nota AJ/COJIN 026-2017 (peça 94) concluo que a ausência de realização de procedimento de "*due diligence*", ou de procedimento alternativo de análise criteriosa da operação é de responsabilidade de **todos os signatários do documento de análise da operação** (IP AMC-DEPAC 29/2008) , não havendo como atribuí-la a signatários específicos do documento. A responsabilidade pela realização de análises criteriosas e profundas por meio de procedimentos específicos não se restringe a funções específicas,

sendo exigível de quaisquer dos signatários do referido documento, ainda que diferenças de grau possam vir a ser analisadas posteriormente.

42. Como já tive oportunidade de me manifestar - no despacho por meio do qual determinei a audiência e citação de responsáveis no âmbito da já referida tomada de contas especial que trata da operação de aporte de capitais para aquisição da empresa norte-americana Swift & Co. (peça 31 do TC 010.398/2017-1) -, a necessidade de aprofundamento na análise inclui papéis e funções, como aqueles desempenhados por advogados e técnicos de todas as áreas, mesmo aquelas que, em uma análise rápida, não teriam função direta na análise financeira da operação:

“11. Com relação aos agentes vinculados ao corpo jurídico do Banco, entendo que as atividades descritas como ‘dar suporte jurídico à análise da operação e respectiva contratação’ e ‘analisar a viabilidade jurídica da operação’ são mais amplas e, em princípio, deveriam abranger a avaliação dos ‘riscos jurídicos e judiciais’ da aquisição pretendida, o que, por sua vez, exigiria fosse realizado um levantamento, independente das informações prestadas pela JBS, da real situação jurídica e judicial da empresa Swift Foods e Co., o que não parece ter sido realizado. Entendo que os ‘riscos jurídicos e judiciais’ – como, por exemplo, a existência de eventuais demandas judiciais não, ou incorretamente, contabilizadas ou evidenciadas em seus balanços - podem vir a ser determinantes na formação do preço de uma empresa ou no valor de suas ações. Nesse sentido, se alguma informação de risco jurídico ou judicial, passível de ser detectada por análise mais acurada, não tivesse sido incluída na avaliação do preço das ações, então tais signatários, mesmo não lhes cabendo realizar análises econômicas, estariam incluídos na linha de causalidade do dano.

(...)

13. Com relação ao chefe de departamento do AI/Deagro, observo que o BNDES informou na Nota AJ/COJIN – 025/2017 (peça 5, p. 15) que, em relação ao relatório de análise, a atribuição da AI/DEAGRO era ‘subsidiar as demais Unidades Fundamentais na montagem e análise de operações nas quais sejam envolvidos aspectos referentes aos setores sob sua responsabilidade’, tratando-se, portanto, ‘da análise setorial (item 3 do R.an – Mercado) que perpassava a análise técnica do investimento’ (sublinhei) , a meu ver contida no item 4 do relatório de análise (onde constou a metodologia e as premissas utilizadas para o cálculo do valor econômico das empresas) . De fato, a leitura atenta do relatório de análise demonstra que as informações sobre o mercado mundial, brasileiro, norte-americano e australiano de carnes não se restringe a seu item ‘3 – Mercado’, mas espalha-se pelo item ‘4 – Aspectos Econômicos e Financeiros’ – como pode ser facilmente observado em todos os parágrafos do item ‘4.2 – Análise Prospectiva’, subitem ‘4.2.1 – Fatores e Premissas de Crescimento – Swift & Co’, em alguns parágrafos do subitem ‘4.2.2 – Fatores e Premissas de Rentabilidade – Swift & Co’, nas projeções constantes do primeiro gráfico do subitem ‘4.2.4 - Resultados Encontrados – Swift & Co’, assim como nas análises correspondentes referentes à empresa JBS, subitens seguintes ‘4.2.5 – Fatores e Premissas de Crescimento – JBS’, ‘4.2.6 – Fatores e Premissas de Rentabilidade – JBS’, ‘4.2.7 – Outras Premissas’ e ‘4.2.8 – Resultados Encontrados’ e, ainda, com relação a todo o item ‘4.2 – Avaliação Econômica, financeira da JBS S.A. e Swift & Co’ que se

relação a todo o item 4.3 – Avaliação econômico-financeira da JBS S.A. e Smith & Co – que se baseou, fundamentalmente, em projeções do comportamento do grupo resultante da aquisição no mercado até o ano de 2016.”.

43. A ausência de realização do procedimento de *due diligence*, ou equivalente, em operação das dimensões e complexidade da que ora se analisa, poderia e deveria ter sido detectada por qualquer dos membros da diretoria ao analisarem os documentos relativos à operação.

44. Em razão do exposto, e concordando com a unidade técnica, proporei que os signatários do relatório de análise da operação (IP AMC-DEPAC 29/2008) sejam ouvidos em audiência relativamente à irregularidade sob análise nesta seção, especificamente sobre a ausência de

realização de “*due diligence*” e de análise criteriosa – aprofundada e detalhada - da operação, representando, ademais, favorecimento injustificado à JBS S.A. (§ 87 da instrução) . De mesma forma, proporei que os membros da diretoria executiva sejam ouvidos em audiência em razão de terem aprovado uma operação de tal complexidade sem quaisquer questionamentos acerca da necessidade de realização de “*due diligence*” ou de análise mais criteriosa – aprofundada e detalhada que a contida no relatório - para que pudessem se certificar das informações prestadas pela JBS S.A. A ausência do cuidado, que entendo indispensável no caso, representa, a meu ver, novamente, favorecimento injustificado à JBS S.A.

IV – Risco de aporte de capital em montante acima do necessário (ausência

de clareza na definição das finalidades a serem dadas aos recursos a serem aportados na JBS)

45. Tal irregularidade havia sido tratada na seção VI do voto condutor do referido acórdão 3011/2015-Plenário, nos seguintes termos:

“ (...)

122. (...) Nas três operações de aporte de capital pelo BNDESPar na JBS, as consultas, as análises, os contratos, e os quadros de usos e fontes não deixam claro o destino a ser dado a parcelas consideráveis do capital aportado.

(...)

125. Relativamente à segunda operação, apoio para aquisição das empresas National Beef, o destino dos recursos já foi analisado no início deste item, acima, representando uma possível ausência de comprovação de aplicação nas finalidades no valor de R\$ 614 milhões em recursos do BNDES (ou US\$ 800 milhões em recursos do conjunto de investidores) .

126. Em adição a essa constatação, entendo que, mesmo na parte da operação que foi efetivamente realizada, a aquisição da Smithfield Beef, não existe clareza sobre qual montante foi efetivamente utilizado. Esse item requererá maior elucidação, vez que não foi realizada, no trabalho de auditoria, estimativa do montante de recursos não adequadamente justificado nessa aquisição. ”.

46. Observa-se que a questão a ser tratada divide-se em três, quais sejam, (a) se os montantes e as finalidades dos recursos encontravam-se estabelecidos com suficiente clareza na instrução de enquadramento e na análise da operação (§ 122 retro transcrito) ; (b) ausência de restituição do montante não utilizado na aquisição da National Beef, conforme pactuado (§ 125 retro transcrito) e (c) ausência de clareza sobre os montantes e as formas de efetiva aplicação do montante destinado à aquisição da Smithfield Beef/Five Rivers (§ 126 retro transcrito) . A análise dos itens “b” e “c”, porque relacionadas à forma como a operação foi conduzida e acompanhada, serão procedidas nas duas próximas seções deste voto. Passo a analisar o item “a”, relacionado à forma como a operação foi analisada.

47. Relativamente ao item “a”, **a unidade técnica novamente concluiu que as informações prestadas pelo BNDES não conseguiram afastar o indício de favorecimento observado.**

48. Conforme apontado pela unidade técnica, a instrução de enquadramento apresenta um quadro de “usos e fontes” bastante sumário, apontando como uso apenas a “aquisição de participação acionária” no montante de US\$ 1,5 bilhão – sem sequer mencionar as empresas cuja participação acionária seria adquirida e qual montante seria destinado a cada uma delas -, e que US\$ 500 milhões seriam aportados por “controladores e minoritários” e US\$ 1 bilhão pelo Fundo FIP Prot, constituído por BNDESPar/Petros/Funcef/JPMorgan (§ 93 da instrução) .

49. O item 12.5 do relatório de análise da operação apresenta informações mais detalhadas, ainda que não sob a forma de quadro de usos e fontes. Relativamente aos usos, o relatório de análise passa a especificar a aquisição da participação acionária na National Beef, no montante de US\$ 970 milhões, e na Smithfield Beef e Five Rivers, no montante de US\$ 765 milhões, em um total de US\$ 1,735 bilhão, ou seja, US\$ 235 milhões acima do que se encontrava previsto no momento do enquadramento. Relativamente às fontes, o relatório de análise credita tal diferença à utilização de recursos da própria empresa, nos montantes de US\$ 135 milhões do seu próprio caixa e de US\$ 95 milhões em ações em tesouraria, pelo que mantém o montante a ser aportado por investidores externos. Ainda quanto às fontes, um fundo do JP Morgan, inicialmente previsto na instrução de enquadramento para aportar US\$ 50 milhões, foi substituído pela Antigua Investments LLC. Importante salientar que essas alterações foram procedidas sem quaisquer explicações.

50. Considerada toda essa evolução, o quadro de usos e fontes decorrente da aprovação da operação pela diretoria do BNDES pode ser apresentado da seguinte forma (US\$ 1.00 = R\$ 1,70) :

Item: Valor (US\$ mil) Valor (R\$ mil) %

Usos: 1.735.000 2.949.500 100,0

- Aquis. da National Beef 970.000 1.649.000 55,9

Aquis. da Smithfield Beef 765.000 1.300.500 44,1

- Aquis. da Simulmeia Beer 500.000 900.000 52,0

- Aum. cap. Five Rivers 200.000 340.000 11,5

Fontes: 1.735.000 2.949.500 100,0

- JBS 235.000 399.500

. Ações em tesouraria 95.000 161.500 5,7

. Caixa 140.000 238.000 7,9

- Acionistas 645.923 1.098.069

. BNDESPar 197.217 335.268 11,6

. Controladores e minoritários 448.706 762.801 25,8

- Fundo FIP Prot^[footnoteRef:3] 854.077 1.451.931 [3: Os valores constantes do quadro representam os montantes efetivamente utilizados na aquisição de ações. O fundo ainda contou com um montante de R\$ 17,4 milhões , aplicado em um fundo referenciado, utilizado para despesas de administração.]

. BNDESPar 383.994 652.789 22,1

. Petros 213.331 362.663 12,2

. Funcef 213.331 362.663 12,2

. Antigua Investments 42.669 72.538 2,4

. Angra Partners 752 1.278 0,3

Fonte: elaborado pelo autor^[footnoteRef:4] [4: Quadro composto a partir das informações constantes dos quadros 5, 6 e 13 da instrução da unidade técnica transcrita para o relatório deste voto, com arredondamento de valores.]

51. Especificamente com relação às “fontes” de recursos, o fundo FIP PROT havia constado da apresentação realizada pela Angra Partners ao BNDES em 11/02/2008, dia da entrega da carta consulta, e, portanto, tal fundo constou, ainda que sem detalhamento, da instrução de enquadramento e, mais detalhadamente, do relatório de análise. Incompreensivelmente, em 03/03/2008 - dia de conclusão desse último relatório, imediatamente anterior à aprovação da operação pela diretoria do banco -, a Petros encaminhou correspondência ao BNDESPar noticiando a constituição do fundo e convidando o banco a participar. **O encaminhamento de tal documento deverá ser melhor analisado uma vez que pode representar simulação.**

52. Relativamente aos usos, o aspecto que considero mais grave diz respeito à real estruturação da operação e sua adequação às normas que a regiam. O relatório de análise deixa claro que o destinatário primário dos recursos seria a JBS S.A., que realizaria um aumento de capital equivalente na JBS USA, empresa essa que efetivamente faria a aquisição

das empresas National Beef e Smithfield/Five Rivers (item 12.5 do relatório de análise da operação – peça 13, p. 27) . Uma vez que os normativos do BNDESPar vigentes à época não permitiam o aporte direto de capital em empresas sediadas no exterior, parece-me, em uma análise preliminar, que a operação sob análise simplesmente ignorou tal vedação, **aspecto esse que também não foi analisado pela equipe do BNDES que elaborou o relatório de análise e não foi objeto de ponderação por parte dos membros da diretoria executiva.**

53. Além disso, entendo que um objetivo das análises a serem realizadas pelo BNDES deve ser, necessariamente, o de identificar o montante de recursos estritamente necessário ao atingimento dos objetivos propostos pelo postulante ao apoio financeiro. No meu entender, os normativos que regem as operações da espécie que se analisa não permitem a alocação de recursos sem análise e finalidade específicas. Assim, caberia às equipes de análise identificar eventuais excessos contidos na solicitação e, se detectados, retirá-los da proposta a ser aprovada pela diretoria.

54. Não obstante, a leitura da instrução de enquadramento e do relatório de análise deixam claro que não foi realizada uma apreciação detalhada da situação financeira da JBS S.A. e da JBS USA no intuito de descortinar se as empresas efetivamente necessitavam do aporte solicitado para realizar as aquisições pretendidas, o que exigiria tivesse sido realizado (a) uma avaliação detalhada de todas as empresas envolvidas (já tratado na seção anterior) e (b) uma avaliação das disponibilidades financeiras das empresas adquirentes, o que não foi realizado em qualquer momento. A hipótese de que a JBS S.A. detinha grande montante de recursos em caixa - o que não foi por ela informado e não foi considerado pelo BNDESPar em sua análise -, restou demonstrada no desenrolar da operação, pelo fato de o aumento de capital na JBS USA para aquisição da Smithfield, no montante de US\$ 450 milhões, ter sido realizado antes mesmo de aprovada a operação de que se cuida, configurando forte indício de que foram aportados recursos, pelo menos em valor igual ao referido montante, desnecessários à consecução dos objetivos colimados e que, portanto, houve falha na análise da operação.

55. Em vista do exposto, concordo com as análises e conclusões apresentadas pela unidade técnica em sua instrução, no sentido de que **as informações constantes dos quadros de usos e fontes, dos textos que descrevem como seria estruturada a operação e dos anexos dos documentos não são claras e precisas a respeito das necessidades e destinos dos recursos, não detém a profundidade e detalhamento necessários, não contém as razões pelas quais foram realizadas alterações na estruturação da operação entre o enquadramento e a análise, e apresentam elementos contraditórios não explicados**, em razão do que não conseguiram afastar os indícios de favorecimento injustificado à JBS consistente na **ausência de clareza e profundidade na análise e definição das finalidades a serem dadas aos recursos aportados na JBS, produzindo risco de aporte de recursos em montante superior ao necessário.**

56. Novamente aqui não é possível separar individualmente as responsabilidades dos signatários da instrução de enquadramento e do relatório de análise, mesmo a despeito dos esclarecimentos prestados na já referida Nota AJ/COJIN 026-2017, pois os indícios retro descrito permeiam os documentos produzidos, e apenas as informações prestadas por cada

um em resposta à eventual audiência poderá elucidar se algum dos membros das equipes de enquadramento ou análise efetivamente desincumbiu-se integralmente de sua tarefa individual. Por exemplo, a ausência de análise da possível vedação regulamentar ao aporte de capital à JBS S.A. para futuro aumento de capital da JBS USA, como meio de contornar a vedação de aporte de capital diretamente à empresa estrangeira, poderia ter sido detectada tanto na instrução de enquadramento quanto na análise da operação - pelo que deveria ter sido analisada - e envolve tanto assessores jurídicos quanto técnicos da área de mercado de capitais ou da área de negócios. Outro exemplo, a ausência de explicações acerca das alterações realizadas na estruturação da operação entre os dois momentos de análise envolve

todos os signatários da análise da operação, e poderia ter sido solicitada ou suprida, a princípio, por qualquer deles.

57. Com relação aos membros do comitê de enquadramento e aos membros da diretoria executiva, todas as falhas e contradições retro descritas poderiam e deveriam ter sido por eles detectadas no momento em que analisaram a instrução de enquadramento e a análise da operação, momento em que poderiam e deveriam ter solicitado as devidas explicações e/ou retificações.

58. Assim, e relativamente aos responsáveis pela irregularidade descrita nesta seção, concordo novamente com a unidade técnica. Os signatários da instrução de enquadramento (AP/DEPRI – AMC-DEPAC – AI/DEAICO 1/2008) e do relatório de análise da operação (IP AMC-DEPAC 29/2008) **deverão ser ouvidos em audiência** relativamente à irregularidade retro referida, e respectivas condutas e indícios. Concordo também com a necessidade de audiência dos membros do comitê de enquadramento e da diretoria executiva, por terem aprovado a instrução de enquadramento e o relatório de análise sem quaisquer questionamentos acerca das falhas e indícios retro mencionados.

V – Indícios de ausência de comprovação da efetiva aplicação, ou de restituição conforme previsto em contrato, do montante não utilizado na aquisição da National Beef, resultando em indícios de desvio de finalidade no montante de ~ R\$ 487,8 milhões.

59. Tal irregularidade havia sido tratada no voto condutor do referido acórdão 3011/2015-Plenário, nos seguintes termos:

“Indício - 5: o BNDESPar, por meio de sucessivos aditivos, permitiu que recursos seus no montante de R\$ 615 milhões, aportados à JBS especificamente para aquisição da National Beef, não utilizados na finalidade pactuada, permanecessem na posse da JBS sem finalidade específica.

52. Conforme já referido, essa operação foi estruturada de forma diferente da anterior, e envolveu a aquisição direta de ações pelo BNDESPar e indireta, por meio de um fundo de investimento do qual fizeram parte, além do BNDESPar, a Petros, a Funcef e investidores privados, denominado Fundo Prot (cf. anexo 3 do relatório de auditoria) .

53. Vez que a operação objetivava apoiar a aquisição das duas referidas empresas americanas, constou do contrato que tanto o BNDESPar quanto o Fundo Prot poderiam alienar as ações adquiridas aos acionistas controladores da JBS, parcial ou integralmente, caso uma ou as duas aquisições viessem a não se concretizar, por qualquer razão, inclusive pela rejeição da operação pelas autoridades antitruste americanas.

54. Em 20/10/2008 o Departamento de Justiça dos EUA protocolou uma ação antitruste que objetivava vedar a aquisição da National Beef pela JBS.

55. Em 23/10/2008 a JBS anunciou a aquisição da Smithfield Beef (com sua subsidiária Five Rivers) por US\$ 565 milhões. Vez que ainda não se encontrava definitivamente decidida a questão relativa à compra da National Beef, BNDESPar e Fundo Prot concederam à JBS mais um ano, findo o qual poderiam exercer a opção de venda das ações caso a negociação não fosse concluída. Em 20/02/2009 a JBS comunicou que havia desistido da aquisição da National Beef, dando causa à venda, pelo BNDESPar e Fundo Prot, das ações correspondentes ao valor não investido.

56. Sob o argumento de que a venda das ações naquele momento de crise financeira mundial poderia levar à perda de valor das ações da JBS, em razão da piora da percepção de risco da empresa pelo mercado, o BNDESPar e Fundo Prot celebraram um segundo aditivo, prorrogando o prazo de exercício da opção de venda para 17/04/2009. Posteriormente, e com base nesses argumentos bem como para possibilitar à JBS a compra de outros ativos que valorizassem a companhia, foi celebrado um novo aditivo, prorrogando o prazo para 28/07/2010, condicionando a não realização da opção de venda após essa data à aquisição pela JBS de uma ou mais empresas, com atuação no mesmo ramo da JBS, no valor aproximado de US\$ 800 milhões (dos quais uma parcela de R\$ 615 milhões referia-se a recursos próprios do BNDES e o restante a recursos de outros investidores) .

57. Ao final, mesmo após três aditivos, o referido montante de recursos acabou sendo incorporado ao patrimônio da JBS sob alegação de seriam utilizados na operação seguinte, a ser analisada adiante, de apoio financeiro para aquisição da empresa Pilgrim's Pride, também sediada nos EUA, pela JBS.

58. Esse indício foi relatado como achado pela equipe de auditoria no item 3.1 de seu relatório. As justificativas apresentadas pelo BNDES em sua manifestação não conseguiram justificar a irregularidade apresentada, conforme item 3.1.9 do relatório de auditoria. Todas essas questões e a análise das justificativas apresentadas serão reanalisadas mais adiante, no item VI deste voto."

60. A unidade técnica, em sua instrução, procedeu a um histórico dos principais fatos relacionados à irregularidade tratada nessa seção (§§ 148 a 162 da instrução) , e, em sua análise, destacou que o problema teve sua origem na ausência de análise aprofundada da possibilidade de reprovação da operação pelas autoridades americanas (§§ 163 a 170 da instrução) , e, em um segundo momento, na influência exercida pela JBS S.A., que tinha interesse em continuar capitalizada e, portanto, não tinha interesse em restituir os recursos ao

BNDESPar por meio da recompra das ações (§§ 171 a 174 da instrução) .

61. Ainda segundo a unidade técnica, foram celebrados três aditivos.

62. Em 20/10/2008 as autoridades antitruste norte-americanas haviam comunicado à JBS a sua recusa à aquisição da National Beef. Sob o argumento da JBS no sentido de que não concordava com referida decisão e que iria contestá-la judicialmente, o BNDESPar aceitou celebrar o 1º termo aditivo, em 28/10/2008, com fundamento no relatório AMC/DEPAC 142/2008, aprovado pela diretoria em 27/10/2008, por meio do qual foi concedido prazo adicional de 1 ano, até 28/10/2009, para que a JBS finalizasse a aquisição da referida empresa (§ 153 da instrução) . Caso houvesse a desistência ou impedimento total ou parcial do negócio

antes desse prazo, então o BNDESPar teria o direito de optar por revender as ações à JBS (§§ 153 a 156 da instrução) .

63. A instrução da unidade técnica aponta que tal aditivo foi celebrado sem que tenha sido analisada com um mínimo de detalhamento - aparentemente até mesmo sem consulta ao departamento jurídico do próprio banco, que me parece seria obrigatória, ou a consultoria especializada externa, que me parece seria altamente recomendável - a efetiva possibilidade de a aquisição ainda ser aprovada, especialmente frente aos indícios de que não seria (§§ 177 a 181 da instrução) . O diretor da unidade técnica diverge de tal posição, afirmando que ocorreu erro no momento da análise e aprovação da operação, mas que, nesse momento posterior, o BNDES teria adotado a única ação racional disponível (§§ 1º a 10 do parecer do diretor) . Apesar da razoabilidade dessas últimas ponderações, entendo que os argumentos contraditórios apresentados pela unidade técnica devem sofrer maior aprofundamento, pelo que mantereis essa questão como indício de irregularidade a ser justificado em resposta à audiência.

64. Em 20/02/2009 a JBS comunicou formalmente sua desistência do negócio, o que levou o BNDESPar a celebrar o 2º termo aditivo, com fundamento no IP AMC/DEPAC 33/2009, estendendo até 17/04/2009 o prazo de decisão para o exercício da opção de venda das ações à JBS conforme previsto no acordo inicial, sob a alegação de que "o exercício da opção naquele momento de crise financeira mundial, em que havia restrições de liquidez no setor de carnes, poderia piorar a percepção de risco em investir na JBS S.A. redundando em perda do valor das ações da empresa", e que a manutenção do investimento "melhoraria o caixa da empresa e manteria reduzida sua alavancagem" (§ 157 da instrução) .

65. Conforme salienta a unidade técnica, sob mesmos argumentos o IP AMC/DEPAC 060/2009 propõe a prorrogação do prazo até 28/07/2010, abrindo espaço para que fossem adquiridas uma ou mais empresas do mesmo ramo econômico da JBS e já autorizando a inclusão da aquisição da empresa australiana Tasman Group entre as possíveis novas finalidades da operação (§§ 158 a 160 da instrução) .

66. Relativamente aos segundo e terceiro aditivos, a unidade técnica apresenta posição uniforme no sentido de que os argumentos apresentados pelo BNDES não lograram justificar a manutenção dos recursos não utilizados em poder da JBS após a desistência formal da

aquisição da National Beef. A desistência do negócio deveria ter implicado no acionamento da cláusula específica que previa a restituição dos recursos por meio da recompra das ações, afinal, o aporte de capital tinha sido analisado e aprovado em razão dessa finalidade específica: a aquisição da National Beef. Nesse contexto, a alegação do BNDES no sentido de que a recompra das ações produziria indesejáveis “problemas de liquidez da JBS” não fazem sentido, primeiro simplesmente em razão de os recursos não terem sido aportados para manter a liquidez da empresa, segundo porque os próprios aditivos apenas aumentaram o prazo para que os recursos fossem gastos na compra de outras empresas, o que, quando realizado, viria a produzir os indesejáveis problemas de liquidez. Ao final, a permissão para que os recursos fossem utilizados em “quaisquer outras aquisições” de empresas, inclusive no

Brasil, resultou na desconsideração de todas as análises, cálculos e finalidades que haviam justificado a operação desde o seu início, o que representa um contrassenso, na possibilidade aplicação de recursos do BNDES, portanto públicos, em finalidades que não tenham sido previamente analisadas e aprovadas, bem como, considerando o custo de oportunidade, na aplicação desses recursos em operações que efetivamente viriam a fomentar desenvolvimento econômico e social no Brasil.

67. A essas ponderações acrescento que a alegação do BNDES no sentido de que os recursos não utilizados na aquisição da National Beef foram afinal utilizados na destinação inicial, se tomado em sua intenção genérica – qual seja, apoio à internacionalização da JBS por meio da aquisição de empresa nos EUA –, uma vez que integralmente aplicados na aquisição da empresa Pilgrin’s Pride ocorrida em 2009, operação essa que foi também apoiada pelo BNDESPar (operação em análise no TC 034.932/2015-1), não pode ser acatada. Primeiro porque os recursos permaneceram em poder da JBS S.A. por longo tempo, sem qualquer finalidade específica, antes de ser aventada a aquisição da Pilgrin’s. Segundo, porque as normas e a sistemática específica de análise das operações não permitiam que recursos fossem alocados para aquisição de uma empresa estrangeira qualquer. Terceiro porque na análise da operação de apoio à aquisição da Pilgrin’s Pride não há nenhuma referência à utilização de recursos advindos da operação sob análise nos presentes autos.

68. Sobre tudo isso, a unidade técnica concluiu em sua instrução que:

“199. Em face do exposto, conclui-se que o apoio aprovado em 2008 tinha uma finalidade bem específica, a compra das empresas National Beef Packing Co. e Smithfield Beef Group. Como uma das aquisições não foi efetuada, o banco deveria ter exercido o *put* (opção de venda), conforme constava expressamente do contrato de opção de venda e outras avenças. O que se deu após a negativa das autoridades americanas em autorizar a operação não teve nenhuma aderência com o que foi estruturado na operação (cálculo do valor econômico do grupo JBS S.A. após as aquisições, benefícios e outras premissas que respaldaram a operação). A autorização dada pelos parceiros no negócio para que a JBS S.A. mantivesse em seu poder recursos da ordem de US\$ 970 milhões, sendo R\$ 615 milhões desse montante pertencentes ao BNDES, constituiu vantagem indevida concedida aquela empresa.

199.1 Além disso, as justificativas para a manutenção dos recursos em poder da JBS não tem

solidez. Primeiramente, não se poderia realizar o *put* por causa da crise mundial; depois, porque não seria vantajoso economicamente, sendo que, na verdade, trocou-se o certo - receber o montante de volta com o retorno financeiro estabelecido contratualmente - pelo duvidoso - confiar na volatilidade da ação; mais adiante, porque os recursos poderiam ser utilizados em novas aquisições, em outros países além dos EUA, favorecendo a internacionalização; por fim, porque o numerário poderia servir para adquirir também uma empresa brasileira, contraditando justamente o argumento da internacionalização.

199.2 Da leitura das IPs formalizadas nesta operação, fica a clara impressão de que a decisão de manter os recursos na JBS estava tomada, sendo as justificativas apenas um meio de dar credibilidade à decisão. Se foi isso mesmo, não houve sequer preocupação quanto à coerência interna dessas explicações, tendo em vista sua alteração ao longo de tempo, conforme as circunstâncias. Na verdade, o único ponto que realmente jamais sofreu alteração foi a não devolução dos recursos para a BNDESPAR, mesmo estando as condições do *put* estabelecidas desde o início da operação."

69. Por todas essas razões, concordo com as análises e conclusões apresentadas pela unidade técnica em sua instrução, no sentido de que (a) "as análises realizadas apontam para a existência de indícios de favorecimento à JBS S.A. na manutenção" não justificada "de elevado montante de recursos em seu poder após o insucesso na operação de aquisição da empresa National Beef", configurando (b) "**desvio de finalidade**", pois os recursos foram afinal utilizados - onde quer que tenham sido, porque a efetiva utilização deles ainda não está de forma alguma clara - em objetivo diverso do inicialmente aprovado para a operação (§ 204 da instrução) .

70. Relativamente à não aquisição da empresa National Beef **concluo, portanto, no sentido de não terem sido afastados fortes indícios de deficiência no acompanhamento da operação, com complacência dos agentes responsáveis, que não adotaram as providências necessárias à restituição dos valores não aplicados nas finalidades específicas, conforme previsto em cláusula constante do contrato celebrado entre o BNDESPar e a JBS S.A.**

71. Considerando o quadro de usos e fontes apresentado na seção IV, retro, e de forma a estimar o montante de recursos que não foram aplicados nas finalidades previstas,, temos que o valor da aquisição da National Beef montava a US\$ 970 milhões (Quadro 4, § 95 da instrução) , dos quais devem ser extraídos US\$ 95 milhões, que seriam pagos com ações em tesouraria, e US\$ 140 milhões, que seriam pagos com recursos do caixa da JBS, pelo que restariam, então, US\$ 735 milhões, que seriam pagos com recursos aportados pelo BNDESPar e outros investidores externos.

72. O BNDESPar e os demais investidores externos aportaram US\$ 1,5 bilhão, equivalentes a R\$ 2,55 bilhões, aproximadamente. Desse montante, o BNDESPar aportou R\$ 995.667.813,30, equivalente a 39,04% do total. Decorre daí que o montante de recursos do BNDESPar que não foram aplicados em sua finalidade contratada, a partir da não aquisição da empresa National Beef, conforme retro descrito, equivale a 39,04% de US\$ 735 milhões, ou seja, ~ US\$ 286,94

milhões, equivalentes a aproximadamente R\$ 487,8 milhões (câmbio de US\$ 1.00 = R\$ 1,70) .

73. Assim, relativamente à não aquisição da empresa National Beef, **concluo, ainda, não terem sido afastados os indícios de desvio na aplicação de recursos públicos, no montante de ~ R\$ 487,8 milhões, a valores originais, em razão de sua não aplicação nas finalidades inicialmente previstas no contrato celebrado entre o BNDESPar e a JBS S.A. (e, na verdade, da total ausência de informações e documentos que comprovem sua aplicação em qualquer finalidade) .**

74. Relativamente à responsabilização dos agentes, concordo com as propostas apresentadas pela unidade técnica, pelo que **deverão ser ouvidos em audiência (a) os signatários da**

instrução padronizada IP AMC/DEPAC 142/2008, que propuseram à diretoria o não exercício da opção de venda constante do contrato da operação (§ 206.1 da instrução) ; (b) os membros da diretoria que aprovaram a proposta contida na IP AMC/DEPAC 142/2008 (§ 206.2 da instrução) ; (c) os membros da equipe de acompanhamento da operação, por não se manifestarem a favor do exercício da opção de venda e por não construírem uma alternativa que preservasse os interesses do BNDESPar (§ 206.3 da instrução) ; (d) os signatários da instrução padronizada IP AMC/DEPAC 060/2009, que propuseram à diretoria a manutenção dos recursos em poder da JBS S.A. e a permissão para aplicação dos mesmos em finalidade não específica, diferente da inicialmente prevista (§ 206.4 da instrução) ; e (e) os membros da diretoria que aprovaram a proposta contida na IP AMC/DEPAC 060/2009 (§ 206.5 da instrução) .

75. Consta da instrução da unidade técnica um item específico relacionado ao terceiro aditivo retro mencionado, o qual não apenas autorizou a JBS S.A. a permanecer com os recursos não utilizados na aquisição da National Beef como, ainda, autorizou um abatimento – equivalente ao valor da aquisição da empresa australiana Tasman Group – do montante a ser ainda utilizado na aquisição de outras empresas (§§ 210 a 224 da instrução) .

76. Concorro com as análises da unidade técnica no sentido de que o valor da aquisição da Tasman Group não pode ser abatido do montante cuja aplicação deveria ser comprovada pela JBS S.A., especialmente pelo fato de tal aquisição encontrar-se prevista, desde o início, para ser realizada **com recursos próprios da JBS S.A.**, e não com recursos aportados na operação (item 11, segundo parágrafo, e item 12.5, último parágrafo, ambos do relatório de análise da operação – peça 13) .

77. **Por medida de economia, e considerando que tal autorização foi proposta e aprovada pelos mesmos agentes que propuseram e aprovaram a instrução padronizada IP AMC/DEPAC 060/2009 (§§ 220.1, 221.1 e 221.2 da instrução) , proporei que tal indício de irregularidade seja incluído no escopo da audiência retro especificada (itens “d” e “e”) relativa a referido documento,** vez que desnecessária, para as finalidades do presente processo, a criação de uma audiência específica.

VI – Indícios de ausência de comprovação da efetiva aplicação de parte dos recursos destinados à aquisição da Smithfield Beef/Five Rivers, resultando em indícios de desvio

de finalidade no montante de ~R\$ 298,7 milhões.

78. Tal irregularidade havia sido tratada no voto condutor do referido acórdão 3011/2015-Plenário, nos seguintes termos:

“121. Adicionalmente, a equipe de auditoria apontou outro achado, descrito no item 3.5 de seu relatório, que foi denominado ‘não observância dos procedimentos de acompanhamento da execução dos projetos (...) no tocante à utilização dos recursos aplicados pelo banco na companhia apoiada’. Em outras palavras, a equipe de auditoria identificou que, uma vez realizado o aporte de capital, o BNDESPar não monitorou o destino dado ao capital aportado. Entendo que tal achado, além de configurar indício de falha operacional como colocado pela equipe de auditoria, também configura ausência de demonstração da aplicação de recursos aportados nas finalidades estabelecidas.

(...) .

125. Relativamente à segunda operação, apoio para aquisição das empresas National Beef, o destino dos recursos já foi analisado no início deste item, acima, representando uma possível ausência de comprovação de aplicação nas finalidades no valor de R\$ 614 milhões em recursos do BNDES (ou US\$ 800 milhões em recursos do conjunto de investidores) .

126. Em adição a essa constatação, entendo que, mesmo na parte da operação que foi efetivamente realizada, a aquisição da Smithfield Beef, não existe clareza sobre qual montante foi efetivamente utilizado. Esse item requererá maior elucidação, vez que não foi realizada, no trabalho de auditoria, estimativa do montante de recursos não adequadamente justificado nessa aquisição.”

79. A unidade técnica aponta que os argumentos anteriormente apresentados pelo BNDES, no sentido de que a operação foi acompanhada por meio dos demonstrativos contábeis publicados pela JBS S.A. e JBS USA, não tinham sido acatados na análise inicial, em razão de não ser possível, a partir deles, separar e identificar os eventos relacionados a uma operação de aquisição de empresa específica (§§ 227 a 234 da instrução) . De igual forma, a unidade técnica não acata as justificativas agora apresentadas, haja vista que a alegação de que as operações de aporte de capital exigem acompanhamento diferente daquele estabelecido nas normas gerais do banco, mais adequadas às operações de financiamento, acaba esvaziada pelo fato de o banco não ter demonstrado qual seria a modalidade de acompanhamento adequado para as operações de aporte de capital e não ter demonstrado ter executado essa modalidade diferenciada de acompanhamento.

80. Especificamente em relação à operação de que se cuida, documento encaminhado pelo BNDES em resposta a diligência que lhe dirigiu a unidade técnica informou que o aumento de capital da JBS S.A. na JBS USA, em razão da operação sob análise, ocorreu da seguinte forma (§ 246 da instrução) :

Data

Taxa

US\$

R\$

1/2/2008	1,745000	50.000.000,00	87.375.000,00
22/2/2008	1,735100	250.000.000,00	433.775.000,00
28/2/2008	1,673820	150.000.000,00	251.073.000,00
Total	-	450.000.000,00	772.223.000,00

81. Sobre isso, um primeiro aspecto a ser enfrentado diz respeito à informação de que **o aumento de capital da JBS USA teria ocorrido integralmente antes de a operação ter sido aprovada pela diretoria do BNDES, em 04/03/2008, e, portanto, antes de o primeiro aporte de capital do BNDESPar/Fundo FIP Prot ter sido efetivado, em 17/04/2008.** Na verdade, o aumento do capital da JBS USA para aquisição da Smithfield/Five Rivers teve início antes mesmo de a carta consulta relativa à operação ter sido apresentada ao BNDES, em 11/02/2008. Depreende-se daí que a JBS S.A. detinha recursos próprios, ou outras fontes de recursos, em montante suficiente para fazer frente a esse aumento de capital, informação essa que não havia sido por ela prestada ao BNDES e também não tinha constado da análise da operação (§ 250 da instrução) .

82. A partir do entendimento de que a solicitação de aporte de capital feita pela JBS S.A. ao BNDESPar referia-se a suas necessidades para a realização do objetivo pactuado, e não a sua conveniência ou necessidades gerais de recursos financeiros, concluo que, havendo disponibilidade em caixa de US\$ 450 milhões e tendo sido efetivamente utilizada essa disponibilidade para capitalizar a JBS USA, as necessidades reais da JBS S.A. para a aquisição da Smithfield Beef restringiam-se, em verdade, ao que faltaria para completar o preço negociado com os acionistas.

83. Como o preço alegadamente pago pela JBS S.A. aos acionistas da Smithfield Beef situou-se em US\$ 565 milhões, faltariam então US\$ 115 milhões, aos quais deveriam ser somados US\$ 200 milhões a serem utilizados para aumentar o capital da Five Rivers, totalizando US\$ 315 milhões, o que conduz à pergunta sobre a forma e o momento em que esses recursos teriam sido repassados pela JBS S.A. à JBS USA. Objetivando explicar como isso se deu, o BNDES apresentou a informação adicional de que US\$ 657,4 milhões teriam sido posteriormente repassados pela JBS S.A. à JBS USA por meio de mútuo, sem que tenha sido informada a data exata desse repasse (§ 258 da instrução) . Considero importante destacar que esse mútuo não se encontrava previsto na estruturação da operação, que especificava expressamente "aumento de capital", conforme consta da análise da operação.

84. Considerando todas essas informações, e de forma a estimar o montante de recursos cuja efetiva aplicação nas finalidades previstas não foi comprovada, e tomando-se as informações prestadas pelo BNDES, teríamos que, dos US\$ 1,5 bilhão aportados na JBS S.A. na operação sob análise pelo BNDESPar e pelos demais investidores, US\$ 115 milhões teriam sido utilizados para complementar o pagamento da Smithfield e US\$ 200 milhões teriam sido utilizados para aumentar o capital da Five Rivers, totalizando US\$ 315 milhões. Uma vez que a aquisição da National Beef não se concretizou (conforme analisado nas seções anteriores) , **pode-se**

concluir que o montante de US\$ 1,185 bilhão restou não utilizado na operação, dos quais US\$ 342,4 milhões teriam sido transferidos à JBS USA e os restantes US\$ 842,6 milhões teriam ficado em poder da JBS S.A.

85. Entretanto, e conforme aponta a unidade técnica, sequer pode-se confirmar as informações prestadas pelo BNDES. Apesar de expressamente solicitado, o BNDES não disponibilizou nenhum documento que comprove validamente o pagamento de US\$ 565 milhões aos acionistas da Smithfield Beef (§§ 258 e 259 da instrução) . O fato de a empresa ter sido adquirida significa que algum valor deve ter sido dispendido na sua aquisição, mas não demonstra, por si só, qual o valor dispendido.

86. De igual forma, não foi apresentado qualquer documento que comprove validamente os aportes de capital na Five Rivers. Foi apresentado pelo BNDES apenas um e-mail datado de fevereiro de 2009, sem identificação de origem, que informa que os valores foram aportados em parcelas entre outubro e novembro de 2008, e que teriam sido utilizados para capital de giro na empresa e para empréstimo à J&F Oklahoma, destinação essa que não havia sido prevista na análise da operação (§§ 260 a 263 da instrução) . Novamente, um simples e-mail não tem o condão de comprovar o referido aumento de capital.

87. O que se observa a partir dessa descrição é que (a) não houve acompanhamento efetivo da execução da operação por parte do BNDES; (b) em razão disso, não existe certeza, por parte do BNDES, do destino efetivamente dado aos recursos aportados na operação; e (c) a partir das informações fragmentárias obtidas, pode-se afirmar que, qualquer que tenha sido o destino, uma parcela significativa dos recursos foi aplicada fora das finalidades especificadas no contrato celebrado com a JBS S.A.

88. Relativamente à aquisição da empresa Smithfield Beef e de sua subsidiária integral Five Rivers concluo, portanto, ter ocorrido **deficiência no acompanhamento da execução da operação, com ausência de comprovação da aplicação dos valores aportados nas finalidades específicas constantes do contrato celebrado entre o BNDESPar e a JBS S.A.**

89. De forma a estimar o montante de recursos do BNDESPar cuja aplicação relacionada à aquisição da Smithfield não foi comprovada temos que, do montante de US\$ 1,185 bilhão (retro estimado) , US\$ 735 milhões referem-se à não aquisição da National Beef (conforme analisado na seção V deste voto) , pelo que restariam não aplicados na aquisição da Smithfield/Five Rivers US\$ 450 milhões, **dos quais aproximadamente US\$ 175,7 milhões (39,04%, conforme já calculado na seção anterior) referem-se à participação do BNDESPar, o que equivale a aproximadamente R\$ 298,7 milhões (câmbio à taxa de US\$ 1.00 = R\$ 1,70) . Esse valor representa o desvio de finalidade conservadoramente[footnoteRef:5] estimado na aquisição da Smithfield Beef/Five Rivers a partir das informações prestadas pelo BNDES.** [5: "Conservadoramente" porque tal cálculo incorpora a premissa de que uma parcela dos recursos, equivalente a US\$ 315 milhões, foi aplicada na Smithfield e na Five Rivers, ainda que tal aplicação não tenha sido documentalmente comprovada.]

90. Assim, **concluo, ainda, ter ocorrido desvio na aplicação de recursos públicos, relativamente à aquisição da empresa Smithfield, no montante de, no mínimo**^[footnoteRef:6], R\$ 298,7 milhões, nas finalidades inicialmente previstas no contrato celebrado entre o BNDESPar e a JBS S.A. [6: Idem.]

91. Relativamente à responsabilização dos agentes, concordo com as propostas apresentadas pela unidade técnica, pelo que **deverão ser ouvidos em audiência os membros da equipe técnica de acompanhamento da operação, do nível técnico ao nível de direção da área responsável. As informações prestadas pelo BNDES na já referida Nota AJ/COJIN 026/2017 não permitem individualizar as condutas de forma a ser possível excluir algum integrante da equipe por ter restado claro que não caberia a ele, por exemplo, solicitar à JBS S.A. documentos que demonstrassem como efetivamente ocorreram as operações de compra da Smithfield Beef e de aporte de capital na Five Rivers. Aparentemente, o acompanhamento de operações no BNDESPar não se encontrava devidamente normatizado e estruturado de forma a permitir tal identificação.**

VII – Indícios de ausência de análise de benefícios econômicos e sociais para o país

92. Relativamente à “**ausência de análise de benefícios econômicos e sociais para o país**”, valho-me, inicialmente, da descrição do indício conforme constou do voto condutor do referido Acórdão 3011/2015-Plenário:

“138. O achado descrito no item 3.6 do relatório de auditoria refere-se a ausência de avaliação dos aspectos sociais envolvidos nos projetos apoiados pelas três operações analisadas. Não obstante isso, depreende-se facilmente da leitura das informações utilizadas pela equipe de auditoria que também não foram observados aspectos econômicos de interesse do país, mas apenas aspectos financeiros e econômicos referentes à JBS e referentes às empresas que a JBS pretendia adquirir. Por essa razão, expandi o achado para também incluir aspectos econômicos.

139. A equipe de auditoria apontou que **a missão do BNDES é ‘promover o desenvolvimento sustentável e competitivo da economia brasileira, com geração de emprego e redução das desigualdades sociais e regionais’**, pelo que o Regulamento Geral das Operações – RGO do Banco estabelece que **os estudos dos projetos submetidos para apoio devem considerar**, entre outros, ‘**os aspectos econômico-financeiros**, de engenharia, jurídicos e de organização e gerência do postulante, bem como as informações cadastrais, as garantias propostas, **os aspectos sociais** e os relativos ao meio ambiente, **além dos aspectos referentes à atenuação dos desequilíbrios regionais e ao desenvolvimento tecnológico do País**’.

140. Não obstante isso, o achado descrito no item 3.6.1 do relatório de auditoria consignou o não atendimento aos aspectos relacionados ao desenvolvimento social do país, e a alguns dos aspectos econômicos e de desenvolvimento sustentável de interesse do país

141. Relativamente à ‘promoção do desenvolvimento sustentável e competitivo da economia brasileira’, a equipe de auditoria aponta que o Programa de Desenvolvimento Produtivo –

PDP, que serviu de fundamento para pelo menos as duas últimas operações analisadas, tinha por objetivos, entre outros, 'o aumento da participação do Brasil nas exportações mundiais' e, especificamente em relação ao setor de carne, 'expandir a liderança mundial desse setor, visando consolidar o País como o maior exportador mundial de proteína animal'.

142. A análise dos dados disponíveis sobre o setor demonstra uma evolução em sentido contrário. Segundo a equipe de auditoria, de 2007 a 2011 o volume de exportações de carne caiu 80,4% e, mesmo tendo havido recuperação nos últimos anos, os volumes exportados em 2014 ainda se encontravam aproximadamente 66% abaixo dos níveis de 2007.

143. Relativamente à posição do Brasil como exportador, observou-se a partir de 2007 uma redução da participação do Brasil no mercado mundial de carne, com crescimento de seus principais competidores, EUA, Austrália e Índia, culminando em 2014 com a perda da posição de maior exportador mundial de carne para essa última.

144. Em contraposição, a equipe de auditoria deixou consignado no relatório que **'as aquisições pela JBS com o apoio do BNDESPar, da terceira e da quinta maiores empresas de carne bovina nos Estados Unidos, em 2007 e 2008, não evitaram a queda no volume de exportações de carne bovina brasileira nos anos seguintes, mas foram importantes para consolidar a recuperação dos Estados Unidos no aludido mercado de exportação'**.

145. Em nenhuma das operações analisadas o BNDES considerou aspectos sociais dos projetos, como por exemplo o montante de empregos gerados, ou perdidos, no país como consequência das operações sob análise. Apesar de o BNDES apontar que a JBS passou de 19 mil empregados no país em 2006 para 117 mil em 2014, tornando-se a terceira maior empregadora do País, não há comprovação de que a aquisição das empresas no exterior tenha contribuído para esse resultado. É provável que tal elevação tenha resultado do processo de consolidação no setor de carne no Brasil no período indicado, o que fez com que a produção de carne, e consequentemente a mão de obra já utilizada, se concentrasse em poucas grandes empresas. Em sentido contrário ao afirmado pelo BNDES, o efeito dessa consolidação sobre o total de mão de obra no setor seria exatamente o oposto, pois processos consolidadores reduzem as duplicidades, inclusive as existentes em termos de mão de obra.

146. Um aspecto que faço questão de ressaltar com relação aos aportes de capital realizados pelo BNDESPar na JBS é que tais investimentos, muitas vezes, são realizados com recursos públicos subsidiados. Existe trabalho sendo desenvolvido no TCU a respeito da questão – aportes de recursos financeiros do governo ao BNDES –, o qual não foi concluído até esse momento, mas que terá seus resultados trazidos para esse processo, para análise conjunta na questão sob enfoque, assim que seus resultados estiverem disponíveis. Sabemos, então, os custos desses recursos para o país.

147. Não obstante a ausência de certeza sobre esses valores, pode-se afirmar que R\$ 5,1 bilhões, em recursos públicos, a princípio subsidiados, foram aportados pelo BNDESPar na JBS, sem uma criteriosa análise prévia de seus benefícios para o País em termos de

desenvolvimento econômico e social e até mesmo sem uma avaliação *a posteriori* de tal benefício, o que demonstra desvinculação da concessão dos aportes de capital com a missão institucional do Banco e com suas normas internas, e, pior, com os interesses públicos que deveriam nortear todas essas ações.

148. Os gestores do BNDES, em seus comentários (peça 190, pp. 358 a 366, resumidos no item 3.6.8 do relatório de auditoria) , alegam que (a) o Regulamento Geral de Operações – RGO deve ser analisado sistemicamente; (b) o RGO não obriga a análise de impactos sociais, os quais deveriam ser analisados apenas se existissem, o que não foi o caso em nenhuma das operações; e (c) destaca a evolução dos aspectos sociais, sanitários e ambientais verificados no setor de carne bovina no Brasil nos últimos anos.

149. A equipe de auditoria afastou as justificativas apresentadas pelo BNDES (item 3.6.9 do relatório de auditoria) , e apontou que (a) analisando sistemicamente as normas que deveriam orientar a atuação do BNDESPar, a mais elevada delas, o Estatuto Social do BNDES, estabelece que o banco tem ‘por objetivo primordial (...) apoiar programas, projetos (...) que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País’, cabendo ‘financiar a aquisição de ativos e investimentos realizados por empresas de capital nacional no exterior, **desde que contribuam para o desenvolvimento econômico e social do país**; (b) o mesmo diploma estatutário estabelece que para concessão de colaboração financeira o BNDES procederá ‘**ao exame técnico e econômico-financeiro** de empreendimento, projeto ou plano de negócio, **incluindo a avaliação de suas implicações sociais** e ambientais’; (c) em vista dessas normas o BNDESPar não poderia ‘ter concedido apoio financeiro à JBS no montante verificado (...) , a custo zero para o beneficiário, e assumindo os riscos inerentes ao mercado de ações, para alavancar o crescimento de uma empresa privada, sem que houvesse qualquer impacto social decorrente dos projetos apoiados’; (d) as políticas governamentais vigentes à época levavam em conta, entre outros pontos, a evolução de aspectos sociais, econômicos e setoriais; e (e) os dados apresentados pelo BNDES relativos ao setor de carne não contradizem as conclusões anteriores da equipe de auditoria.

150. A esses argumentos da equipe de auditoria, mais voltada para os aspectos sociais, eu destaco o de que restou demonstrado pelo BNDES não só a ausência de análise de impactos sociais (na verdade o BNDES afirmou que não havia mesmo impactos sociais no Brasil) mas também a ausência de análise e de ocorrência de impactos econômicos para o País. Apesar de o BNDES apontar a evolução positiva do setor de carne brasileiro (alguns dos dados foram refutados pela equipe de auditoria) , o fato é que o banco não vinculou, até o momento, qualquer acontecimento no referido setor econômico aos aportes de capital realizados na JBS ora sob apreciação.

151. Referidas análises de impacto econômico e social devem abranger, ainda, a possibilidade de efeitos negativos ao desenvolvimento econômico e social do país. Nas operações que ora se discute, por exemplo, entendo não ter restado claro se efeitos previsíveis, como o fortalecimento da concorrência às exportações brasileiras de carne, no ambiente externo, ou a concentração no setor de carne, com possível elevação do preço do produto, no ambiente interno, foram devidamente analisadas.

152. O aspecto relacionado à revisão das normas do BNDES relativamente aos impactos sociais e econômicos de suas ações para o país, conforme sugerido pela unidade técnica, também deverão ser tratadas no processo a ser criado, conforme abaixo.

153. Todos esses aspectos deverão ser analisados com maior profundidade, e também as condutas dos responsáveis em relação as falhas observadas, nos três processos de tomada de contas especial criados para análise das operações.

154. Assim que disponíveis, as análises realizadas por este Tribunal sobre os subsídios eventualmente existentes no suprimento de fundos ao BNDES pelo Governo Federal, deverão as mesmas serem trazidas aos três referidos processos. ”.

93. A unidade técnica aponta em sua instrução que o BNDES, nas informações acrescentadas no presente momento processual, apenas reafirmou os argumentos que já haviam sido anteriormente analisados, conforme transcrição retro, pelo que estaria mantida, em essência, a posição anterior. Em vista disso, a unidade técnica apenas repassou, em sua instrução, os argumentos anteriormente apresentados (§ 281 da instrução) .

94. Evitando repetir esses argumentos, considero importante destacar dois aspectos.

95. Primeiro, o de que, relativamente à análise de benefícios econômicos e sociais, a conclusão da unidade técnica é no sentido de que a equipe do BNDES efetivamente deixou de cumprir normativos internos do banco (§§ 273, 274 e 292 da instrução) .

96. Segundo, que os programas governamentais nos quais o BNDES afirma ter se apoiado para aprovar o objeto da operação sob análise (aquisição de empresa no exterior) , a Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior – PITCE, válida até maio de 2008, e a Política de Desenvolvimento Produtivo – PDP, validade de maio de 2008 em diante, **não detém disposições expressas sobre a possibilidade de financiamento de aquisições de empresas sediadas no exterior por empresas brasileiras.** As disposições dos referidos normativos dizem respeito ao aumento da participação do Brasil nas exportações mundiais, que parece estar conectado o apoio à internacionalização das empresas brasileiras, e, portanto, para que aquisições de empresas, no Brasil ou fora dele, fossem justificáveis a partir de tais programas de governo, seria necessário demonstrar de que forma essas aquisições contribuiriam para a consolidar mundialmente o país como exportador de proteína animal (§§ 276 a 278 da instrução) . Essa demonstração não consta da análise da operação e as análises posteriormente realizadas, como a retro transcrita, demonstram que, excluindo o benefício obtido pela empresa JBS S.A. (§§ 279 e 280 da instrução) , o efeito sobre as exportações brasileiras e os benefícios para o país podem ter sido exatamente o oposto (vide §§ 142, 144 e 151 da transcrição contida no início desta seção VII do presente voto) .

97. Em vista do exposto, concordo com as análises e conclusões apresentadas pela unidade técnica em sua instrução, no sentido de que, **“como não foram apresentadas análises prévias, ou mesmo posteriores, acerca dos benefícios econômicos e sociais que adviriam para o país em função da operação ora em análise, considera-se que não foram cumpridos os normativos que regem a matéria”**, em razão do que, não foram afastados os

indícios retro descritos de favorecimento injustificado à JBS.

98. Novamente aqui não é possível analisar individualmente as responsabilidades dos signatários do relatório de análise, mesmo a despeito dos esclarecimentos prestados na já referida Nota AJ/COJIN 026-2017. Conforme já analisado em itens anteriores, a análise de benefícios econômicos e sociais abrange questões jurídicas, econômicas, financeiras, empresariais, tecnológicas, mercadológicas, etc., áreas que, por sua abrangência, incluem todos os membros da equipe de análise da operação. Sob outro enfoque, os membros da diretoria executiva poderiam e deveriam ter percebido a ausência de tal análise e, em consequência, poderiam e deveriam ter determinado a retificação ou complementação dos estudos.

99. Assim, e relativamente aos responsáveis pela irregularidade descrita nesta seção, **concordo novamente com a unidade técnica. Os signatários do relatório de análise da operação (IP AMC-DEPAC 29/2008) deverão ser ouvidos em audiência relativamente à irregularidade retro referida, cada um deles em relação a sua respectiva participação no documento que produziu e assinou. De igual forma concordo com a responsabilização dos membros da diretoria, que aprovaram o relatório de análise sem quaisquer questionamentos acerca da ausência das análises retro mencionadas.**

100. Finalizando, vejo-me obrigado a ressaltar meu entendimento no sentido de que a análise e dimensionamento de possíveis benefícios econômicos e sociais para o país deveria ser o aspecto central, nuclear, condicionador de todas as análises e da eventual deliberação acerca de uma operação em um banco de desenvolvimento econômico e social. Estranhamente, enquanto a atratividade da operação para a empresa gozou de atenção por parte da equipe de análise (item 10 do relatório de análise) – o que seria esperado em um banco comercial comum –, os eventuais benefícios para o país não foram sequer aventados na análise da operação de que se cuida.

VIII – Indícios de existência de dano ao BNDES

101. Tal irregularidade havia sido tratada no voto condutor do referido acórdão 3011/2015-Plenário, nos seguintes termos:

“Indício - 6: utilização não justificada de expansão do número de pregões integrantes da amostra a ser utilizada no cálculo do valor da ação a ser adquirida, resultando em escolha do valor mais elevado entre outros já apontados, com ágio de 19,8% sobre o valor superior apontado na etapa anterior de análise, e de 49,1% sobre o valor da ação em bolsa de valores no dia da operação.

59. Seguindo adiante, consta do enquadramento realizado pelo BNDES que, para os efeitos dessa operação, o preço das ações da JBS poderia variar de R\$ 5,09 a R\$ 5,90, a depender do número de pregões a ser utilizado para o cálculo conforme metodologia preconizada pelo BNDES (R\$ 5,09 como média dos 30 últimos pregões, R\$ 5,49 como média dos 60 últimos pregões, R\$ 5,90 como média dos 90 últimos pregões). Qualquer desses valores já seria superior ao do mercado no dia da análise da transação (R\$ 4,74), haja vista que o valor das ações da JBS encontrava-se em queda. Não obstante isso, a informação padronizada, realizada

ações da JBS encontrava-se em queda. Não obstante isso, a informação padronizada, realizada poucos dias depois, elevou o número de pregões dos quais seria extraído o valor da ação para 120, sem apresentar justificativa razoável, o que redundou em uma elevação do valor médio da ação, que seria utilizado como valor de aquisição pelo BNDESPar, para R\$ 7,07.

60. Esse valor de R\$ 7,07 é R\$ 1,17 superior ao maior valor aventado no enquadramento, R\$ 5,90, o que representou um ágio de 19,8%.

61. Se tomarmos o preço da ação da JBS no último dia do período de amostragem, 15/02/2008, qual seja, R\$ 4,74, então o referido preço de aquisição de R\$ 7,07 é R\$ 2,33 superior, representando um ágio de 49,1% sobre o preço de mercado da ação.

62. Os maiores ágios costumam ser pagos sobre aquisições de controle acionário de uma empresa, em especial aquisições hostis, nas quais o adquirente precisa 'convencer' o proprietário a vender suas ações. Aquisições de meras participações acionárias não costumam envolver ágios e quando envolvem eles se situam em percentuais bastante inferiores. Para que se tenha uma ideia da diferença de situação entre adquirir o controle acionário e adquirir uma mera participação no capital, o art. 254-A da Lei 10.303/2001, que alterou a Lei 6.404/76, estabelece que em fusões e aquisições os sócios majoritários poderão receber por suas ações até 25% a mais que os sócios minoritários.

63. No caso dos autos não se trata de aquisição de participação minoritária, mas sim de apoio financeiro, por meio de aporte de capital, solicitado pela empresa beneficiária. Parece-me, nessa primeira análise, que o pagamento de ágio de quase 50% sobre o valor de mercado da ação, pelo BNDESPar, não condiz com a natureza e circunstância da operação.

64. Apesar de imediatamente após a conclusão da operação o preço da ação ter se elevado, aparentemente em consequência da própria operação, em 30/09/2008, seis meses após, o preço da ação já tinha voltado a exatos R\$ 4,74, situando-se ao redor de R\$ 5,00 ao final do exercício de 2008.

65. Novamente aqui, a não apresentação de justificativas razoáveis para a utilização de metodologia de cálculo que produziu elevação tão acentuada no valor de aquisição da ação, pode representar dano ao patrimônio do BNDES. Se tomarmos como valor do dano por ação a diferença não justificada entre a média de 90 pregões (R\$ 5,90) , por ser o valor superior proposto no enquadramento, e a média de 120 pregões (R\$ 7,07) , teremos o valor de R\$ 1,17, equivalente a 19,8% do valor da ação, o qual, multiplicado pelo número de ações adquiridas pelo BNDESPar (139.753.720 ações) , resulta em um montante aproximado de R\$ 163,5 milhões. Em termos de número de ações, tal diferença de valor equivale a 27,67 milhões de ações.

66. Em vista dessa possibilidade de dano proporei também que seja autuado processo conexo a este processo de auditoria, em cujo âmbito também poderão ser analisadas as demais questões relativas a essa operação sem qualquer prejuízo.

(...)

106. Na operação seguinte, de apoio à aquisição das empresas Smithfield Beef e National Beef, a estimativa de dano atinge R\$ 163,5 milhões, equivalentes a aproximadamente 27,67 milhões de ações da JBS. Nessa operação o valor médio da ação nos últimos 90 pregões, estimado no enquadramento como o valor superior de aquisição das ações, foi substituído pelo valor médio da ação nos últimos 120 pregões, valor esse mais elevado, substituição essa que entendi não justificada nos autos (conforme item IV, indício 6, retro) . ”.

102. Conforme instrução da unidade técnica, restou registrado na instrução de enquadramento (IC AP/DEPRI – AMC/DEPAC – AI/DEAICO 1/2008) que as negociações sobre o valor da ação da JBS ainda encontravam-se em andamento, e situavam-se no intervalo entre

R\$ 5,09 e R\$ 5,90, correspondentes aos valores médios das ações da JBS na bolsa de valores nos últimos 30 ou 90 pregões, respectivamente, tendo como valor intermediário o correspondente à média dos últimos 60 pregões, qual seja, R\$ 5,49 (§ 119 da instrução) .

103. Poucos dias após, sem a apresentação de qualquer justificativa ou demonstração e sem qualquer referência ao documento anterior, o item “12 – Estrutura da Operação” do relatório de análise da operação (IP AMC/DEPAC 292008) informa que as ações seriam adquiridas pelo valor de R\$ 7,07. Ainda que desnecessário, destaco que o preço da ação a ser adquirida é um ponto central de qualquer operação de aporte de capitais por meio da aquisição de ações, ponto esse que não mereceu, no relatório de análise, qualquer análise mais detalhada.

104. A unidade técnica relembra, em sua instrução, que o BNDES afirmou a este Tribunal, em 2009, em outro processo, que referido valor de R\$ 7,07 havia sido obtido a partir da média do valor das ações da JBS na bolsa de valores nos últimos 120 pregões (de 16/08/2007 a 15/02/2008) , conforme havia sido aprovado na assembleia de acionistas da JBS de 14/03/2008. Não obstante, nas informações agora prestadas, o BNDES afirmou que a média de pregões seria apenas uma referência, e que a instrução havia registrado que “*o fator preponderante para a determinação do preço era a comparação do preço final da operação, aprovado pela Diretoria da BNDESPar, com o valor econômico por ação, que seria o fundamento da atratividade financeira do investimento*” e que, conforme demonstrado no *valuation* contido na instrução, o valor justo da ação, considerando as aquisições da National Beef e da Smithfield/Five Rivers, seria de R\$ 9,49, que se encontrava 34,23% acima do valor aprovado para a aquisição (§ 123 da instrução) , e que, portanto, permitiria esse percentual de ganho.

105. Mesmo se essas explicações pudessem ser aceitas – e explicarei porque não podem logo a seguir –, ainda restariam não explicados vários aspectos, quais sejam (a) por que o fundamento para o estabelecimento do preço era, em 2009, a média dos 120 últimos pregões, e agora, em 2017, passou a ser o valor econômico das ações? (§ 130 da instrução) ; (b) mesmo que o preço justo fosse R\$ 9,49, porque o preço de transação foi estabelecido em R\$ 7,07 e não R\$ 5,90, ou R\$ 6,50, R\$ 7, 50, ou qualquer outro valor? (§ 139 da instrução) ; (c) por que teria sido utilizado, nesse único caso, conforme apontado pela unidade técnica, o parâmetro de 120 pregões? (§§ 136 e 138 da instrução) ; (d) por que não existem análises técnicas que objetivassem estabelecer, a partir do *valuation*, o valor a ser pago pelas ações?, entre outras questões. Não obstante, sequer se pode aceitar as explicações dadas.

106. A utilização do primeiro critério, o valor médio de 120 pregões, não pode ser aceita por não ser um parâmetro normalmente utilizado pelo BNDES, uma vez que foi utilizado essa única vez, nunca foi utilizado antes e nunca foi utilizado depois em nenhuma outra operação, conforme já apontado. Vez que se trata de parâmetro ad hoc, desacompanhado de qualquer justificativa, não pode ser acolhido.

107. Já o valor de R\$ 9,49 projetado, por meio do *valuation*, para a ação da JBS após a aquisição das empresas objeto da operação, é em verdade resultante de erro de aritmética, a partir dos próprios dados constantes do relatório. Explico:

108. O item "11 - Avaliação" do relatório de análise (IP AMC/DEPAC 29/2008) apresenta, de forma extremamente resumida e sem apresentar as fontes (em pouco mais de meia página por empresa), as premissas que foram utilizados para avaliar as quatro empresas envolvidas (Smithfield Beef, National Beef, JBS S.A. e JBS USA), conforme já havia sido salientado nas seções II e III deste voto. O item "11.2 – Valores econômicos" do relatório de análise apresenta, em tabelas resumo, os valores econômicos presentes das referidas empresas, a partir do método do Fluxo de Caixa Descontado.

109. A partir dessas tabelas resumo, e somando-se os valores presentes das empresas JBS S.A. (~ R\$ 4,1 bilhões) e JBS USA (~ R\$ 3,4 bilhões), obtém-se o valor presente consolidado da JBS naquele momento (~ R\$ 7,5 bilhões), o qual, dividido pelo número de ações então existentes (1.077.400.000[footnoteRef:7]), permite obter o preço de ~ R\$ 6,97 por ação (com pequeno erro de aproximação e arredondamento). Somando-se ao valor da JBS S.A. e da JBS USA os valores presentes das empresas Smithfield/Five Rivers (~ R\$ 1,17 bilhão) e National (~ R\$ 1,56 bilhão) obtém-se o valor projetado para a JBS após as aquisições (~ R\$ 10,23 bilhões). No intuito de obter o valor da ação da JBS após aquisição, o relatório divide esse valor de ~ R\$ 10,23 bilhões pelo número original de ações (1.077.400.000) obtendo, assim o valor de R\$ 9,49 por ação. [7: Anexo 6 à instrução transcrita para o relatório que fundamentou o já referido acórdão 3011/2015- Plenário.]

110. E aí reside o erro: os signatários do relatório de análise esqueceram-se do fato de que as empresas seriam adquiridas por meio de aumento de capital da JBS, realizado por meio da aquisição de ações que seriam emitidas pela empresa, o que aumentaria o número de ações em poder dos acionistas para 1.438.078.926[footnoteRef:8], diluindo o capital da empresa. Ora, **dividindo-se o valor da empresa após a aquisição, ~ R\$ 10,23 bilhões, pelo número de ações da empresa após aquisição, 1.438.078.926, obtém-se o valor de ~ R\$ 7,1137 por ação, e não ~ R\$ 9,49.** [8: Anexo 6 à instrução transcrita para o relatório que fundamentou o já referido acórdão 3011/2015- Plenário]

111. Observa-se, assim, que o preço pago pelo BNDESPar pelas ações, R\$ 7,07, representou 99,4% do valor projetado para a ação da empresa após aquisição, e não 74,5% como quis demonstrar o BNDES. Sob outro enfoque, tal valor permitiria um ganho ao BNDESPar de apenas ~ R\$ 0,04 por ação, equivalente a 0,6%, e não de ~ R\$ 2,42 por ação, equivalente a 34,23%, conforme afirmado pelo BNDES em seu relatório de análise. É de se ponderar que tal

perspectiva de ganho, em operação de renda variável de longo prazo, é irrisório, pelo que se pode considerar que o BNDES aceitou pagar um preço pelas ações que, mesmo se tudo ocorresse conforme previsto nas premissas, retirava qualquer perspectiva de ganho futuro. Em outras palavras, o BNDES aceitou pagar o preço máximo projetado.

112. Além de tudo isso, considero importante lembrar aqui uma linha de raciocínio por mim já apresentada quando da análise da operação de aporte de capital na JBS para aquisição da Swift USA (denominada de JBS USA ao tempo da operação que ora se analisa), por também se adequar ao caso tratado nos presentes autos.

113. O art. 170, § 1º, da Lei 6.404/1976 estabelece os critérios para definição de preço em um aumento de capital, os quais deverão ser utilizados alternativa ou conjuntamente, na seguinte forma:

“§ 1º O preço de emissão deverá ser fixado, sem diluição injustificada da participação dos antigos acionistas, ainda que tenham direito de preferência para subscrevê-las, tendo em vista, alternativa ou conjuntamente: (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

I - a perspectiva de rentabilidade da companhia;

II - o valor do patrimônio líquido da ação;

III - a cotação de suas ações em Bolsa de Valores ou no mercado de balcão organizado, admitido ágio ou deságio em função das condições do mercado.”

114. O voto condutor do Acórdão 3011/2015-Plenário retro transcrito privilegiou a análise do problema com fundamento no critério estabelecido no inciso III. No caso, foi utilizada a cotação da ação da JBS em bolsa de valores, tomada como média de fechamento nos últimos 90 pregões anteriores à data de fechamento do preço (já foi visto que o BNDES também utilizava 30 ou 60 pregões), o que redundou em um valor de R\$ 5,90 para a ação, conforme já visto.

115. Com relação ao critério especificado no inciso II, a JBS tinha patrimônio líquido consolidado de R\$ 3,055 bilhões em dezembro de 2007[footnoteRef:9] e 1.077.400.000 ações[footnoteRef:10], o que produz um valor patrimonial por ação de R\$ 2,835 por ação. Tomando-se R\$ 5,90 como o valor da ação em bolsa de valores naquele momento, então a ação encontrava-se sendo negociada a 2,08 vezes seu valor patrimonial. Pode-se afirmar que o critério estabelecido no inciso II não representa, no mais das vezes, o preço justo de uma ação, especialmente porque o patrimônio líquido fala sobre o passado da empresa e o preço da ação deve representar seu presente e seu futuro. [9: JBS S.A. - Demonstrações contábeis acompanhadas do Parecer dos auditores independentes – 31/12/2007] [10: Anexo 6 ao relatório de auditoria da SecexEstataisRJ transcrito para o relatório do Acórdão 3011/2015-Plenário]

116. O preço de mercado, de bolsa, especificado no inciso III, é aquele que, a princípio já

incorpora a avaliação do mercado – incorporando, ademais, as posições antagônicas de compradores e vendedores – sobre o valor da ação em relação a seu presente e futuro. Por outro lado, o valor patrimonial da ação é um índice sempre olhado quando se quer avaliar o descolamento do valor da ação no mercado em relação à sua realidade patrimonial e, especialmente, não se pode esquecer disso, é um dos critérios estabelecidos na lei.

117. Relativamente ao critério estabelecido no inciso I, os argumentos apresentados pelo BNDES apoiam-se exatamente em estudos que objetivaram avaliar economicamente a JBS pela perspectiva de sua rentabilidade, os quais teriam concluído, erroneamente conforme já visto, por um potencial de valorização de 34,23%.

118. Solicitado pela unidade técnica por meio da diligência, o BNDES informou que, em 69 operações de aporte de capital de valor superior a R\$ 100 milhões, o banco havia utilizado os seguintes critérios para estabelecimento do preço das ações a serem por ele adquiridas (§ 136 da instrução) :

Quadro 9 - Critérios de conversão

CRITÉRIO	AQUISIÇÕES	%
<i>Bookbuilding</i>	21	30%
Cláusulas específicas	15	22%
Média de pregões	13	19%
Valor econômico	3	4%
Valor patrimonial	1	1%
Sem informação	9	13%
Outras	7	10%
TOTAL	69	100%

119. Excluindo os critérios denominados “cláusulas específicas” ou “outros”, que representam 32% mas que não foram detalhados pela unidade técnica em sua instrução, pode-se observar a partir da tabela acima que a utilização de valores fornecidos pelo mercado foi utilizado em 49% das vezes (bookbuilding + média de pregões) , que o “valor patrimonial” foi utilizado em 1% e que o “valor econômico” foi utilizado em 4% das vezes. A ausência de informações na instrução não permite verificar se os três eventos nos quais foram utilizados o critério de “valor econômico” foram exatamente as três operações realizadas pelo BNDESPar com a JBS.

120. O reduzido percentual de utilização de critérios associados ao “valor econômico” da empresa talvez resida nas características dos métodos utilizados para tanto. Sobre o método utilizado pelo BNDES para calcular o valor justo das ações da JBS após a aquisição da

utilizado pelo BNDES para calcular o valor justo das ações da JBS após a aquisição da Smithfield e da National, qual seja, o fluxo de caixa descontado, pode-se dizer que, apesar de ser um método bastante utilizado, é apenas um método entre outros também passíveis de utilização alternativa e, especialmente, concomitante. Com relação a sua utilização, existem várias ressalvas a serem observadas, como, por exemplo, a dificuldade de estimação da taxa de desconto pelo modelo WACC, sua contraindicação na avaliação de empresas com passivo operacional muito expressivo[footnoteRef:11], e, especialmente, o fato de os resultados apresentados por esse método apresentarem grande amplitude de variação a depender de pequenas alterações nas premissas adotadas. Quanto a isso, relembro que no relatório de análise da operação em tela há a indicação das premissas, mas não a indicação das fontes das quais foram extraídas e também não uma avaliação e uma justificação da escolha entre premissas ou entre fontes alternativas. [11]:

http://modelosfinanceiros.com.br/assets/documentoS.A.valiacao_de_empresa_-_jbs.pdf

121. Ótimos exemplos das “dificuldades” de utilização deste método no apoio à decisão – e especialmente de como ele pode apresentar resultados divergentes em razão da adoção de premissas diferentes – são fornecidos pelas próprias equipes de análise do BNDES. Vou citar dois exemplos:

Primeiro: no relatório de análise da operação de aporte de capital para a aquisição da Swift (AMC/DEINV nº 03/2007 e AI/DEAGRO nº 17/2007) , elaborado em 25/06/2007, consta a informação de que, após realizados todas as análises e cálculos, o BNDES teria chegado à conclusão de que o valor presente da ação da JBS após aquisição da Swift (futura JBS USA) seria de R\$ 9,70 para o cenário tido como “base” (vide item 4.3.3 do referido relatório de análise) . Considerando que a JBS após aporte de capital necessário para a aquisição da Swift, passaria a ter capital social dividido em 1.077.400.00 ações, o “valor presente da empresa JBS S.A. + JBS USA” naquele momento seria então, por simples aritmética, **de aproximadamente R\$ 10,45 bilhões**. Não obstante isso, **e apenas 7 meses depois**, em fevereiro de 2008, a mesma equipe do BNDES, analisando a operação de que se cuida neste processo, chegou à conclusão de que a combinação da JBS S.A. com a JBS USA (ex-Swift) teria um valor presente de **R\$ 7,5 bilhões** (vide item 11.2 do relatório de análise IP AMC/DEPAC nº 29/2008) . Uma diferença de quase R\$ 2,95 bilhões, correspondente a uma perda de valor de 28,23%, em apenas 7 meses.

Segundo: de acordo com informações contidas no quadro de usos e fontes, constante do item 2.2 do referido relatório de análise AMC/DEINV nº 03/2007 e AI/DEAGRO nº 17/2007, a Swift USA seria adquirida por US\$ 1,366 bilhão (dívidas + *equity*) , o que significa que seu valor presente, excluída a dívida (US\$ 1,111 bilhão) , seria então **de US\$ 225 milhões**. Apenas **7 meses depois**, o valor presente calculado pela equipe do BNDES para a JBS USA (ex-Swift) , descontada a dívida, passou a ser de ~ **US\$ 2 bilhões** (conforme item 11.2 da IP AMC/DEPAC nº 29/2008) , ou seja, um aumento de valor de 700%.

122. Apesar de não suscitado pela unidade técnica, tais exemplos configuram verdadeiros achados de auditoria, e entendo que a origem dessas divergências deva ser melhor analisada por esta Corte, pelo que, antes, deverá ser melhor esclarecida pelo BNDES. Nesse sentido,

acrescentarei determinação para que o BNDES apresente explicações e justificativas para os cálculos realizados em ambos os relatórios de análise e aponte as razões das divergências entre ambos considerando o intervalo de tempo de apenas 7 meses entre a elaboração de um e outro estudo. Tais explicações deverão ser analisadas no âmbito da presente operação e também na referida tomada de contas especial TC 010.398/2017-1 em cujo âmbito encontra-se sob análise a operação de aporte de capital para aquisição da Swift USA.

123. O argumento complementar apresentado pelo BNDES no sentido de que sócios minoritários também compraram as ações da JBS ao mesmo preço, o que indicaria que a avaliação do BNDES estaria compatível com as avaliações de terceiros, é passível de refutação pelo argumento de que teria sido a concordância do BNDES com o preço da ação que fez com que acionistas minoritários aceitassem participar do negócio. Na ausência de informações sobre quais teriam sido os "sócios minoritários" que adquiriram ações na mesma emissão, não há como saber se eram sócios institucionais ou não, se eram públicos (fundos de pensão, outros bancos públicos, etc.) ou privados, se realizaram ou se tinham capacidade de realizar avaliação própria ou se "aceitaram" a avaliação do BNDES e foram por ela influenciados, etc.

124. Por outro lado, existem vários indicativos no sentido de que o BNDES não procedeu, à época, à análise devida e de que o valor estabelecido para as ações se encontrava efetivamente supervalorizado.

125. Primeiro, em razão de as ações da JBS estarem em queda na bolsa de valores, foi necessário que se ampliasse o número de pregões, entre 30 e 90, para 120 pregões, elevando o preço médio da ação de R\$ 5,90, valor correspondente a 90 pregões, conforme instrução de enquadramento, para R\$ 7,07, conforme estabelecido, sem justificativas adequadas, no relatório de análise.

126. Segundo, o valor presente da ação da JBS, após aquisição da Smithfield Beef e National Beef, segundo cálculos do próprio BNDES, uma vez corrigido erro aritmético, situava-se em R\$ 7,11, o que equivale a dizer que o BNDES, a partir de suas próprias projeções, não teria qualquer margem de lucro comprando a ação da JBS a R\$ 7,07.

127. Terceiro, e conforme exposto nas seções II e III, retro, a operação foi analisada e decidida em prazo extremamente reduzido, incompatível com sua complexidade e porte, o que é reforçado pelos indícios de que a análise procedida pelo BNDES apresenta diversas falhas. Assim, a própria estimativa, referida no parágrafo anterior pode ser questionada por ausência de detalhamento na análise do valor das empresas envolvidas.

128. Quarto, não se pode descuidar, ademais, do fato de que a maior interessada no aporte de capitais era a própria JBS. Apesar disso, não há indícios nos autos no sentido de que o BNDES tenha ponderado essa questão e realizado qualquer contraproposta à JBS. O BNDES não era obrigado a aceitar as informações da JBS e as suas quantificações, e mesmo se as aceitasse não era obrigado a aceitar o preço, pelo que considero surpreendente que, em uma operação tão complexa, estando um na posição de vendedor e outro na posição de comprador, não haja qualquer informação sobre a ocorrência de negociação de valores entre BNDES e JBS.

naja qualquer informação sobre a ocorrência de negociação de valores entre BNDES e JBS, envolvendo correções de informações, contrapropostas e reanálises.

129. Assim, e sopesados os elementos constantes do relatório de auditoria original e os agora apresentados pelo BNDES, **entendo existirem indícios suficientes, em força e número, para fundamentar a conversão do presente processo de representação em tomada de contas especial – em razão dos fortes indícios de dano aos cofres do BNDES -, ponto no qual concordo com a proposta uniforme da unidade técnica.**

130. Havendo indícios de que o preço acordado para aquisição das ações não era um preço justo, a estimativa do eventual dano, no presente caso, exige seja determinado um valor justo

para as ações no momento da negociação e contratação da operação. Vários são os valores possíveis. Por exemplo, o valor de mercado da ação no dia da apresentação da consulta (11/02/2008) , qual seja R\$ 5,26[footnoteRef:12], ou no dia da análise de enquadramento (14/02/2008) , qual seja R\$ 4,59 (§ 49 do parecer do secretário da SecexEstataisRJ) . [12: <http://cotacoes.economia.uol.com.br/acao/cotacoes-historicas.html?codigo=JBSS3.SA>]

131. Outras opções seriam os valores indicados pela instrução de enquadramento, fundamentados nas médias de 30, 60 ou 90 dias que faziam parte da sistemática de avaliação do BNDES, os quais corresponderiam a valores de R\$ 5,09, R\$ 5,49 e R\$ 5,90, respectivamente (§ 119 da instrução) . Analisando o eventual valor de dano caso adotada a diferença entre esses últimos valores e aquele pago pelo BNDESPar (R\$ 7,07) , teríamos, R\$ 276,7 milhões[footnoteRef:13], R\$ 220,8 milhões[footnoteRef:14] e R\$ 163,5 milhões[footnoteRef:15], todos em valores originais. [13: Conforme tabela contida no § 47 do parecer do Secretário da SecexEstataisRJ;] [14: Conforme tabela contida no § 48 do parecer do Secretário da SecexEstataisRJ;] [15: Conforme tabela contida no § 21.3 do parecer do Diretor da SecexEstataisRJ;]

132. Entre esses, **a utilização do valor de R\$ 5,90 é a mais favorável aos responsáveis**, uma vez que resultará no menor débito. Em vista disso, e mantendo a tradição desta Corte em optar, conservadoramente, pelos critérios mais favoráveis aos responsáveis, proporei seja adotado esse valor como base para cálculo do eventual débito, o qual já havia sido adotado pela unidade técnica desde a instrução inicial que conduziu ao referido acórdão 3011/2015-Plenário.

133. Não obstante, quero deixar registrado a irresignação demonstrada pelo Sr. Secretário da SecexEstataisRJ em seu parecer (§§ 49 a 52) com adoção de critério tão favorável, por ele descrito como “extremamente conservador” (§ 42 do parecer) , em detrimento de outros também possíveis, razoáveis, e, talvez, mais realistas, especialmente em razão de não existirem, nos autos, “justificativas razoáveis para a adoção dos últimos 120 pregões em vez dos últimos 30, por exemplo, afora a possibilidade de até ter sido negociado um deságio” (§ 46 do parecer) .

134. Em adição a esse possível débito, o Sr. Diretor da SecexEstataisRJ aponta a existência de outro, dele diretamente decorrente, consistente nos dividendos não recebidos em razão da

aquisição de um número de ações menor que aquele efetivamente correspondente ao montante dispendido se utilizado o referido valor de R\$ 5,90 por ação (§§ 17 e 18, e tabela contida no § 21.3, todos do parecer do Diretor da SecexEstataisRJ) . Concorro com a proposta de acréscimo apresentada pelo Sr. Diretor, uma vez que se trata de decorrência direta do indício de irregularidade já aceito como fundamento preliminar para a estimativa de dano.

135. Em vista do exposto, **concluo, em conformidade com as análises e conclusões apresentadas pela unidade técnica em sua instrução e pareceres, no sentido de que não restou justificado até o momento, especialmente em razão das contradições e erros constantes do relatório de análise e da insuficiência das explicações apresentadas pelo BNDES, o valor de R\$ 7,07 por ação pago pelo Banco, havendo, portanto, indício de pagamento realizado a maior, frente ao parâmetro mais favorável aos responsáveis entre aqueles que seriam aceitáveis (R\$ 5,90 = média dos últimos 90 pregões) , no montante de R\$ 163.511.852,40, em valores originais, ao qual deverá ser acrescido montante de R\$ 16.112.401,00[footnoteRef:16], totalizando R\$ 179.624.253,40, tudo em valores originais (representando um total aproximado de R\$ 304 milhões, em valores atualizados para 07/07/2017) .** [16: Tabelas contidas nos itens 21.3 e 21.4 do parecer do Diretor da SecexEstataisRJ.]

136. Na linha de raciocínio apresentada pela unidade técnica, entendo devam ser excluídos de responsabilidade em relação a esse eventual dano os signatários da instrução de enquadramento e os membros do comitê de enquadramento, uma vez que essa primeira etapa não teve influência perceptível no estabelecimento do preço final por ação. **A responsabilidade pelo dano restringir-se-á, portanto, aos signatários do relatório de análise e aos membros da diretoria executiva que aprovaram a operação.**

137. Novamente aqui não é possível individualizar as responsabilidades desses agentes, mesmo a despeito dos esclarecimentos prestados na já referida Nota AJ/COJIN 026-2017. Conforme já analisado em itens anteriores, as falhas observadas no relatório de análise que tiveram influência no pagamento a maior pelas ações da JBS S.A. abrangem questões jurídicas, econômicas, financeiras, empresariais, tecnológicas, mercadológicas, etc., áreas que, por sua abrangência, incluem todos os membros da equipe de análise da operação. Juntamente com a análise de benefícios econômicos e sociais para o país, a análise do custo da ação é elemento central no tipo de operação de que se cuida.

138. Quanto aos membros da diretoria executiva, entendo que as falhas aqui descritas são de tal magnitude que todos eles (e qualquer deles) poderiam e deveriam tê-las percebido, pelo que, em consequência, poderiam e deveriam ter determinado a retificação ou complementação dos estudos.

139. **Assim, e após convertidos os autos em tomada de contas especial, os signatários do relatório de análise da operação (IP AMC-DEPAC 29/2008) e os membros da diretoria que aprovaram a operação (Decisão da Diretoria 032/2008-BNDESP) deverão ser citados, cada um deles em relação a sua respectiva participação no documento que produziu e assinou ou na deliberação que aprovou a operação.**

IX – Sobre o custo dos recursos do BNDES para o país

140. Ressaltei no voto condutor do Acórdão 3011/2015-Plenário o fato de os investimentos realizados pelo BNDESPar na JBS serem, muitas vezes, realizados com recursos públicos subsidiados. A questão – aportes de recursos financeiros do governo ao BNDES – foi objeto de trabalho desenvolvido no TCU.

141. No âmbito do TC 007.722/2015-0, o Tribunal realizou auditoria operacional, tendo como objetivo examinar as emissões diretas de títulos públicos ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), no período de 2008 a 2014, e os impactos nos

custos da dívida pública mobiliária federal, no risco soberano e no resultado fiscal, bem como avaliar a transparência das referidas operações.

142. A fiscalização promovida pela Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag) permitiu identificar: “i) o aumento no spread nas taxas dos títulos públicos provocado pelas emissões diretas de títulos públicos ao BNDES; ii) o impacto dessas emissões no risco soberano; iii) a perda de transparência na gestão da dívida pública e a perda de previsibilidade para o mercado de títulos públicos provocada pelos repasses de títulos públicos ao BNDES; iv) a divergência entre os dados enviados pelo BNDES e os dados do Selic enviados pelo Banco Central do Brasil; v) a falta de transparência sobre os impactos da política de concessão de crédito por meio de emissões diretas de títulos públicos ao BNDES; vi) os títulos recebidos pelo BNDES e mantidos em carteira”. Diante disso, por meio do Acórdão 574/2017 – Plenário, foram expedidas recomendações à Secretaria do Tesouro Nacional.

143. No que interessa aos presentes autos, referido trabalho apurou que, de 2008 a 2014, a União, por intermédio da STN, emitiu títulos públicos federais diretamente ao BNDES no valor total de R\$ 423.999.728.705,83, o que correspondeu a um aumento de igual magnitude na dívida bruta do governo federal brasileiro, mais especificamente no aumento do estoque da Dívida Pública Mobiliária Federal interna (DPMFi). Essa dívida aumentou 78% no período, sendo os repasses de títulos públicos ao BNDES responsáveis por 35% desse acréscimo.

144. Especificamente quanto aos **subsídios gerados pelos contratos de repasses de títulos ao BNDES**, o seguinte trecho do relatório que acompanha a citada deliberação expõe o panorama da questão:

“28. Além do impacto no volume total da dívida bruta, a maior parte dos recursos emprestados ao BNDES, nos termos da legislação relacionada, resultou em uma remuneração ao Tesouro inferior ao seu próprio custo de captação. De modo geral, os empréstimos concedidos são remunerados pelo Banco a taxas próximas à Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP), bastante inferiores às taxas de juros pagas pelo Tesouro (acima da Selic) em relação aos títulos da dívida pública emitidos para sustentar as operações de crédito. A diferença entre essas taxas torna-se despesa para o Tesouro, a ser paga na forma de subsídio.

29. Em fiscalização realizada em 2012 pelo TCU (Acórdão 3.071/2012-TCU-Plenário), constatou-se que as operações de crédito realizadas com o BNDES não eram acompanhadas

constatou-se que as operações de crédito realizadas com o BNDES não eram acompanhadas de projeções que permitissem conhecer o montante total dos benefícios financeiros e creditícios concedidos pela União, além das despesas financeiras relativas aos juros e demais encargos decorrentes da captação de recursos pela STN. A justificativa é que havia muitas incertezas quanto ao comportamento futuro das taxas de juros envolvidas no cálculo dos benefícios creditícios, o que gerava dificuldades em encontrar uma metodologia adequada de apuração. Desse modo, concluiu-se que empréstimos da ordem de quase meio trilhão de reais em dinheiro público foram realizados sem que seus custos pudessem ser adequadamente avaliados e sem o dimensionamento de seu impacto sobre as contas públicas.

30. Dada a materialidade das operações, a falta de dimensionamento do seu impacto, não somente nas contas públicas como também na dívida pública, é bastante relevante e apresenta um risco para a dívida, uma vez que não há medidas de compensação para essas despesas pelo fato de não serem previamente calculadas.

31. No mesmo acórdão citado anteriormente, o TCU determinou à STN que procedesse à explicitação dos montantes anuais de benefícios financeiros e creditícios decorrentes das operações de crédito ao BNDES, por intermédio dos relatórios e demonstrações contábeis da União, de forma a evidenciar os subsídios efetivamente concedidos em cada exercício, permitindo à sociedade conhecer os custos associados à atuação governamental.

(...)

34. Como é possível observar, há uma evolução nas condições dos contratos de empréstimos ao BNDES, no sentido de favorecer cada vez mais o devedor (BNDES) e desfavorecer o credor (União). Os primeiros contratos firmados apresentaram taxas de remuneração compatíveis com as taxas de captação (12,35% a.a.), prazos de carência menores (três a quatro anos) e prazos de pagamento de juros remuneratórios e de principal mais curtos. Ao longo do período analisado, as condições contratuais foram sofrendo alterações, de modo a criar condições de pagamento extremamente favoráveis ao BNDES e extremamente desfavoráveis à União. Ao realizar uma análise detalhada dos contratos de repasse realizados entre a União e o BNDES, concluiu-se que:

- A grande maioria dos contratos apresentou uma taxa de remuneração equivalente à TJLP, ou seja, muito inferior à taxa de captação do Tesouro;
- O prazo médio de carência para pagamento do principal dos montantes concedidos é de 23,5 anos;
- O prazo médio de vencimento dos contratos é de 41,6 anos.

35. Todas essas condições geram para a União um expressivo custo de subsídio e um grande esforço de rolagem de dívida pública.”

145. Em termos de valores, a Semag calculou sobre os títulos recebidos e mantidos em carteira, ou seja, não vendidos pelo BNDES, no montante de R\$ 70.108.755.042,13, os

carteira, ou seja, não vendidos pelo BNDES, no montante de R\$ 70.100.750.042,15, os subsídios gerados pelas operações, comparando-se os juros contratuais devidos ao Tesouro Nacional apropriados pelo BNDES com os custos que esses mesmos títulos carregaram ao Tesouro Nacional no mesmo período. A conclusão foi de que “**o subsídio** referente a esses títulos, no período entre 2008 e 2014, gerou para o Tesouro uma despesa de **aproximadamente R\$ 7,4 bilhões**”.

146. Além disso, estimou-se que as operações de concessão de crédito do Tesouro Nacional geraram subsídios de R\$ 81,6 bilhões no período de 2008 a 2014. A estimativa desse subsídio implícito teve por fundamento a diferença entre as taxas de juros da emissão direta e do contrato de financiamento respectivo, metodologia detalhadamente descrita no relatório da auditoria. Conforme esclareceu a unidade técnica, “segundo essa linha de raciocínio, a essência da estimativa reside na captura do efetivo diferencial entre as taxas de captação do Tesouro (taxas pagas pela STN inicialmente ao BNDES, quando da dação dos títulos, e, posteriormente, ao mercado, quando da rolagem da dívida) e de remuneração contratual pelo BNDES ao Tesouro”.

147. Transpondo essas informações para o presente processo, considero importante destacar que **o conjunto de indícios é no sentido de que o BNDESPar utilizou-se de recursos caros para o país e para os contribuintes** para viabilizar a aquisição de uma empresa norte-americana pela JBS, sem análise aprofundada do investimento, concedendo recursos em montante superior ao necessário, sem acompanhamento posterior adequado da operação, por meio da aquisição de ações da referida empresa a um valor que não se justifica frente às informações carregadas aos autos, e, especialmente, sem qualquer análise dos benefícios que tal operação poderia trazer para o país e para seus cidadãos.

X - Conflito de interesse de membro do conselho de administração da

JBS S.A. nomeado pelo BNDES

148. A unidade técnica aponta que os membros dos conselhos de administração e fiscal não foram responsabilizados no âmbito deste processo em razão de não haver elementos nos autos que demonstrem que a operação de que se cuida foi, de alguma forma, submetida ao conhecimento e análise dos referidos colegiados (§§ 317.2 a 317.5 da instrução) . No já referido TC 034.930/2015-9, que tratou da operação de aporte de capital para aquisição, pela JBS S.A., da Swift, chegou-se à mesma conclusão, com a qual concordou o Plenário desta Corte por meio do acórdão 800/2017-Plenário (§ 317 da instrução) .

149. Não obstante isso, e apesar de ainda não terem sido detectados ao tempo do referido acórdão 3011/2015-Plenário, a unidade técnica, de posse de novas informações, apontou em sua instrução a existência de indícios de conflito de interesses consistente no fato de o **Sr. José Cláudio Rego Aranha**, em fevereiro e março de 2008, encontrar-se nomeado membro do Conselho de Administração da JBS S.A., nomeado pelo BNDES e, ao mesmo tempo, Chefe de Departamento da AMC/DEINV do BNDES, em razão do que foi um dos signatários da instrução de enquadramento da operação de que se cuida (§§ 318 a 320 da instrução) .

150. Uma vez que existem disposições legais que parecem vedar a participação direta de administradores em operações sociais nas quais tenham interesses conflitantes - no caso conflitavam o interesse da JBS S.A., como membro de seu conselho de administração, com interesse do BNDES, como signatário do primeiro documento de análise de solicitação de apoio financeiro apresentado pela referida empresa -, como os referidos arts. 154 a 156 da Lei nº 6.404/1976n (§ 321 da instrução) concordo com a posição da unidade técnica.

151. A unidade técnica atribui responsabilidade por tal irregularidade ao referido gestor e ao diretor da área de mercado de capitais, que poderiam e deviam ter atuado para evitar tal irregularidade, pelo que deverão ser ouvidos em audiência (§§ 322 a 326 da instrução) . Concorde com a conclusão da unidade técnica, mas entendo que o presidente executivo do BNDES também deve ser ouvido em audiência por essa irregularidade, especialmente em razão de ser o gestor de mais elevado grau hierárquico da instituição, a quem caberia de igual forma atuar para evitar que os servidores nomeados pelo BNDES para atuar nos conselhos de outras empresas estivessem submetidos a conflitos de interesses.

XI – Indícios de irregularidades na constituição do Fundo FIP PROT

152. O Secretário da SecexEstataisRJ suscitou importantes indícios relacionados à participação do BNDESPar no Fundo FIP Prot.

153. O primeiro diz respeito ao fato de a participação em um fundo FIP – integralmente constituído por ações da JBS (art. 17 do respectivo regulamento) , de baixíssima liquidez por ausência de tradição de negociação de cotas no mercado brasileiro, por vedação de negociação e de resgate de cotas (arts. 18, II, “d”; 36 e 38 do respectivo regulamento) – representar opção claramente duvidosa em termos de liquidez do investimento para uma instituição que já contava com estrutura para adquirir e gerir diretamente as ações (§§ 66, 69 e 70 do parecer do Secretário da SecexEstataisRJ) .

154. O segundo diz respeito ao fato de que a participação no fundo gerava custos administrativos adicionais se comparada com a aquisição e gestão direta de ações. As despesas dos cotistas com o fundo, pagas à Angra Partners e ao Mellon Serviços Financeiros, Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A., montaram a R\$ 24,7 milhões entre 2008 e 2013, dos quais uma parcela de R\$ 11,12 milhões, correspondente a 45% do total, dizem respeito a despesas cobertas pelo BNDESPar (§§ 67, 71, 72 e 73 do parecer do Secretário da SecexEstataisRJ) .

155. Considerando que o fundo se constituía de ações de um único tipo e de uma única empresa, e que nem as cotas do fundo nem as ações adquiridas pelo fundo seriam negociáveis, qual seria a razão para constituir um administrador de carteira (ou de fundo) ? Ora, se o BNDESPar podia ter adquirido e administrado diretamente as ações, como efetivamente fez em relação a 34% de seu investimento nesta operação, mantendo essas ações com alta liquidez e sem custos administrativos adicionais, salvo os de manutenção da própria estrutura administrativa, por quais razões teria optado por pagar taxa de

própria estrutura administrativa, por quais razões teria optado por pagar taxa de administração a terceiros (no valor de R\$ 11,12 milhões) , reduzindo sua rentabilidade, e por praticamente eliminar a liquidez do investimento?

156. O Secretário da SecexEstataisRJ aponta que o limite de exposição do BNDES ao grupo JBS, considerando os parâmetros contidos na Resolução BNDES 1.318/2006, já se encontrava ultrapassado à época do enquadramento da operação de que se cuida (§§ 76 a 80 do parecer do Secretário da SecexEstataisRJ) . Essa constatação faz surgir a hipótese de que a aquisição das ações por meio do Fundo FIP Prot teria tido o objetivo de mascarar a participação do BNDES no Grupo do JBS, tornando menos evidente a irregularidade consistente na

extrapolação do limite de exposição a risco previsto em regulamento (§§ 81 a 84 do parecer do Secretário da SecexEstataisRJ) .

157. Esse conjunto de indícios correspondem a hipóteses de irregularidades, mas também de realização de despesa não justificável pelo BNDESPar, o que resultaria em dano à instituição.

158. Além desses, o Secretário da SecexEstataisRJ suscita outro indício de irregularidade consistente em aparentemente ter sido descumprida a vedação estabelecida no art. 36 da instrução CVM 391, que ou (a) impediria que o BNDESPar participasse da criação do fundo uma vez que sua participação necessitaria da aprovação da maioria dos cotistas do fundo já existente em assembleia geral; ou (b) que o fundo não aplicasse recursos em ações da JBS, uma vez que o BNDESPar já detinha mais de 10% do capital votante dessa empresa (§ 74 do parecer do Secretário da SecexEstataisRJ) .

159. Em vista desses indícios de irregularidades, concordo com o Sr. Secretário, mas altero suas propostas no sentido não só de que sejam encaminhadas essas informações à CVM e à SecexPrevidência deste Tribunal, para conhecimento e adoção das medidas que entenderem cabíveis em seus âmbitos de atuação, mas também para que constem, desde já, das citações a serem encaminhadas aos responsáveis pelos danos já analisados na seção VIII deste voto, que entendo sejam os responsáveis também por esses indícios adicionais de dano.

160. Com efeito, a opção pela utilização de Fundo FIP para adquirir ações da JBS constaram tanto da instrução de enquadramento quanto do relatório de análise, e foi avaliada e corroborada tanto pelo comitê de enquadramento quanto pela diretoria executiva, não havendo, até onde consigo vislumbrar neste momento, razões para excluir qualquer um dos responsáveis signatários dos relatórios ou integrantes dos colegiados.

XII - Ausência de garantias na operação

161. O Secretário da SecexEstataisRJ suscita questões relacionadas à eventual necessidade de instituição de garantias nas operações de renda variável (§§ 85 a 90 de seu parecer) .

162. Não obstante os argumentos por ele apresentados, não estou convencido de que é usual no mercado a instituição de garantias em operações de renda variável, e em caso de resposta

positiva, não está claro quais deveriam ter sido as garantias a serem exigidas na operação de que se cuida.

163. Em uma análise preliminar, entendo que a liberação gradual de recursos, realizada apenas após a demonstração de cumprimento de etapas relacionadas ao objetivo da operação, não se coaduna com uma operação de subscrição de ações conforme então regulamentada pela CVM, a partir da qual surge o compromisso do adquirente em pagar o preço total das ações por ele adquiridas.

164. Quanto à minimização de riscos, entendo que tal objetivo deve ser atingido por meio da análise profissional, meticulosa e detalhada da operação e das empresas envolvidas – questão que foi objeto das seções II e III deste voto.

165. Não obstante essa análise preliminar, e não pretendendo eliminar de imediato a possibilidade de constituição de garantias, **proporei seja determinado à SecexEstataisRJ que aprofunde suas análises, especialmente com subsídios obtidos junto ao mercado, objetivando melhor esclarecer quais seriam as soluções em uso e possíveis para as questões colocadas no parecer.**

XIII – Acordo de Colaboração Premiada dos executivos da JBS

166. É do conhecimento dos membros deste colegiado que o Supremo Tribunal Federal tornou público o Acordo de Colaboração Premiada entre a Procuradoria Geral da República e executivos do Grupo JBS, acordo esse versando sobre inúmeros fatos ilícitos praticados e revelados pelos referidos executivos. Dentre esses fatos encontram-se aqueles objetos do Anexo 1 do referido Acordo, que trata especificamente das operações celebradas entre o BNDES e a JBS, entre elas a operação analisada nos presentes autos.

167. Consta do relato contido no referido Anexo I que a JBS S.A., a partir de 2004, passou a contar com facilidades advindas da intermediação de Victor Garcia Sandri, empresário amigo íntimo de Guido Mantega, então Ministro do Planejamento, mediante o pagamento de valores mensais. A partir de 2005, Guido Mantega tornou-se presidente do BNDES e em 2006 tornou-se Ministro da Fazenda, exercícios nos quais a facilitação de negociação por meio de Victor Garcia Sandri teria continuado a ser realizada.

168. Transcrevo tais relatos conforme constam do documento sob referência (negritos meus destacando as referências diretas à operação de que se cuida nos presentes autos) :

“JB foi apresentado, em meados de 2004, por intermédio do advogado Gonçalo Sá, a Victor Garcia Sandri, conhecido como Vic, empresário e amigo íntimo de Guido Mantega, então Ministro do Planejamento. Vic ofereceu-se para conseguir para JB facilidades com Guido Mantega, cobrando 50 mil mensais para tanto e afirmando que o dinheiro seria dividido com o Ministro.

Quando Guido Mantega se tornou Presidente do BNDES, JB utilizou os préstimos de Vic para conseguir, no início de 2005, a marcação de reunião, no BNDES, com o próprio Guido e toda a

diretoria do Banco. A finalidade da reunião era apresentar o plano de expansão da JBS, a fim de iniciar o processo de convencimento do BNDES a apoiar esse plano.

Depois da reunião, a JBS apresentou ao BNDES, em junho e agosto de 2005, duas cartas-consulta que, juntas, pleiteavam financiamento no valor de 80 milhões de dólares para suportar o plano de expansão daquele ano. Vic solicitou, para si e para Guido Mantega, e JB prometeu, pagamento de 4% do valor do financiamento, em troca de facilidades com Guido Mantega, inclusive a marcação de reuniões e a aprovação da operação financeira.

A operação foi aprovada com grande rapidez: o crédito relativo à primeira carta-consulta ficou disponível em agosto de 2005, e o relativo à segunda, dias depois da respectiva apresentação.

JB pagou, então, a vantagem prometida a Vic por meio de conta de offshore controlada por JB em conta no exterior indicada por Vic.

Mesmo depois de 2006, quando Guido Mantega se tornou Ministro da Fazenda, foram fechados os seguintes negócios entre a JBS e o BNDES com intermediação de Vic:

Junho de 2007: aquisição, pelo BNDES, de 12,94% do capital social da JBS, por 580 milhões de dólares, para apoio ao plano de expansão daquele ano;

Primeiro semestre de 2008: aquisição, pelo BNDES, de 12,99% do capital da JBS, por 500 milhões de dólares, em operação conjunta com FUNCEF e PETROS, para apoio ao plano de expansão do ano de 2008.

Ao longo desse período, JB percebeu, em seus contatos diretos com Guido Mantega, que a intermediação de Vic era real. Essa percepção advinha de ao menos três fatores: (1) Vic efetivamente conseguia reuniões de JB com Guido Mantega – foram mais de dez; (2) Guido Mantega, quando encontrava JB, estava informado dos assuntos que JB indicava a Vic que queria discutir com Guido; (3) havia situações que, se não houvesse a intermediação, seriam inexplicáveis, como ocasião, no final de 2005, em que Vic pediu que JB custeasse cesta de Natal no valor de 17 mil reais para Guido Mantega, o qual, em encontro com JB pouco tempo depois, agradeceu a cesta.

(...) ”.

169. Ainda que conste do Anexo 3 ao referido Acordo a afirmação do Sr. Joesley Batista no sentido de que não havia influência na área técnica do BNDES:

“Apesar do envolvimento político do primeiro escalão do Governo junto ao BNDES e FUNDOS, nunca houve interferência ou qualquer vantagem do depoente ou de qualquer executivo ou funcionário do Grupo J&F na área técnica, seja em valor de mercado de ações negociadas ou em avaliações das empresas investidas. Os investimentos mencionados foram aportados na JBS após a Cia ser de capital aberto, com ações listadas na Bovespa, Novo Mercado; QUE as operações sempre foram feitas a mercado.”

170. Tal afirmação é contraditada por sua declaração, contida no já referido Anexo 1, no

sentido de que o então presidente do Banco havia atendido as demandas da JBS:

sentido de que o então presidente do Banco ouvia e atendia as demandas da JBS.

“Nessas reuniões, JB indicava a Guido Mantega com clareza suas demandas junto ao BNDES. Guido Mantega, por sua vez, embora ressalvasse que Luciano Coutinho, então presidente do Banco, era pessoa difícil, mas, ouvia as demandas, e, ao final o BNDES as atendia. ”.

171. Ademais, entendo difícil entender as razões pelas quais o presidente da JBS aceitaria pagar propina no valor de 4% sobre o valor das operações deferidas pelo BNDES se tais operações fossem perfeitamente normais e legais e não o beneficiassem de alguma forma indevida. Ou, em outras palavras, se exercer influência indevida na análise e na aprovação da

operação não fosse necessário ao atingimento de seus objetivos, então não haveria qualquer necessidade em pagar propina.

172. Resta assim bem estabelecido nas referidas declarações que Joesley Batista (Presidente da JBS) estabeleceu relação ilícita, mediante o pagamento de propinas, com Guido Mantega (sucessivamente Ministro do Planejamento, Presidente do BNDES, Ministro da Fazenda) , intermediada por Victor Garcia Sandri, por meio da qual as demandas da JBS eram passadas a Luciano Coutinho (presidente do BNDES) , que as atendia.

173. Mais especificamente, restou claro, a partir deste relato, que houve interferência indevida e ilegal na contratação da operação sob análise nestes autos (que consta do Anexo 1 do Acordo como a operação realizada em 2008) , interferência esta que pode ser causa concorrente das irregularidades e danos observados até o momento. O relato a respeito do pagamento de propina indica que o dano apurado nos presentes autos se deu, ao menos em parte, com a concorrências dos agentes retro referidos, os quais se tornam responsáveis solidários pelo débito, conforme art. 16, §2º, inciso “b”, da Lei 8.443/1992.

174. Tendo o acordo de colaboração premiada sido homologado pelo STF, este Tribunal solicitou formalmente e obteve cópia integral dos elementos até aquele momento integrantes do referido acordo e tornado públicos pela Suprema Corte.

175. Obtidos esses elementos por esta Corte, entendo ser necessário (a) trazer aos autos todos os elementos que ajudem a esclarecer os fatos sob apreciação e (b) estender a responsabilização a todos aqueles que, segundo esses elementos, venham a ingressar na linha de causalidade das irregularidades e dano sob apreciação.

176. Objetivando atender à primeira necessidade, **proporei, com fundamento no art. 372 do Código de Processo Civil (subsidiário ao processo deste Tribunal) e no caput da Cláusula 19 do referido Acordo de Colaboração Premiada celebrado entre a Procuradoria da República e executivos do Grupo J&F, entre eles o Presidente da JBS, que seu corpo principal (os termos assinados por Joesley Mendonça Batista e por Ricardo Saud) e seus anexos de números 1 e 3 (de responsabilidade do primeiro) e 25 (de responsabilidade do segundo) sejam juntados ao presente processo.**

177. Com relação à segunda, é necessário trazer a esses autos a questão da possibilidade de

citação do Sr. Joesley Batista, frente ao óbice estabelecido no § 3º da cláusula 19 do referido acordo - que estabelece que o compartilhamento das provas por ele produzidas no âmbito do acordo de colaboração, para fins de utilização na esfera administrativa, não poderá ser feito em prejuízo do colaborador. Tal questão já foi apreciada por este Colegiado, por meio do acórdão 1411/2017-Plenário, oportunidade na qual foi autorizada a realização da referida citação.

178. Naquele momento, sustentei, em meu voto, a não aplicabilidade de tal restrição ao processo deste Tribunal nos seguintes termos:

“IV - O problema

10. A questão que se coloca, portanto, é se a existência do referido § 3º, da cláusula 19, do acordo de colaboração premiada celebrado com o Sr. Joesley Batista, impede que este Tribunal proceda sua citação com fundamento em provas e informações por ele fornecidas no âmbito do próprio acordo. Não obstante sua aparente simplicidade, a questão exige sejam considerados diversos aspectos, conforme, aliás, já deixam claro as posições divergentes apresentadas pela unidade técnica e pelo MP/TCU.

11. De forma esquemática, entendo que a solução do problema posto envolve o equacionamento das seguintes questões:

a natureza do acordo de colaboração premiada e sua inserção no ordenamento jurídico nacional;

o escopo dado pelo ordenamento jurídico nacional aos acordos judiciais e suas repercussões em outras esferas;

a existência de doutrina e jurisprudência no sentido da impossibilidade de extensão dos benefícios da deleção premiada para a esfera civil;

os objetivos do acordo de colaboração premiada;

as competências e jurisdição do TCU;

12. Passo, então, a analisá-las.

V - A natureza do acordo de colaboração premiada e sua inserção no ordenamento jurídico nacional

13. A Lei 12.580/2013 (que ‘define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal) regulamentou o instituto do acordo de colaboração premiada (arts. 4º a 7º) como meio de obtenção de provas a serem utilizadas na persecução penal (art. 3º) . Reproduzo tais dispositivos legais (negritos meus) :

‘CAPÍTULO II

DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA

Art. 3º Em qualquer fase **da persecução penal, serão permitidos**, sem prejuízo de outros já previstos em lei, **os seguintes meios de obtenção da prova**:

I - **colaboração premiada**;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

§ 1º Havendo necessidade justificada de manter sigilo sobre a capacidade investigatória, poderá ser dispensada licitação para contratação de serviços técnicos especializados, aquisição ou locação de equipamentos destinados à polícia judiciária para o rastreamento e obtenção de provas previstas nos incisos II e V. (Incluído pela Lei 13.097, de 2015)

§ 2º No caso do § 1º, fica dispensada a publicação de que trata o parágrafo único do art. 61 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo ser comunicado o órgão de controle interno da realização da contratação. (Incluído pela Lei 13.097, de 2015)

Seção I

Da Colaboração Premiada

Art. 4º **O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados**:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) .

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do *caput*, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

§ 9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia

responsável pelas investigações.

§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

§ 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

§ 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Art. 5o São direitos do colaborador:

I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;

III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;

IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;

V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;

VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Art. 6o O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;

II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;

III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;

IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;

V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Art. 7o O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 1o As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2o O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

§ 3o O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5o.'

14. Observa-se, assim, que o instituto da colaboração premiada insere-se integralmente na esfera do Direito Penal, encontrando na própria lei a definição de sua natureza, que é de meio de obtenção de provas para a persecução penal.

VI - O escopo dado pelo ordenamento jurídico nacional aos acordos judiciais e suas repercussões em outras esferas;

15. A questão que se discute versa sobre cláusula existente em acordo homologado judicialmente que impede que terceiro, a vítima, por exemplo, se utilize de provas produzidas contra o colaborador que as produziu.

16. A Constituição Federal garante a todos os brasileiros a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV, da CF) . O ordenamento jurídico brasileiro infraconstitucional não só garante às partes as mais amplas possibilidades probatórias (art. 369 do CPC[footnoteRef:17]) , como também estabelece a possibilidade de utilização de provas utilizadas em outro processo, as provas emprestadas (art. 372 do CPC[footnoteRef:18]) . [17: Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz] [18: Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório]

17. Adentrando o aspecto específico a ser analisado - possibilidades de utilização, no processo civil, para efeito de obtenção de reparação do dano pela vítima, das sentenças e das provas produzidas no processo penal -, o CPP prevê expressamente tal possibilidade (arts. 63[footnoteRef:19] do CPP) e, adicionalmente, impede a utilização da sentença penal e de suas

provas, no juízo civil, apenas nos casos de ato praticado em estado de necessidade, de legítima defesa e em estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito (art. 65[footnoteRef:20] do CPP) , ou o de ter sido reconhecida a inexistência material do fato (art. 66[footnoteRef:21] do CPP) . [19: Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.] [20: Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.] [21: Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.]

18. Estabelecidos positivamente o direito à ampla defesa, a possibilidade de utilização de todos os meios legais e moralmente legítimos, aí incluída a possibilidade de utilização de prova emprestada de outro processo - inclusive a utilização, no processo civil, das provas e da sentença produzida no processo penal -, a questão que se coloca é se é possível que um acordo homologado judicialmente afaste tais direitos e possibilidades.

19. Parece-me que não. No ordenamento jurídico brasileiro a vontade das partes só pode afastar as leis de ordem privada que tratem de direitos disponíveis. Assim, quaisquer que sejam as partes, não será possível afastar ou restringir direito pertencente a terceiros, ainda que por acordo homologado em juízo, por duas razões: Primeira, tal direito não lhes está disponível e, segunda, não ser possível afastar por acordo de vontades as apontadas normas de direito público.

20. Sob o enfoque dos limites subjetivos de um acordo homologado judicialmente, penso que, nos mesmos moldes das sentenças, só poderá produzir efeitos entre as partes que o acordaram e o submeteram à apreciação do juiz. No processo civil tal conclusão é amparada, por exemplo, nos artigos 506[footnoteRef:22], 537, § 2º[footnoteRef:23], e 487[footnoteRef:24] do CPC. [22: Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.] [23: Art. 537 (...) § 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.] [24: Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: (...) III - homologar: (...) b) a transação;]

21. Analisados esses aspectos, **concluo não ser juridicamente possível, ou viável, ou eficaz, que cláusula eventualmente incluída em acordo homologado judicialmente venha a impedir que terceiro, a vítima por exemplo, utilize-se de quaisquer provas contra a pessoa que as produziu, no intuito, por exemplo, de obter reparação.**

22. **Tal impossibilidade se dá, a meu ver, pela ausência de fundamento legal específico combinada com a existência de disposições de direito público inafastáveis pela vontade das partes.**

23. No caso concreto em análise, penso que, tanto este Tribunal, no exercício do Controle Externo, quanto o BNDES, com fundamento nos dispositivos do CPC e CPP mencionados, que por serem de ordem pública são inafastáveis, podem e devem se utilizar das provas

por serem de ordem pública são inatenuáveis, podem e devem se utilizar das provas produzidas no âmbito do acordo de colaboração premiada, mesmo em desfavor do colaborador, para obter judicial ou administrativamente a reparação do dano causado ao erário.

VII - a existência de doutrina e jurisprudência no sentido da impossibilidade de extensão dos benefícios da delação premiada à esfera civil;

24. Considero de todo relevante apontar que os entendimentos por mim aqui defendidos encontram paralelo e similitude com decisões de tribunais e com a doutrina nacional. Ainda há

poucos exemplos de decisões judiciais ou de textos doutrinários que abordem especificamente a questão tratada nestes autos, mas já há alguns.

25. Apesar de não ter encontrado deliberação do STF e do STJ especificamente sobre a questão, encontrei decisão da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos da Apelação Cível 0000174-15.2004.4.01.4200/RR, por meio da qual referida segunda instância reformou a sentença recorrida 'em parte em relação aos réus que obtiveram delação premiada' (conforme *caput* da ementa) , em razão de que:

'8. Não se afigura juridicamente possível a extensão dos benefícios da delação premiada aos requeridos em ação de improbidade, uma vez que se trata de benefício penal e a legislação não prevê qualquer extensão dos benefícios à esfera cível, como fez o julgador' (*a quo*) . - também constante da ementa.

26. Tal jurisprudência não é específica, uma vez que não trata de questão idêntica à tratada nos presentes autos. Não obstante, **entendo configurar reforço aos argumentos por mim já apresentados, uma vez que fundamenta a assertiva de que não é juridicamente possível a extensão de benefícios da delação premiada às partes em ação de natureza não penal (improbidade administrativa) especialmente em razão da ausência de previsão legal para tanto. Exatamente o que conclui na seção VI, retro.**

27. Quanto à doutrina, encontrei artigo específico denominado 'Responsabilidade civil nos acordos de delação premiada: desafios e perspectivas para reparação dos danos no âmbito da 'Operação Lava Jato'' [footnoteRef:25], de autoria de Raul Murad e Francisco de Assis Viegas. Ao longo do texto os autores salientam que (negritos meus) : [25: Publicado na Revista Brasileira de Direito Civil, RBDCivil - Belo Horizonte, vol. 11, pp. 145-154, jan./mar./2017]

' (...) independentemente da percepção acerca do sistema penal, certo é que **a reparação civil dos danos** causados às vítimas dos atos ilícitos praticados pelos envolvidos em operações como a 'Lava Jato' também **deve ser objeto da atenção dos juristas**, seja porque **assim exige o ordenamento**, seja porque, **relegando a segundo plano os efeitos civis (...) , corre-se o risco de permitir que os ilícitos perpetrados se transformem em um 'bom negócio'**. [footnoteRef:26] [26: Idem, p. 148.]

(...)

Os termos dos acordos de delação premiada, por sua vez, não costumam ser problematizados. Sua formação, diretamente influenciada pelos interesses do Parquet na punição dos envolvidos, **desconsidera, por vezes a independências entre as esferas cível e criminal.** Ignora-se, com isso, a consolidada diversidade funcional entre o Direito Civil e o Direito das penas (Penal) refletida tanto sob o aspecto substantivo quanto sob o aspecto instrumental, o que ressaí evidente em diversos dispositivos do ordenamento jurídico pátrio, tanto no Código de Processo Penal - notadamente nos artigos 63, 64 e, especialmente, 67 - quanto no Código Civil - em especial o artigo 935. **Na ordem jurídica contemporânea,**

portanto, mantém-se a autonomia entre as órbitas atinentes à reparação civil e à sanção penal.[footnoteRef:27] [27: Idem, p. 150.]

(...)

No entanto, com o avançar dos procedimentos criminais pertinentes à 'Lava Jato', nota-se que **alguns acordos de delação premiada passaram a tratar de temáticas que, em princípio, não se afiguram adequadas aos limites definidos pela legislação.**[footnoteRef:28] [28: Idem, p. 151.]

(...)

Essas medidas, submetidas a críticas no âmbito da doutrina especializada, **representam risco à independência existente entre o campo cível e o penal, tendo em vista a impossibilidade de que destes acordos conste qualquer tipo de imunidade em termos de reparação a terceiros que sofreram danos decorrentes dos ilícitos praticados. Ressalta-se que, embora não tenha havido a concessão de imunidades em termos de reparação a terceiros, é possível notar que tais previsões podem representar barreiras à indenização** (...). [footnoteRef:29] [29: Idem, 152.]

28. O conteúdo desses parágrafos, extraídos do referido artigo, encaixam-se perfeitamente ao caso sob apreciação, e apoiam as ponderações que apresentei nas seções anteriores desse voto, no sentido de não ser juridicamente razoável estabelecer, por meio de acordo homologado na esfera penal, limitações ou barreiras ao exercício do direito de terceiros na esfera civil ou administrativa, não apenas pela ausência de fundamentação legal específica para tanto, mas também por, a toda aparência, contrariar significativo conjunto de disposições legais direta ou indiretamente em sentido contrário.

VIII - Os objetivos do acordo de colaboração premiada

29. O art. 4º da referida Lei 12.580/2013 estabelece em seus incisos que o eventual colaborador poderá obter os benefícios negociados em seu acordo de colaboração 'desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados':

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.’

30. Observa-se assim que, apesar de serem cinco os objetivos apontados pela lei, a obtenção de apenas um deles será suficiente para que o acordo seja considerado válido.

31. Em seu parecer o MP/TCU ressaltou a diferença entre essas disposições e aquela constante do acordo de leniência, qual seja, enquanto nos acordos de colaboração premiada a reparação do dano não seria o objetivo principal, no acordo de leniência a obrigação de reparação integral do dano é sempre necessária.

32. Embora respeite e louve a boa argumentação apresentada, com as devidas vênias, divirjo de tal avaliação, conforme, aliás, já havia adiantado em minha análise preliminar quando do despacho por meio do qual solicitei a manifestação da unidade técnica e do MP/TCU. Entendo que a obtenção de reparação do dano é objetivo tanto nos acordos de leniência quanto nos acordos de colaboração premiada, e o fato de não ser um resultado necessário para a eficácia desse último significa apenas que, paralelamente à reparação, existem outros objetivos também significativos para o processo judicial penal. Entendo, entretanto, que o sentido da lei é o de que o acordo de colaboração deve procurar atingir o maior número de objetivos possível, se possível todos eles, mas, em nenhuma hipótese, porque seria contraditório, o de o acordo estabelecer condição que possa impedir o atingimento de qualquer um deles.

33. Mais do que apenas um mero jogo de palavras, entendo que essa diferença de posicionamento é essencial para o deslinde da questão sob análise. Explico.

34. Vamos imaginar uma situação na qual o colaborador se comprometa a ‘identificar os demais coautores e partícipes da organização criminosa e as infrações penais por eles praticadas’ (objetivo I) , mas que, em contrapartida, exija sejam dadas garantias no sentido de que suas informações não poderão ser utilizadas para ‘a prevenção de novas infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa’ (objetivo III) . Ou outra situação, na qual o colaborador se comprometa a colaborar na ‘recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa’ (objetivo IV) , mas exija garantias no sentido de que as informações prestadas não poderão ser utilizadas para a ‘localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada’ (objetivo V) .

35. Parece-me que concordar com o estabelecimento de tais garantias seria incompatível com os objetivos da lei e finalidades do acordo de colaboração. Em termos de lógica interna, não me parece juridicamente correto interpretar uma lei de forma que seja possível buscar a

me parece juridicamente correto interpretar uma lei de forma que seja possível buscar a concretização de um de seus objetivos e, ao mesmo tempo, impedir a consecução de outros.

36. Ademais, o acordo de colaboração premiada é apenas meio de obtenção de provas para o atingimento dos objetivos estabelecidos no processo penal, e não me parece haver nada que sugira ou permita inferir que o atingimento de um dos objetivos-meio do processo penal - obter provas - possa se dar às custas do impedimento de outros objetivos finais, não só do próprio processo penal, mas também do processo civil, e até mesmo do direito de a vítima obter a justa e devida reparação.

37. Desse modo, **entendo inexistir fundamento, legal e lógico, para que, em contrapartida ao atingimento de um objetivo previsto em lei, o acordo de colaboração premiada estabeleça cláusula que impeça que as provas produzidas sejam utilizadas no atingimento de outros objetivos previstos na mesma lei.**

38. No presente caso, **entendo que a cláusula que impede que as informações prestadas pelo colaborador, Sr. Joesley Batista, sejam utilizadas em seu prejuízo, em processo civil ou administrativo, é incompatível com um dos objetivos expressamente declarados da lei - vez que a recuperação total do produto ou do proveito das infrações penais praticadas (objetivo IV) só pode ser obtida em processo civil ou administrativo, a depender da pessoa ofendida e da jurisdição utilizada.**

IX - Sobre as competências e jurisdição do TCU

Conforme apontado na instrução da SecexEstataisRJ e no Parecer do MP/TCU, a competência e a jurisdição do Tribunal de Contas da União tem fundamento Constitucional, mais especificamente em seu art. 71 (negrito meu) :

'Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do **Tribunal de Contas da União, ao qual compete:**

(...)

II - **julgar** as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e **as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;**

(...)

VIII - **aplicar aos responsáveis**, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, **as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;**

(...) '

40. Observa-se assim que a Constituição Federal atribuiu ao TCU a competência para apreciar os atos de todos aqueles que derem causa a dano ao erário, não só para exigir a reparação do dano, mas também para aplicar-lhes sanção pecuniária proporcional ao dano causado. Entendo decorrerem daí três consequências inafastáveis.

41. A primeira, a de que, juntamente com o dever de julgar os responsáveis por dano, a CF também atribuiu ao TCU os poderes para tanto.

42. A segunda, a de que, ao elevar essa atribuição a nível constitucional, o Constituinte Originário pretendeu não apenas destacar sua relevância dentro do sistema constitucional

inaugurado, mas também impedir que tal competência pudesse ser afastada por legislação infraconstitucional ou por decisão judicial desprovida de jurisdição constitucional.

43. E a terceira, a de que tal atribuição só estivesse limitada pelos princípios e dispositivos constantes da própria constituição, como por exemplo, os incisos LIII a LVI, do art. 5º, da CF, e os princípios elencados no *caput* do art. 5º, observando-se, ainda, em sua aplicação, os princípios aplicáveis à interpretação constitucional (**princípios** da unidade da **Constituição**, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora, da força normativa da Constituição, da máxima efetividade, da proporcionalidade ou razoabilidade, entre outros) .

44. Considero extremamente importante destacar que não se encontra na Constituição Federal ou da Lei 8.443/92 (que 'dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências) qualquer dispositivo que permita se extrapole a competência do TCU e seus poderes/deveres para além do Controle Externo ou do processo administrativo sob sua regulamentação e processamento, ou que, sob outro enfoque, restrinja ou limite a atuação, as funções ou as atribuições de outros órgãos judicantes da União, especialmente se situados em outro Poder. Parece-me haver similaridade entre essa última assertiva e a situação analisada nos presentes autos.

45. É de se destacar essa competência de julgar contas e, por consequência, de promover a reparação de danos causados ao erário, e lembrar que tal competência é, sem sombra de dúvida, um dos pilares em que se apoia o regime republicano que nos confere a Constituição Federal.

46. A prestação de contas é fundamento essencial desse regime, tanto assim que foi elevada a princípio constitucional sensível em nossa Ordem Jurídica.

47. A reparação de dano ao erário, como consequência possível da apresentação e do julgamento das contas, também por determinação constitucional, por sua relevância para o regime republicano, não encontra prescrição.

48. Parece-me, também por essas circunstâncias, que o acordo de colaboração premiada ora analisado encontra limites de ordem constitucional ao impedir o uso de provas dele emprestadas para obtenção de reparação de dano ao erário apurado pelo Tribunal de Contas da União.

X - Conclusões

49. Em relação à instrução da unidade técnica, manifesto-me de acordo com as conclusões apresentadas, no sentido de (a) que o Sr. Joesley Batista, conforme termo constante do acordo de colaboração premiada celebrado com a PGR, concorreu de forma indireta ou direta, com a assistência de terceiros, para a concretização do possível dano em apuração nestes autos; e (b) que dispositivos constitucionais e legais afirmam o poder-dever do Tribunal em buscar o ressarcimento de danos eventualmente provocados ao erário.

50. Em relação ao parecer do Ministério Público junto a este Tribunal, manifesto minha concordância com sua conclusão no sentido de (a) que este Tribunal tem reafirmado o entendimento no sentido de que, tanto os acordos de leniência quanto os acordos de delação premiada, não afastam as competências do TCU estabelecidas na CF e na Lei 8.443/92; mas diverjo de sua conclusão no sentido de (b) que o § 3º da Cláusula 19 do acordo de colaboração premiada do Sr. Joesley Batista impede que as provas por ele fornecidas sejam utilizadas contra ele próprio em processo administrativo de reparação de danos sob condução neste Tribunal.

51. Entendo, pelos argumentos expostos nas referidas seções V a IX do presente voto, que as cláusulas constantes do acordo de colaboração premiada do Sr. Joesley Batista devem ser interpretadas de modo a, simultaneamente, permitir que os objetivos da Lei 12.580/2013 sejam atingidos e que o poder-dever constitucional deste Tribunal não seja limitado por acordo de vontades, ainda que homologado judicialmente.

52. Assim, manifesto-me no sentido de que não há impedimento para a citação do Sr. Joesley Batista, com fundamento nas provas e informações por ele fornecidas no acordo de colaboração, no presente processo de tomada de contas especial, que tem por objetivo apurar a ocorrência de dano ao erário e, se for o caso, buscar sua reparação.

53. Convém, nesse ponto, deixar claro, claríssimo, que não é intenção deste relator, de modo algum, arranhar ou macular o instituto da colaboração premiada. Entende o relator a grande relevância desse instituto para o combate à corrupção e para a democracia, bem como a necessidade de sua preservação no ordenamento jurídico brasileiro.

54. A divergência que apresenta, em relação ao acordo em tela, diz respeito tão-somente à vedação de utilização das provas e informações nele obtidas no processo administrativo de reparação do dano ao erário a se realizar no âmbito deste Tribunal, em que um dos responsáveis é o próprio colaborador. A crença deste relator, com fundamento nos argumentos técnico-jurídicos que apresentou, é de que não tem sentido jurídico e lógico que tal acordo de colaboração premiada possa conceder imunidade ao delator em relação à reparação do dano ao erário que causou. Não vislumbra este relator que tal entendimento possa retirar a credibilidade e a eficácia deste ou de outros acordos de colaboração, uma vez que se assim fosse, os acordos de leniência, em muito semelhantes e celebrados por pessoas

jurídicas, nasceriam sem credibilidade, pois tem como condição essencial justamente a reparação completa do dano.

55. Importante ainda destacar que os argumentos e conclusões por mim elencados no presente voto não pretendem de forma alguma se opor ou confrontar as competências da Procuradoria-Geral da República e do Supremo Tribunal Federal. Reafirmo o imenso respeito, meu e desta Corte, a essas duas nobres instituições da República.

56. Procuo, no caso em tela, apenas dar concreção às competências que a Constituição Federal conferiu ao Tribunal de Contas da União, por meio da preservação dos respectivos deveres-poderes. Mais especificamente, procuro manter incólume a atribuição dada a esta

Corte de Contas de buscar, por meio de seu processo administrativo específico, a reparação, por todo e qualquer responsável, de dano provocado ao erário, especialmente naqueles casos em que tal dano foi provocado por ato ilícito voluntário e consciente que objetivou benefício próprio. Buscar concretizar essas competências e dar-lhes eficácia é dever profissional inafastável deste relator.”

179. Assim, e objetivando atender à segunda necessidade – qual seja, estender a responsabilização a todos aqueles que, segundo os elementos constantes dos autos, venham a ingressar na linha de causalidade das irregularidades e dano sob apreciação - proporei a citação dos Srs. Joesley Mendonça Batista, Victor Garcia Sandri, Guido Mantega e Luciano Galvão Coutinho, como responsáveis pelos danos e irregularidades observados nos presentes autos, em solidariedade com aqueles já apontados na seção VIII deste voto, uma vez que praticaram os atos descritos no Acordo retro descrito, em associação ilícita, para obtenção/concessão de vantagens indevidas e irregulares por e para o Grupo JBS S.A., atos esses que contribuíram causalmente com o dano e irregularidades cujos indícios encontram-se sob apreciação. Importante ressaltar que as condutas atribuíveis ao sr. Ricardo Saud, a partir do conteúdo dos referidos anexos, o coloca como fonte de informação necessária aos presentes autos (anexo 25) , mas não o situa na linha de causalidade do dano e irregularidades sob apreciação.

180. Estamos todos cientes, por meio da imprensa, de que a Procuradoria Geral da República, em razão de ter descortinado descumprimento de obrigações por parte dos colaboradores retro referidos, teria adotado providências no sentido da rescisão dos referidos acordos de colaboração premiada. Não obstante isso, ainda não restaram perfeitamente esclarecidas as consequências dessa eventual rescisão, especialmente em relação às possibilidades de utilização, como meio de prova, das declarações e documentos já oferecidos pelos colaboradores em virtude do acordo.

181. Enquanto no aguardo da definição de tais consequências, entendo que este Tribunal só pode continuar procedendo da forma como já vinha atuando. É de se ressaltar que as informações até agora disponíveis indicam que a referida rescisão, em seus termos iniciais, tenciona preservar as possibilidades de utilização dos anexos do acordo de colaboração premiada como meio de prova, intenção essa que encontra respaldo tanto nos termos do acordo quanto na lei que o fundamenta.

182. De qualquer forma, entendo necessário deixar bem separadas, desde já, duas questões de natureza distinta, ainda que relacionadas ao mesmo acordo de colaboração premiada.

183. A primeira delas diz respeito à possibilidade, ou não, de utilização das declarações e documentos apresentados pelo Sr. Joesley Batista em seu desfavor, em processo neste Tribunal, em razão de cláusula existente no acordo que vedaria tal possibilidade (já referido § 3º da Cláusula 19). Tal questão, que ocupou grande parte da discussão retro transcrita nesta seção, foi apreciada por este Tribunal quando da prolação do Acórdão 1411/2017-Plenário, oportunidade na qual entendeu por autorizar a citação do referido colaborador. Com relação a

isso, eventual rescisão pode até mesmo vir a eliminar qualquer óbice, uma vez que os benefícios concedidos no acordo podem vir a ser excluídos.

184. A segunda delas diz respeito ao conteúdo das declarações dos Srs. Joesley Batista e Ricardo Saud, especialmente no que diz respeito ao envolvimento de terceiras pessoas (Srs. Guido Mantega, Victor Sandri e Luciano Coutinho) em uma associação ilícita que teria permitido à JBS obter vantagens junto ao BNDES e BNDESPar. Conforme descrição constante do Acordo de Colaboração premiada, transcrita para o § 168 desta seção, os chefes dessa associação, Srs. Joesley e Guido Mantega, assessorados inicialmente pelo Sr. Victor Sandri, estabeleciam por meio de reuniões, de um lado, as necessidades financeiras da JBS e, do outro, a remuneração (propina) a ser paga pelo atendimento, pelo BNDES, dessas necessidades. Uma vez estabelecido isso, as “demandas” do Sr. Joesley eram repassadas pelo Sr. Guido Mantega ao Sr. Luciano Coutinho, presidente do BNDES, a partir do que, segundo o colaborador, o banco as atendia. Restam claras, dessa forma, segundo a colaboração, as funções e a forma como cada um dos nominados nas declarações dos colaboradores atuou no âmbito da referida associação ilícita: Srs. Joesley e Guido como chefes, Sr. Victor como assessor, e Sr. Luciano como elemento de ligação entre os chefes e a instituição.

185. O acordo de colaboração premiada prevê um prazo no qual os colaboradores devem entregar elementos materiais complementares às suas declarações iniciais. Ainda conforme informações da imprensa, tal prazo teria sido prorrogado. Não obstante isso, vários anexos adicionais já teriam sido entregues pelos colaboradores, entres os quais alguns que se referem à operação sob apreciação. **Farei constar do acórdão solicitação ao STF para que encaminhe a esta Corte qualquer informação ou documento adicional disponível sobre a matéria.**

186. Enquanto não recebidos esses elementos adicionais, considero necessário ressaltar que os elementos colhidos por este Tribunal em seus trabalhos corroboram, até o presente momento, as declarações dos Srs. Joesley Batista e Ricardo Saud, no sentido de que uma interferência externa possa ser a causa dos inúmeros indícios de falhas, irregularidades e favorecimentos à JBS descritos nas seções II a XII do presente voto e possa ser a explicação para a ausência de detecção e correção desses indícios de falhas, irregularidades e favorecimentos na operação sob análise e em operações que a sucederam. Em sentido inverso, as declarações do Srs.

Joesley Batista e Ricardo Saud corroboram o conjunto de indícios colhidos por este Tribunal,

no sentido de que tal conjunto representa favorecimento, de grandes proporções, persistente no tempo, até o momento não justificado, da empresa JBS.

187. Concluindo esta seção, entendo importante registrar que se encontram em análise neste Tribunal quatro processos a respeito de quatro operações celebradas entre JBS e BNDES/BNDESPar (descritas na introdução deste voto) , conduzidas em três exercícios consecutivos, nas quais os indícios aqui descritos e analisados se repetiram (com adaptações às condições de cada operação) , operações essas que, conforme declarações dos colaboradores, foram precedidas do procedimento ilícito por eles descrito e, portanto, integraram o esquema ilegal descrito na colaboração.

XIV – Análise do grau de culpabilidade dos diversos agentes envolvidos

188. Apesar de as informações constantes dos autos já indicarem a existência de graus de culpabilidade diferenciados dos diversos agentes envolvidos, entendo que tal análise ainda não é cabível e devida no presente momento processual.

189. Citações e audiências são instrumentos processuais que objetivam promover o contraditório, i.e. delimitar o escopo do processo relativo a cada uma das partes, e levar ao conhecimento de cada uma delas os elementos e imputações que lhes são dirigidas, permitindo-lhes a ampla defesa.

190. Neste momento, portanto, cabe-me analisar se existe nexo causal entre uma conduta comissiva ou omissiva do agente e dano ou irregularidade observada, e em caso positivo instar o agente a se manifestar sobre sua conduta, oferecendo livremente os elementos que entender necessários à elucidação de sua participação nos eventos sob escrutínio.

191. Na análise retro procedida foram analisadas as condutas e os nexos causais, e foram mantidos como responsáveis apenas aqueles cujas condutas, conforme os elementos até agora examinados, se relacionam aos indícios de irregularidade observados.

192. O grau de culpabilidade de cada agente será ponderado a posteriori, a partir da combinação dos elementos já apurados com aqueles que serão ainda carregados aos autos, e poderão variar, em uma escala de gradação, da total isenção de qualquer culpa até a responsabilidade exclusiva e dolosa.

XV – Sobre a questão da lucratividade da operação

193. Em suas várias manifestações em relação às operações realizadas pelo BNDESPar com a JBS S.A., o BNDES vem afirmando que todas elas foram lucrativas sob o enfoque negocial, e que, portanto, não se poderia, ou não se deveria, analisar se essas operações produziram ou não dano ao Banco.

194. Após um grande número de trabalhos já realizados por este Tribunal, entendo já deveria ser desnecessário se reafirmar que, em suas análises de operações finalísticas de instituições financeiras, esta Corte não adota o resultado lucro ou prejuízo como um critério de avaliação.

195. Em todos esses trabalhos, parte-se do princípio de que uma certa dose de risco é inerente às operações bancárias, especialmente as operações de mercado aberto, e que, portanto, mesmo quando corretamente avaliadas e bem conduzidas, o resultado lucro ou prejuízo pode escapar do controle do gestor dessas instituições. Assim, os critérios adotados por este Tribunal dizem respeito exclusivamente à regularidade dos procedimentos adotados pela instituição financeira estatal, aí incluídos a adesão de tais procedimentos às leis e normativos que regem a matéria e às boas práticas de mercado, à correta manutenção dos registros sobre a operação, à observação dos princípios que regem a atuação da administração pública, ao uso adequado dos instrumentos, rotinas e técnicas aplicáveis ao mister, ao cuidado no manejo da coisa pública, entre outros.

196. Observa-se, com esses critérios em mente, que a eventual conclusão pela existência de dano independe do resultado da operação. Em qualquer caso é possível que se conclua tanto que (a) a operação não foi lucrativa, mesmo apesar de terem sido adotadas todas as normas e boas práticas, quanto que (b) a operação foi lucrativa, mas o lucro poderia ter sido maior se adotadas todas as normas e boas práticas.

197. No caso dos presentes autos, o dano retro descrito e analisado funda-se na ausência de observação de normas, boas práticas e cuidados mínimos, e **pode ser claramente estimado em número de ações que poderiam ter sido adquiridas caso tivessem sido observados todos esses itens.**

198. A despeito de tudo isso, e apenas para não deixar sem análise o argumento utilizado pelo BNDES, pode-se observar, a partir de informações acostadas aos autos pelo Secretário da SecexEstataisRJ, que a operação de que se cuida não representa qualquer lucro aos cofres do BNDES, mas sim prejuízo.

199. Conforme consta de seu parecer, tomando como base o valor médio da ação da JBS nos últimos 30 pregões anteriores a 17/08/2017, qual seja, R\$ 7,49, o valor na referida data das 139.753.720 ações seria de aproximadamente R\$ 1,05 bilhão. Se corrigíssemos o montante de capital utilizado na aquisição das ações ~R\$ 996 milhões pelo IPCA – simulando a mera correção monetária do valor investido - teríamos agora o valor de R\$ 1,733 bilhão[footnoteRef:30], equivalente a um valor por ação de R\$ 12,40. Se corrigíssemos o montante de capital inicial pela Selic - simulando uma aplicação em títulos do tesouro nacional, tida como a aplicação de menor risco do mercado - teríamos o valor de ~R\$ 2,63 bilhões[footnoteRef:31], equivalente a um valor por ação de ~R\$ 18,82. Por último, se corrigíssemos o montante de capital inicial pelo indicador do custo médio da Dívida Pública Mobiliária Federal, interna – DMPFi – simulando um cálculo de custo de oportunidade para o governo federal -, teríamos agora o valor de R\$ 2,87 bilhões[footnoteRef:32], equivalente a um valor por ação de ~R\$ 20,53. [30: Calculado por meio da calculadora do cidadão, do BACEN, com valor original de R\$ 995.867.813,30 em 05/2008 corrigido até 08/2017.] [31: Em 03/08/2017, conforme § 9º do parecer do Secretário da SecexEstataisRJ.] [32: Conforme § 36 do parecer do Secretário da SecexEstataisRJ.]

200. Esses cálculos demonstram que **a operação de que se cuida não foi e não é, salvo**

demonstração em contrário que apresente informações aqui não consideradas, lucrativa para os cofres do BNDES.

XVI – Conclusão

201. Conforme retro analisado, entendo que os novos elementos oferecidos pelo BNDES em resposta às diligências que lhe foram dirigidas não lograram afastar os indícios de irregularidades e de dano que já haviam sido suscitados a partir dos elementos levantados na auditoria original.

202. Restaram confirmadas, nas seções II, III e IV do presente voto, após analisadas as novas informações prestadas pelo BNDES, ter sido concedido tratamento privilegiado à JBS por parte do BNDES, quer seja em razão dos indícios no sentido de que a operação sob apreciação foi analisada em prazo incompatível com seu porte, complexidade e elevado risco; quer seja em razão dos indícios de que as respectivas análises foram realizadas de forma superficial e com inúmeros erros e falhas de procedimentos; ou, ainda, quer seja em razão dos indícios de que era possível identificar que estavam sendo aportados recursos acima dos montantes necessários para a consecução dos objetivos colimados.

203. As seções V e VI do presente voto apontam indícios no sentido de que a maior parte dos recursos repassados à JBS S.A. na operação sob análise não foi utilizado nas finalidades inicialmente apontadas – configurando ausência de acompanhamento das operações ou, em outro sentido, liberalidade não justificada com recursos públicos –, finalidades essas que, após analisadas pelo BNDES, haviam servido de fundamento essencial à aprovação da operação e que, em última análise, configuravam a destinação possível para os recursos públicos aportados. Os indícios de desvio de finalidade foram estimados neste voto, com base em critérios conservadores, em aproximadamente R\$ 787 milhões, em valores originais.

204. A seção VII do presente voto, por sua vez, demonstra não terem sido afastados os indícios no sentido de que o BNDES, ao aprovar uma operação de aporte de capitais para aquisição das referidas empresas no exterior, não procedeu a qualquer análise dos eventuais benefícios econômicos e sociais trazidos para o país, conforme obrigavam seus estatutos e normas internas, havendo indícios até mesmo em sentido contrário, qual seja no de que a operação, juntamente com outras, foi danosa aos esforços de exportação de carne brasileira.

205. A seção VIII do presente voto, após rever os diversos aspectos que cercam a questão, concluiu pela existência de indícios suficientes, em força e número, para que se converta a presente representação em tomada de contas especial, em cujo âmbito deverão ser procedidas as devidas citações além das audiências relativas aos indícios de irregularidades não relacionados diretamente ao dano observado. Conforme lembrado na seção IX do presente voto, os recursos utilizados pelo BNDES são públicos e subsidiados. Os indícios de dano aos cofres do BNDES foram estimados neste voto, com base em critérios conservadores, em aproximadamente R\$ 179,6 milhões, em valores originais.

206. A seção X do presente voto trouxe indícios de irregularidade identificados quando da última instrução da unidade técnica, e refere-se a possível conflito de interesse no exercício simultâneo dos cargos de gestor do BNDESPar, com funções de análise e aprovação de operações financeiras, e membro do conselho de administração da JBS S.A., empresa solicitante de apoio financeiro.

207. Na seção XI restaram analisados indícios de irregularidades na constituição do Fundo FIP Prot, as quais redundaram em alteração na citação proposta pela unidade técnica, com acréscimo no valor estimado do dano em razão do pagamento aparentemente desnecessário de despesas de administração.

208. A seção XIII do presente voto discutiu a necessidade de citação das pessoas referidas pelos Srs. Joesley Batista e Ricardo Saud em seus acordos de colaboração premiada e a possibilidade de citação do próprio Joesley Batista, em virtude dos termos do acordo de colaboração, concluindo afirmativamente em ambos os casos.

209. As seções XII e XIV tratam de questões a serem consideradas pela unidade técnica nas etapas posteriores do presente trabalho.

210. A última seção, de número XV, analisa o argumento do BNDES no sentido de que a operação, enquanto negócio financeiro, foi lucrativa para o BNDES e conclui em sentido diverso, após comparar a rentabilidade das ações da empresa JBS S/A com outros índices e aplicações de mercado.

211. Relativamente às propostas da unidade técnica, no sentido de que sejam expedidas determinações ao BNDES, entendo que a apreciação das mesmas deverá ocorrer em momento futuro, conjuntamente com a análise final de mérito do presente processo, pelo que deverão ser novamente analisadas e, se for o caso, novamente propostas pela unidade técnica no momento processual adequado.

212. Por último, considero essencial relembrar a este colegiado que o presente processo teve origem em auditoria instaurada em atendimento a Solicitação do Congresso Nacional. Em vista disso, proporei que conste do voto a necessidade de a unidade técnica dar a este processo a urgência que ele requer, por seu conteúdo material e por seu enquadramento regimental.

Feitas essas considerações, e anuindo em essência a proposta apresentada pela unidade técnica, complementada pelo diretor e pelo secretário da unidade técnica, com os ajustes considerados pertinentes, manifesto-me por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 18 de outubro de 2017.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI

Relator

